

Primera Parte

PRETENSIÓN DE UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Capítulo I

El estado de derecho y los derechos humanos

Introducción	13
I. La noción de Estado de Derecho	17
II. El Estado de Derecho y la democracia representativa	23
III. El Estado de Derecho y la administración	38
IV. El Estado de Derecho y la ley penal	52
V. El Estado de Derecho y la independencia del Poder Judicial	59
VI. Colofón	65

PRIMERA PARTE

PRETENSIÓN DE UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

CAPÍTULO I

EL ESTADO DE DERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS

INTRODUCCIÓN

Dentro del ámbito cultural del mundo occidental, se ha dicho que la expansión y la observancia del principio del Estado de Derecho constituyen la única alternativa racional y razonable frente a la intolerancia, la arbitrariedad, la injusticia y la violencia y por consiguiente la mejor garantía de los derechos humanos. Porque el Estado de Derecho está fundado en un doble ideal. Sea el que fuere el contenido del derecho este principio implica, primeramente, que todo poder en el Estado, procede del derecho y se ejerce de conformidad con el derecho. En segundo lugar, supone que el derecho mismo se funda en un principio supremo, el respeto de la persona humana.

Un Estado de Derecho es aquel Estado que está sujeto, en su legislación, gobierno y administración, al imperio de la ley, *lato sensu*, es decir, el que abarca tanto a la ley escrita como a la norma no escrita. Con el agregado de una cierta filosofía política, el concepto de Estado de Derecho se transformó, de una fórmula técnica jurídica, útil desde luego para proteger al individuo contra las medidas arbitrarias del poder, en símbolo de la justicia con un alcance que rebasa el ámbito exclusivamente forense.

La consagración en alta voz del principio absoluto de la juridicidad, es la consagración del concepto del Estado de Derecho¹ en la civilización occidental.

El gran objetivo común, consistente en reprimir el instinto de la violencia, eliminar lo arbitrario en los diversos grupos sociales y por consiguiente en el grupo social más perfeccionado que es el Estado, así como en sus relaciones mutuas y hacerlo bajo la égida de normas jurídicas respetadas, al amparo de un orden social favorable a la dignidad, a la seguridad del ser humano y al mismo tiempo al progreso social, es la gran base sobre la cual juristas, sociólogos y técnicos, perte-

¹ El concepto de *Estado de Derecho* es el equivalente al que el derecho anglosajón acuñó como *Rule of Law*.

necientes a naciones viejas y jóvenes y con instituciones políticas y sociales distintas, han podido relacionar sus concepciones y trazar grandes planes de acción convergentes.

Los campeones del Estado de Derecho han tenido el gran acierto de eliminar las nociones simplistas en la definición del contenido del concepto, sean éstas la concepción técnica del principio de juridicidad formal, correcta en sí, pero hondamente insuficiente y hasta peligrosa, o la que erige el derecho en cuerpo de reglas de conservación social ciega que anquilosa a la sociedad y a los derechos individuales en un orden estático, en un inmovilismo esterilizador. La evolución del Estado de Derecho no puede ser vivificada sin recurrir a principios fundamentales inagotablemente ricos en nuevas aplicaciones, como la dignidad del hombre, ser libre y sujeto de derecho, y la aspiración a la justicia, que implica el trato en pie de igualdad de todos los miembros de la sociedad. El Estado de Derecho sólo puede concebirse y realizarse donde los derechos del hombre se reconocen y respetan plenamente.

Dentro de este orden de ideas, los juristas occidentales pretenden que la misma Declaración Universal de Derechos Humanos otorga un reconocimiento explícito a esta filosofía jurídica al determinar en el tercer párrafo de su Preámbulo que es "esencial que los derechos humanos sean protegidos por un *régimen de Derecho*² a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión".

Los puntos esenciales sobre los que deben concentrar sus esfuerzos más apremiantes los defensores del Estado de Derecho y cuyas condiciones propicias aseguran el buen funcionamiento del Estado de Derecho son:

- Una opinión pública bien informada;
- Una prensa libre, no controlada por el gobierno y plenamente dispuesta a denunciar y descubrir las injusticias;
- Un parlamento libremente electo, perfectamente informado y vigilante;
- Una constitución que defina sin posibilidad de equívocos los derechos y deberes del ciudadano, y delimitar con claridad los poderes del Ejecutivo, del Legislativo y del Judicial;
- Una magistratura competente e independiente, al abrigo de toda presión directa o indirecta, y encargada de defender y hacer aplicar la Constitución;

² Subrayado por nosotros. El texto inglés utiliza el término *Rule of Law*.

- Un “ombudsman” o comisario parlamentario, directamente responsable ante el Parlamento y que disponga de todos los poderes necesarios de investigación.

El análisis de estas condiciones necesarias a la existencia de un auténtico Estado de Derecho dentro del contexto específico de un país determinado, constituirá una prueba válida para determinar en qué medida existe en ese país el respeto efectivo al principio del imperio de la ley. Las violaciones, por ejemplo, a la libertad de prensa, constituyen el síntoma más claro de la deterioración de la situación en un país.

Procedamos ahora a la enunciación de los principios que informan o constituyen un Estado de Derecho y que se han admitido unánimemente por la doctrina.³

Los requerimientos esenciales de un Estado de Derecho coinciden con las condiciones mínimas de un sistema jurídico en el cual los derechos y la dignidad humanos son respetados, y son, entre otros:

- La garantía de la seguridad personal que está expresada, por ejemplo, en el párrafo segundo del artículo 14 de la Constitución de México⁴ y que también incluiría la prohibición de cualquier sistema de denuncia de unos ciudadanos en contra de otros por determinadas actitudes políticas e intelectuales y con propósitos de perseguir a los opositores políticos en un país determinado. Como el sistema de delación del nazismo.
- La prohibición constitucional de reglamentar, por otra vía que no sea la legislativa, las diversas libertades públicas consagradas y por vía administrativa tan sólo el ejercicio efectivo.
- La garantía de la libertad de opinión y de expresión que implica el derecho a no ser molestado por sus opiniones políticas.
- El derecho a la información y por consiguiente la prohibición de la censura.
- La inviolabilidad de la vida privada, el derecho al secreto en la correspondencia y la prohibición de sanciones por la expresión de ideas a través de la misma.
- La libertad de conciencia o libertad de credo.

³ Cfr. entre otros, Georges Burdeau, *Les libertés publiques*, Paris, 1961; R. Bonnard, *Le Droit de l'Etat dans la doctrine nationale socialiste*, Paris, 1939; L. Duguit, *Souveraineté et liberté*, Paris, 1922; H. J. Laski, *La libertad*, Paris, 1935; J. Rivero, *Précis de Droit administratif*, Paris, 1960.

⁴ “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales, previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.”

- El derecho a la educación, su garantía y la garantía de la no discriminación en esta materia. El derecho a la libertad académica en las instituciones universitarias y la prohibición de medidas políticas en contra del personal académico.
- La libertad de asamblea, o de reunión y de asociación pacífica, que comprende el derecho a la celebración de actos públicos, la participación activa y la calidad de miembros en las asociaciones profesionales o sindicatos y en los partidos políticos.
- El derecho a la participación activa o a través de representantes libremente escogidos en la dirección de los asuntos públicos. Siendo la voluntad del pueblo el fundamento de la autoridad de los gobernantes. Esa voluntad deberá ser expresada a través de elecciones libres quedando, por lo tanto prohibido, cualquier tipo de presión ejercida sobre los electores, por ejemplo, el temor a perder el empleo o la sanción sindical.
- La independencia del poder judicial y la garantía de su imparcialidad son una condición indispensable de un Estado libre y democrático.
- El poder legislativo deberá ser ejercido efectivamente por un organismo apropiado elegido libremente por los ciudadanos.
- Los funcionarios de la administración y de los servicios públicos estatales deberán ejercer sus funciones al servicio de la comunidad y no de un partido político o de una organización política determinada. En el ejercicio de sus funciones no deberán recibir directivas u órdenes de partido político u organización alguno.
- Con base en el principio de igualdad, no podrá privarse a las minorías étnicas, religiosas o políticas de las mismas garantías otorgadas a la población en general y no deberá existir discriminación alguna por razones de raza, color, clase social, opinión política, casta o credo.

La discriminación basada en la raza y en el color es contraria a toda justicia y a la conciencia del mundo civilizado.

El Estado de Derecho solamente puede alcanzar su plena y más completa expresión bajo un gobierno representativo. Pero este gobierno representativo debe tener ciertos requerimientos básicos.

- Por gobierno representativo deberá entenderse aquel gobierno que deriva su autoridad y poder del pueblo, el cual ha designado sus representantes a través de elecciones libres, siendo sus representantes responsables ante él.
- Unas elecciones libres y periódicas por consiguiente son requisito indispensable de un gobierno representativo.
- El sufragio debe ser universal, igual y secreto.

- Nadie podrá ser privado del derecho al sufragio por consideraciones fundadas en la raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social o nacional, riqueza, educación, etcétera, o a ser elegido para un cargo público.
- La libertad de expresión a través de todos los medios de información es requisito esencial de unas elecciones libres. El principio de libertad de expresión deberá estar acompañado de la igualdad en las oportunidades en el ejercicio de ese derecho.
- El derecho a la formación de partidos políticos diversos que dentro de los lineamientos de la ley respectiva, puedan constituirse y el de establecer plataformas políticas de acuerdo con sus opiniones políticas sean éstas las que fueren.
- El analfabetismo, como obstáculo a la libertad de expresión es una cortapisa al derecho de participación en la cosa pública y, por lo tanto, un deber del Estado de eliminar este obstáculo mediante el establecimiento de la enseñanza obligatoria y gratuita.
- El establecimiento de la maquinaria judicial apropiada para la salvaguardia efectiva de los derechos fundamentales del hombre y la existencia de recursos eficientes en contra de los actos arbitrarios de la autoridad.

Por consiguiente, en última instancia, la protección efectiva de los ciudadanos, en una sociedad gobernada dentro del imperio de la ley, depende de la existencia de una magistratura o poder judicial instruido, independiente y valiente y de un sistema de administración de justicia expedita. Es pues, el gobierno de los jueces, en su concepción pura el régimen político más cercano al ideal de un Estado de Derecho, podrían alegar los ingleses.

I. LA NOCIÓN DE ESTADO DE DERECHO

La expresión y la noción inglesa de "Rule of Law" que es el equivalente anglosajón del concepto que en castellano se conoce normalmente como Estado de Derecho, fue analizada por primera vez por Dicey en el año de 1885 en su obra clásica sobre el Derecho constitucional. La noción de Rule of Law o el concepto de Estado de Derecho son harto complejos. Pueden aplicarse en la terminología jurídica de otros países a nociones semejantes aunque no necesariamente idénticas e insistir sobre principios y sobre instituciones de índole particular aunque genéricamente semejantes. La noción inglesa de "Rule of Law" tiene un contenido un tanto cuantitativamente diferente de la noción de "Government under Law", noción del derecho norteamericano, del "principio

de la legalidad” en Francia, del “Rechtsstaat” de los países de lengua alemana, y del concepto de “imperio de la ley”, o “Estado de Derecho” de los países de lengua española. Todos estos conceptos que a pesar de sus relativos matices encierran una filosofía política única pretenden ofrecer diferencias fundamentales respecto al concepto de la “legalidad socialista”.⁵

La noción de legalidad es una expresión cómoda para resumir una combinación de algunas ideas fundamentales que constituyen los objetivos de cualquier sociedad organizada, y de las experiencias prácticas adquiridas en lo que concierne a las instituciones, de los procedimientos y de las tradiciones jurídicas por las que pueden ser realizados estos ideales. En este sentido es como existe en un gran sector del mundo, cierto acuerdo sobre los medios jurídicos, sobre la clase y la importancia del imperio de la ley.

El concepto de Estado de Derecho, Principio de la legalidad, Imperio de la Ley hay que considerarla bajo dos aspectos diferentes; en primer lugar, es necesario definir su contenido en cuanto al fondo, basándose en el concepto de la sociedad que la inspira. En segundo lugar, es necesario definirlo en cuanto a la forma, es decir, por medio del derecho comparado, para valorar las instituciones, los procedimientos y las tradiciones jurídicas, las cuales, según la experiencia de numerosos países, se han revelado como necesarios para aplicar en la práctica este concepto de la sociedad.

Además se debe estudiar la influencia recíproca constante de los ideales de la sociedad, tal y como hallan su expresión en las disposiciones constitucionales relativas a los derechos del hombre, a los derechos fundamentales, más la existencia o ausencia de un aparato administrativo que permita concretizar esos ideales. Un estudio de los derechos fundamentales que no fuese completado por un estudio de las vías de recurso sería estéril, al igual que un estudio de las vías de recurso que no tuviese en cuenta los derechos fundamentales que están reputados proteger, no tendría como resultado sino un formalismo desprovisto de significación.

En el curso de su evolución, toda sociedad organizada puede verse obligada a reconocer el valor de la legalidad, interpretada en su sentido estrecho de adhesión de todos los miembros de la sociedad a las leyes adoptadas por las autoridades supremas, y a admitir la importancia de una aplicación regular y uniforme de las leyes por aquellos que están subordinados a dichas autoridades.

⁵ Véase sobre el concepto de *Legalidad socialista*, el capítulo II, de esta obra, pp. 67 y ss.

Así la “legalidad socialista” concebida como la aplicación estricta y constante de las leyes y de todos los demás actos jurídicos que terminan por el establecimiento de un orden jurídico sólido en el país, podría mostrar uno de los aspectos subyacentes del principio del Estado de Derecho.⁶ Este principio, en sus consecuencias extremas, obtendría la adhesión de todos los países que han repudiado la anarquía como principio de gobierno. Pero, a menos que se esté dispuesto a admitir que un Estado que aplica las leyes eficaz y justamente —sea el que fuere su contenido— pueda pretender que su existencia está regida por el Estado de Derecho, se debe estar preparado a expresar de manera abierta su opinión sobre los objetivos de una sociedad organizada y sobre los principios fundamentales que deben inspirar el contenido de las leyes en esta sociedad, no queriendo implicar esto que se deban usurpar las tareas propias del filósofo, del político, del economista.

El concepto de Estado de Derecho debe estar basado en los valores fundamentales de una sociedad libre, entendiéndola como aquella que organiza un cuadro armónico en el interior del cual el libre espíritu de cada uno de sus miembros puede hallar su total expresión.⁷ Una sociedad libre es aquella que reconoce el valor supremo de la persona humana y concibe todas las instituciones sociales, y en particular el Estado, como si fuesen servidores del individuo y no más.

Decíamos que en la noción de Estado de Derecho, equivalente a la Rule of Law anglosajona, existe al lado del contenido real de la noción, es decir los valores y el sustrato filosófico que protege, un contenido formal o sea el mecanismo de procedimientos e instituciones gracias al cual puede participar en la realización de esos mismos valores.

El Estado de Derecho que es el marco de operación de la sociedad occidental concede un interés primordial a los derechos del individuo que pueden ser de dos clases. Aquellos que se derivan del derecho de que dispone el individuo para afirmar su libertad frente a cualquier injerencia del Estado en sus actividades espirituales y políticas. Esta libertad halla su expresión en derechos consagrados como la libertad de religión, de expresión y de reunión. Se ha reconocido que los derechos de esta clase, llamados derechos civiles y políticos, en ausencia de cierto nivel de instrucción y de seguridad económica, pueden tener un valor más teórico que real para una parte de la población. Por ello se ha insistido

⁶ Para tener cabal idea del concepto de *legalidad socialista*, véase el capítulo II de esta obra, pp. 67 y ss.

⁷ Cfr. A. E. Sutherland et al., *Government under Law*, Harvard, 1956, pp. 23 y ss.

sobre una segunda categoría de derechos individuales, los llamados económicos y sociales, derivados del derecho que reivindica cada ciudadano para obtener del Estado la posibilidad de acceder al mínimo de medios materiales que le permiten estar en condiciones de disfrutar de su libertad espiritual y política. Tales dos categorías de derechos individuales son esenciales para una sociedad libre que es la encarnación de los valores fundamentales del concepto de Estado de Derecho.

Justamente su existencia dentro del marco del Estado de Derecho de estas dos categorías de derechos, son una de las causas fundamentales de dificultad y en donde se muestra la debilidad de la concepción pretendidamente perfecta de la sociedad organizada en un Estado de Derecho. En cuanto a la primera categoría de derechos, el jurista está familiarizado con el problema que consiste en elaborar procedimientos por medio de los cuales la ingerencia del Estado, en los campos de acción de la actividad individual, podría ser limitada e incluso prohibida. A pesar de la dificultad del problema, el jurista se sabe poseedor de la competencia necesaria para resolverlo, pero cuando se trata de dar los medios apropiados para la realización de los derechos sociales y económicos, el jurista está inclinado a considerar, obviamente por razones de facilidad, esta tarea como de índole política más que jurídica. Y dentro de la doctrina del Estado de Derecho, con su pretensión de universalidad, dentro de la sociedad occidental, arguyendo la diferencia de condiciones económicas y sociales existentes de un pueblo a otro, el jurista pretende considerar como excusa que en este campo, es imposible prever reglas de orden general.

Precisamente por estar conscientes de tal hecho, los juristas al preconizar el ideal de una sociedad libre como base de su concepto del Estado de Derecho, deben estar conscientes que ese aspecto de la dignidad y del valor de la persona humana sólo halla su expresión en la demanda de un mínimo de bienestar material. Además del simple mantenimiento de las libertades políticas en una estructura social de orden y de legalidad, se debe preconizar el perfeccionamiento de los mecanismos del Estado de Derecho que puedan hacer menos idealistas las concepciones de la garantía de aquellos derechos humanos de naturaleza socioeconómica.

Ni duda cabe que el concepto mismo de Estado de Derecho y sus nociones equivalentes son primeramente conceptos dogmáticos, en los que está inscrita, una determinada, definida y clara filosofía política. Con ese mismo enfoque dogmático se analizan las distintas instituciones, procedimientos y tradiciones jurídicas, de las que la experiencia general

ha reconocido la importancia para la realización de los ideales fundamentales del principio de la legalidad.

Pero por el mismo carácter dogmático que se pretende dar al Estado de Derecho podríamos decir que en su ejercicio cotidiano, se pone de manifiesto la necesidad de poseer algunas instituciones, procedimientos y tradiciones jurídicas que presenten similitud. Porque una determinada institución, procedimiento o tradición particular puede variar considerablemente de una sociedad a otra.

Por ejemplo, un país como Suecia, que aplica en un grado extraordinario la regla que prescribe que todos los documentos oficiales son, en principio, accesibles al público, puede hallar en esta regla la salvaguardia más poderosa contra los abusos de la administración y puede, por consiguiente, estar menos inclinada a adoptar un sistema circunstanciado de vías de recurso contra el Estado por los actos y omisiones de sus funcionarios.

Igualmente el hecho del control del legislativo sobre el ejecutivo en las costumbres parlamentarias británicas por medio de las preguntas escritas, según lo cual más de 600 parlamentarios escriben, en promedio, diez cartas diarias para hacer preguntas a los ministros, no puede permitirnos generalizar, exagerando la eficacia de este tipo de control dentro del marco teórico de funcionamiento del Estado de Derecho.⁸

Una noción tan importante, repetimos, como la del Estado de Derecho que en su versión anglosajona está contenida en la fórmula del *Rule of Law*, no puede encerrarse en los límites de una fórmula.

El Estado de Derecho no es en el sentido que se le da aquí, y en último análisis, una concepción puramente formal y técnica sino que supone *a priori* la aceptación, en la estructura del gobierno y en el sistema jurídico, de determinados valores humanos fundamentales, poco importa que esta aceptación se halle o no en la Constitución, o que esta Constitución pueda o no ser objeto de un control jurisdiccional. Se deduce además que el sistema jurídico, por completo que sea, no se ajustará a la idea del Estado de Derecho más que si todos cuantos están encargados de su aplicación, en todos los grados, aceptan ellos mismos esos valores no sólo a causa de la obligación impuesta por la ley, sino también por la fuerza de la opinión pública, de las tradiciones sociales y profesionales y de su propia disciplina moral. Es en materia de procedimiento y de instituciones legales —y tal vez más especialmente en el

⁸ Cfr. *Chicago Colloquium on the Rule of Law*, en "Annals of the School of Law, Istanbul University", Estambul, 1958, pp. 43 y ss.

campo del derecho penal,⁹ en el que los valores humanos fundamentales están en juego—, donde se ve más claramente el papel del Estado de Derecho. En cierta medida resulta falso hablar a este respecto de procedimiento, como si todo lo que se halla en juego fuese el buen funcionamiento de un engranaje particular del aparato gubernamental o legislativo, sin tener en cuenta el objetivo con el que se utiliza ese engranaje. Las reglas de procedimiento que acabaron siendo aceptadas por las naciones civilizadas por resultar esenciales para asegurar un “proceso honrado”, no son producto del cerebro de un técnico del derecho, sino por el contrario, consecuencia de dos ideas morales que constituyen la base de una cierta concepción de la sociedad jurídicamente organizada, es decir, de una parte la dignidad absoluta del individuo y de otra la ineluctabilidad del error humano. Teniendo en cuenta que el Estado de Derecho no puede ser disociado de los valores individuales, a fin de cuentas resulta necesario añadir que siempre existirán casos en los cuales será preciso hacer un examen crítico de las reivindicaciones de una persona considerada individualmente, así como de las reivindicaciones de una colectividad de individuos en la sociedad organizada. Generalizar resultaría de escaso valor, pero pueden alcanzarse buenos resultados gracias a estudios comparativos de cada zona de conflicto.

El concepto mismo de Estado de Derecho, abarca los elementos esenciales del derecho sustantivo y procesal. Todo estudioso de esta materia ha de diferenciar a menudo estos dos aspectos del orden jurídico, aunque su unidad sea indiscutible y del que su correlación adquiere una nueva y convincente expresión. Los principios más elevados del derecho sustantivo serán letra muerta, a menos que exista un procedimiento efectivo para ponerlos en práctica. La efectividad de un sistema jurídico guarda relación directa con la medida en que exista y se siga un proceso judicial en regla. Cuántas veces este aspecto es el que da el *quid* para valorar verdaderamente a un sistema político que se pretende formalmente, mas no es realmente un Estado de Derecho.

¿Cuál sería, dentro de este orden de ideas, el alcance internacional de la idea del Estado de Derecho? Es lógico que la conducción pacífica de las relaciones internacionales exige respeto y acatamiento al principio de la legalidad, que en este sentido significa que los Estados como miembros de la Comunidad internacional están obligados a observar el derecho internacional tal como existe en nuestra época. Pero esta consideración es un tanto cuanto falaz puesto que sabemos que en buena medida el derecho internacional actual está hecho a la medida de los

⁹ Véase, *infra*, núm. iv, de este capítulo, pp. 52 y ss.

intereses de un cierto grupo de Estados que han regido, por razones de fuerza, el destino de la comunidad internacional de naciones. Y es en verdad importante para ellos el alcance del concepto de Estado de Derecho en las relaciones internacionales, porque ha servido de pauta, de norma, de índice calificador para la transferencia al nivel internacional de una determinada ideología y filosofía política. Pero reconocido, por otra parte, que la forma en que los Estados nacionales tratan a los individuos que dependen de su jurisdicción, constituye un factor importante del mantenimiento o de la deterioración de la confianza entre los Estados.

Y el derecho internacional no ha reconocido sino parcialmente y la práctica internacional no ha elaborado suficientemente un sistema que asegure la protección de los derechos del hombre, lo que por otra parte debía ser la base misma de su cometido.

II. EL ESTADO DE DERECHO Y LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

1. “El Estado de Derecho presupone que el derecho está al servicio del pueblo. El pueblo no se identifica forzosamente con la voluntad de la mayoría, sino que es tan cierto o incluso más cierto decir que la voluntad de la minoría no puede representar a todo el pueblo.”¹⁰ Destacamos esta afirmación como típica de las afirmaciones y asertos de los que tratan de adecuar por la fuerza, retorciendo el sentido de las palabras y los conceptos, una serie de hechos sociales a la noción del Estado de Derecho.

En una sociedad regida por el Estado de Derecho, la mayoría y la minoría aceptan, una y otra, un mínimo de reglas y de principios que representan los deberes fundamentales de la sociedad hacia cada uno de sus miembros.

Cuando no se quiere admitir la identificación de la voluntad de la mayoría, con el servicio al cual el derecho está abocado, se está disfrazando bajo el nombre de pueblo, aquel sector o clase para la cual se gobierna, instrumentando el poder con la norma jurídica que es indiferente a los reclamos y necesidades de la auténtica voluntad mayoritaria.

Según este pensamiento, la aceptación de ese mínimo de reglas y principios que hay que acatar en un Estado de Derecho tiene que ser

¹⁰ Afirmación de Norman Marsh, en el curso de los debates del Congreso Internacional de Juristas, Río de Janeiro, 1962, cuyo informe extractado fue publicado bajo el nombre de *Executive Action and the Rule of Law*, Ginebra, 1964, 187 pp.

así, sea la que fuere la autoridad legislativa, sean los que fueren los límites formales que puedan ser introducidos o no a sus poderes legislativos en una sociedad regida por un Estado de Derecho, respetando tal autoridad los derechos mínimos del individuo.

Cualquier otra conclusión —para los defensores del Estado de Derecho— conduciría al resultado inaceptable en el que una sociedad en la que la voluntad de una mayoría totalitaria, expresada oficialmente por leyes, podría pretender que vive de acuerdo con el Estado de Derecho, por muy escandalosas que puedan parecer tales leyes a la conciencia de la humanidad civilizada.

¿Quiere esto decir que una auténtica expresión de la voluntad de la mayoría, no puede ser aceptada como tal en una democracia representativa, requisito *sine qua non* del Estado de Derecho? ¿Por qué se ha determinado formalmente que es a través de un cuerpo electo como la expresión de la voluntad popular se manifiesta o porque en el fondo de lo que se trata en este sistema es de gobernar para un grupo, pretendiendo gobernar a nombre del pueblo? Las manifestaciones de la democracia plebiscitaria serían pues, con este criterio, manifestaciones de la voluntad de una mayoría “totalitaria” y por tanto inaceptable como contraria a la forma del Estado de Derecho, encarnación de la organización política de la sociedad occidental de tipo capitalista.

Así pues el principio del Estado de Derecho implica limitaciones al Poder Legislativo. Estas limitaciones pueden revestir varias formas, ya sea que formen parte de las disposiciones aplicables de una constitución escrita o que constituyan únicamente un conjunto de principios de abstención más o menos bien definidos, pero tácitamente reconocidos por el Poder Legislativo. Además el cuadro de valores, principios políticos y filosóficos que informan a la comunidad política, constituye la base de estas limitaciones. Este doble aspecto del Poder Legislativo es necesario tenerlo muy en cuenta.

El Poder Legislativo en algunos países es, en estricta teoría constitucional, soberano por el solo hecho de que traduce la voluntad de una mayoría. En otros, es soberano a condición de que siga un procedimiento particular de ejecución, más o menos complicado, que prevé en general, una decisión tomada por mayoría y sancionada o no por referéndum. En algunos casos más, en el texto mismo de la ley están previstas restricciones absolutas al Poder Legislativo. Cuando estas restricciones existen, ya sean condicional o absolutamente, los tribunales pueden disponer

o no de un poder de revisión que les permita asegurarse de que los límites fijados han sido respetados efectivamente.

2. En un sistema, como el inglés, modelo de muchos otros países, el principio rector es el de que el Parlamento es soberano. No hay limitaciones fijadas por la ley al poder del legislador. En esas condiciones, una ley votada por el Parlamento no puede ser modificada por un organismo judicial o ejecutivo; ninguna decisión de un organismo judicial o ejecutivo puede reducir el poder legislativo del Parlamento; ningún otro organismo puede legislar sin ser autorizado para ello por el Parlamento; una ley votada por el Parlamento puede modificar el *Common Law* o cualquier otra ley anterior, sin existir distinción alguna entre una ley constitucional y cualquier otra ley. Como el Parlamento es soberano puede modificar las decisiones de todos los parlamentos precedentes.¹¹

El Parlamento no es un organismo permanente. Es convocado y disuelto con la voluntad de la Corona, previa opinión del Primer Ministro o del jefe del gobierno electo.

El *Bill of Rights* de 1688 prevé que el Parlamento debe ser convocado con frecuencia, y la *Parliament Act* de 1911 establecía el principio de que la duración del mandato parlamentario no debía ser superior a cinco años. Naturalmente no existe limitación alguna al derecho que posee el Parlamento para prorrogar, por vía legislativa, la duración de su mandato; esta duración se amplió a ocho años durante la Primera Guerra Mundial y se aumentó a diez años en el transcurso de la Segunda Guerra Mundial.¹²

El derecho constitucional inglés reconoce que la Constitución evoluciona continuamente y que el Parlamento representa la voluntad del pueblo. Cualquier limitación impuesta al Poder Legislativo del Parlamento sería ofensiva frente a estos dos conceptos. Sin embargo, en la práctica y para mayor eficacia del principio del Estado de Derecho, se imponen limitaciones a los poderes teóricamente ilimitados del Parlamento por medio de la libertad de prensa, de la libertad de asociación, de la fuerza de la opinión pública y de la tradición, que tiene establecido que un gobierno sea responsable ante el Parlamento conforme al sistema de partidos.

3. En los Estados Unidos se insiste en las limitaciones puestas al Poder Legislativo, tanto en lo que se refiere a los valores jurídicos fundamen-

¹¹ Cfr. Edward Jenks, *El derecho inglés*, trad. J. Paniagua Porras, Madrid, 1930, p. 67.

¹² Cfr. André Hauriou, *Cours de Droit constitutionnel comparé*, en "Les cours de droit", série polycopiée, París, 1962-63, pp. 246 y ss.

tales, como a los valores jurídicos subsidiarios considerados necesarios para asegurar a los primeros una protección eficaz. Estas limitaciones no son invariables, pero su modificación supone una modificación de la Constitución. La Constitución norteamericana teniendo en cuenta su carácter tradicional y su forma federativa, no puede ser revisada fácilmente.

Los medios más eficaces concebidos por el sistema norteamericano para proteger los derechos fundamentales del individuo son las garantías, órdenes y prohibiciones expresadas en su Constitución escrita, que limitan el alcance y el ejercicio del poder del gobierno.

El gobierno norteamericano se caracteriza por la dualidad de su naturaleza. Esta dualidad se traduce por una división de los poderes legislativos, ejecutivos y judiciales entre el Estado y la nación, de una parte, y por una separación de esos tres poderes en el seno del gobierno de cada Estado, por la otra.

El artículo 1º, sección 9 del texto original de la Constitución norteamericana niega expresamente algunos poderes al Congreso:

el privilegio del derecho de *Habeas Corpus* no podrá ser suspendido nunca, a menos que, en caso de rebelión o de invasión, la salvación pública lo exija; no podrá ser decretado ningún decreto de confiscación de bienes ni de muerte civil, ni ninguna ley retroactiva.

Para el Poder Legislativo, no federal, sino estatal, también existen algunas limitaciones cuando se expresa que

ningún Estado podrá... promulgar decreto de confiscación de bienes ni de muerte civil, ley retroactiva o ley alguna por la que se debilite la fuerza obligatoria de los contratos. Los ciudadanos de cada Estado tendrán derecho en los diferentes Estados a todos los privilegios e inmunidades inherentes a los ciudadanos.¹³

Ya en 1791 existían en Norteamérica otros derechos que el pueblo y sus representantes consideraban como sagrados. Pero en ese año, las diez primeras enmiendas, conocidas bajo el nombre de *Bill of Rights* (Declaración de Derechos) fueron agregadas a la Constitución. Estas enmiendas estaban destinadas a proteger, contra cualquier atentado que pudiera ser cometido por el gobierno federal, los derechos fundamentales del individuo, tales como: el libre ejercicio del culto; la separación de la Iglesia y del Estado; la libertad de expresión y la libertad de prensa;

¹³ Artículos 1º, sección 10 y 4, sección 2, Constitución de los Estados Unidos.

el derecho de reunión pacífica y el derecho de petición; el derecho a portar armas; la protección del hogar contra el acantonamiento de los soldados en tiempo de paz; el derecho a proteger a los ciudadanos en sus personas, sus casas, sus papeles y sus efectos contra cualquier pesquisa y secuestro arbitrario; la inculpación reservada al *Grand Jury*; la prohibición de perseguir a un mismo individuo dos veces por el mismo crimen, de incitarlo a declarar contra sí mismo, de privarlo de su vida, de su libertad o de sus bienes sin un proceso legal; la prohibición de secuestrar la propiedad privada para dedicarla a uso público sin una compensación apropiada; la obligación de proceder a juzgar rápidamente y en público todos los procesos criminales por un jurado imparcial; en la localidad en que el crimen ha sido cometido; el derecho para el acusado de ser informado de la clase de la acusación, de ser confrontado con los testigos de descargo y de ser asistido por un abogado para su defensa; la prohibición de exigir una fianza exagerada, de imponer multas excesivas y de infligir penas crueles que no sean las practicadas corrientemente.¹⁴

Después de la guerra civil, nuevas restricciones fueron impuestas a los gobiernos de los Estados por las disposiciones de orden general que figuran en la Constitución federal:

Ningún Estado podrá adoptar ni aplicar leyes que disminuyan los privilegios o las inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, de su libertad o de sus bienes sin las garantías legales del procedimiento ni negar a quienquiera que dependa de su jurisdicción una protección igual de las leyes.¹⁵

Los tribunales norteamericanos consideran que esta enmienda que garantiza la aplicación del debido proceso legal, engloba cierto número de disposiciones del *Bill of Rights* que, al principio, eran aplicables únicamente al gobierno federal. Entre esas disposiciones figuran especialmente la Primera Enmienda que protege las libertades fundamentales.

Las limitaciones impuestas al Poder Legislativo por las constituciones de los diferentes Estados y por la Constitución de los Estados Unidos tienen fuerza obligatoria para los tribunales. El derecho otorgado a los tribunales para hacer respetar esas limitaciones, es inherente a la propia naturaleza del procedimiento judicial y no procede de una concesión del legislador.

¹⁴ Cfr. André y Suzanne Tunc, *El derecho de los Estados Unidos de América*, México, 1957, pp. 61 y ss.

¹⁵ Cfr. André y Suzanne Tunc, *op. ult. cit.*, pp. 111 y ss.

El procedimiento de enmienda de las Constituciones federal y de los Estados es diverso. En lo que respecta a estas últimas las enmiendas deben ser conformes, en cualquier caso, a las exigencias de la Constitución federal, en particular, para el ejercicio de las libertades fundamentales que en ellas se garantizan.

De acuerdo con la Constitución federal norteamericana, el propio Congreso federal propone enmiendas cada vez que un voto en este sentido reúne la adhesión de las dos terceras partes de cada cámara, la Cámara de Representantes y el Senado. El Congreso debe reunir una convención cada vez que ello es pedido por los cuerpos legislativos de las dos terceras partes de los Estados. Para obtener la ratificación de esas proposiciones, el Congreso debe elegir alguno de los siguientes procedimientos: ratificación por los cuerpos legislativos de las tres cuartas partes de los Estados, o ratificación por convenciones reunidas con este fin en las tres cuartas partes de cada uno de los Estados; en los dos casos, la ratificación debe intervenir en el plazo que pueda ser fijado por el Congreso. Una vez que el Congreso ha procedido a su elección, ni el cuerpo legislativo de un Estado, ni el pueblo, pueden cambiar el procedimiento o el texto propuesto. Sin embargo, si el Congreso precisa que las ratificaciones deben ser hechas por medio de convenciones, cada Estado puede reglamentar libremente la elección de los miembros de su propia convención.

Obviamente el problema del Poder Legislativo, de la calidad de voluntad que representa o que se le atribuye y de las limitaciones que pueden imponerse al mismo, está vinculado directamente con las garantías que pretende ofrecer un Estado de Derecho de que ni siquiera el poder que es estimado como la emanación más directa de la voluntad popular, según el criterio de la democracia representativa de los países occidentales de tipo capitalista, posea libertad absoluta de actuar, para no llegar a poner en peligro el patrimonio jurídico de los ciudadanos, sus derechos fundamentales que deben estar plenamente garantizados contra toda contingencia.

Pueden ser imaginados diferentes métodos para llegar a modificar la Constitución federal o la constitución de un Estado, sin adherir estrictamente al procedimiento de revisión expuesto anteriormente. Pero lo que es importante considerar para nuestra materia de derechos humanos, dentro del modelo del Estado de Derecho son, independientemente de la existencia de textos constitucionales y aparte de la cuestión de las enmiendas, las posibilidades de interpretar por medio de artificios las garantías constitucionales, tales como son interpretadas por la Corte Su-

prema norteamericana. Problema cuyo interés sobrepasa el marco nacional y es perfecta ilustración de lo que aquí tratamos de explicar.

Cuando se deja cierto margen en el número de jueces de que se compone un tribunal de última instancia, el Legislativo y el Ejecutivo pueden ponerse de acuerdo para aumentar el número de miembros y pueden nombrar para cubrir los puestos vacantes, así creados, candidatos que se sabe o se supone son partidarios de las teorías de interpretación constitucional que han sido rechazadas previamente o cuya adopción se desea vivamente. Esto es lo que hizo el Congreso norteamericano con respecto a la Suprema Corte a propósito de los asuntos de tipo legal de convertibilidad de la moneda después de la guerra civil e intentó renovar la experiencia, pero sin éxito en esta ocasión, en 1937. En virtud de su poder de ampliar la competencia de apelación de la Suprema Corte, el Congreso dispone de una posibilidad de intervenir para impedir que se proceda a la revisión judicial de los asuntos que han sido juzgados por los tribunales federales inferiores, en un sentido favorable a la acción del Congreso.

Las principales disposiciones protectoras de la libertad en la Constitución federal fueron redactadas voluntariamente, en términos vagos y generales con el objeto de dejar sitio, de conformidad con la intención confesada por los autores, a una cierta flexibilidad de adaptación a las condiciones y a las exigencias ulteriores que no existían y no podían ser previstas en aquella época. La interpretación jurisdiccional da ahora un significado nuevo a estas disposiciones.

Hubo momentos, en el transcurso de nuestra historia, en los que las decisiones de la Suprema Corte han forzado a algunos críticos que no estaban de acuerdo con el razonamiento seguido por los jueces en las opiniones escritas para explicar sus decisiones, a afirmar que la Corte había efectuado una *enmienda* por vías indirectas; pero en este aspecto igualmente, ningún crítico, preocupado por su responsabilidad, ha dado a entender nunca que estas decisiones estuviesen inspiradas por la mala fe o por un motivo secreto o por la intención de esquivar los textos que exigían el depósito oficial y regular de cualquier enmienda. Las críticas y los desacuerdos son productos derivados inevitables de la doctrina de la supremacía de la ley.¹⁶

El Congreso o el cuerpo legislativo de un Estado podría convertir en inoperantes las garantías reconocidas por la Constitución federal a los derechos individuales, ejerciendo para ello un control sobre la compe-

¹⁶ Cfr. *The Rule of Law in the United States*, American Bar Association, New York, 1958, pp. 22 y ss.

tencia de los tribunales, de forma tal que se impidiera o se negara cualquier vía de recurso judicial.

En los primeros tiempos de la historia constitucional norteamericana, el Congreso retiraba a los tribunales federales toda clase de competencia en materia de denuncias dirigidas contra los Estados Unidos, a tal punto que los que reclamaban una justa indemnización, cuando eran confiscados sus bienes personales por razones de interés público, no tenían ninguna posibilidad de recurso ante el Congreso, a pesar de las garantías de revisiones judiciales contenidas en las disposiciones relativas a las llamadas “garantías legales de procedimiento” o “debido proceso legal”.

En la actualidad, todavía los tribunales federales no son competentes para entender en las peticiones de indemnización dirigidas contra los Estados Unidos fundadas sobre resultantes de un tratado, a pesar de que un recurso gracioso pueda ser dirigido todavía al Congreso y a pesar de que un propietario desposeído de sus bienes a consecuencia de un tratado, pueda intentar una acción en daños y perjuicios o reclamar que una *injunction* (prohibición) sea dirigida al funcionario encargado de ejecutar la “orden de confiscación”.¹⁷

4. El sistema jurídico de la República Federal de Alemania impone límites *absolutos* al Poder Legislativo. En virtud del artículo 20, párrafo 3, de la Constitución, los poderes del legislativo están limitados por el orden constitucional previsto por ésa. Ello se aplica a los derechos fundamentales definidos en la Constitución y a la separación de los poderes existentes entre el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. La Constitución no puede ser revisada, por un voto a la mayoría de las dos terceras partes de los miembros de las dos cámaras, la alta y la baja, sino cuando esta revisión no es contraria al principio del artículo 79, párrafo 3, de la Constitución, que prohíbe cualquier atentado a los principios de la estructura federal, a la participación de los *Länder* en la legislación, y a los principios fundamentales enunciados en los artículos 1 y 20. Restricciones estas últimas directamente relacionadas con los derechos del hombre.

Artículo 1. La dignidad de la persona humana es sagrada. Todos los agentes del poder público tienen la obligación absoluta de respetarla y de protegerla. El pueblo alemán reconoce, pues, la existencia de derechos humanos inviolables e inalienables, como base de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

¹⁷ Cfr. *The Rule of Law in the United States*, cit., pp. 25.

Los derechos fundamentales enunciados a continuación tendrán fuerza obligatoria para el Legislativo, el Administrativo y el Judicial.

Figuran enseguida, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la vida, y a la integridad corporal (artículo 2); igualdad ante la ley (artículo 3); libertad de religión y de conciencia (artículo 4); libertad de expresión (artículo 5); protección del matrimonio y de la familia (artículo 6); derecho a la educación (artículo 7); derecho de reunión (artículo 8); derecho de libre asociación (artículo 9); secreto de la correspondencia y de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas (artículo 10); derecho de viajar libremente (artículo 11); libre elección de la profesión (artículo 12); inviolabilidad del domicilio (artículo 13); derecho a la propiedad y a la herencia; condiciones de nacionalización de los recursos naturales y de los medios de producción (artículos 14 y 15); derecho del ciudadano a la nacionalidad alemana, prohibición de la extradición y derecho de asilo (artículo 16); derecho de dirigir peticiones y reclamaciones (artículo 17); el artículo 18 autoriza al Tribunal constitucional federal para promulgar una decisión pronunciando la pérdida de los derechos fundamentales, tal como son garantizados por los artículos 5, 8, 9, 14, 16, contra el que los utilice para combatir “el orden constitucional liberal y democrático”. El artículo 19, párrafo 2 prevé que “en ningún caso se podrá atentar contra los principios esenciales de un derecho fundamental”.

Artículo 20. La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social.

Cualquier poder emana del pueblo. Éste lo ejerce por vía de elecciones y de plebiscitos, por intermedio de órganos distintos investidos respectivamente del Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Los límites del Poder Legislativo son determinados por la Constitución, los del Poder Ejecutivo y los del Poder Judicial por la ley y el derecho.

Una enmienda a la Constitución, de 26 de marzo de 1954, establece como principio que, en algunas circunstancias, la conformidad de un tratado con las disposiciones de la Constitución está suficientemente establecida por una declaración expresa, a este efecto, en el tratado. La constitucionalidad de esta enmienda que limita las funciones conferidas al Tribunal constitucional en virtud del principio de separación de podes-

res, plantea un problema que debe ser resuelto por el mismo Tribunal constitucional.¹⁸

El problema de la constitucionalidad de las leyes votadas por el Legislativo puede ser estudiado por el Tribunal constitucional de Alemania Federal de las siguientes formas: a moción del poder ejecutivo federal, del de un *Land*, o de una tercera parte de los miembros de la Dieta federal (*Bundestag*): a moción de un tribunal que debe juzgar un asunto regido por la ley en cuestión. Cuando la constitucionalidad de una ley es discutida a propósito de los derechos y deberes de los organismos federales, o de la Dieta local, o de los *Länder*. Cuando es dirigido un recurso directo al Tribunal constitucional federal por un individuo al que se ha privado de un derecho fundamental o "similar". Similar designa en este caso la igualdad de estatuto cívico para todos los alemanes, el derecho de voto, el derecho de no ser citado ante los tribunales de excepción, el derecho a un recurso jurisdiccional y a las salvaguardias previstas por la ley en caso de privación de libertad.

5. Es posible también hallar una Constitución como la de la URSS, que establece una lista de los "derechos fundamentales del ciudadano", pero que subordina el ejercicio de ellos a los intereses de la sociedad, en la que el cometido de dirigente es atribuido expresamente por la Constitución a un partido único (cf. capítulo x de la Constitución Soviética de 1936, especialmente los artículos 125 y 126). Además, la Constitución no contiene ninguna limitación expresa a los poderes del Legislativo con respecto a los derechos fundamentales, como tampoco prevé el control jurisdiccional de la validez de las disposiciones legislativas. En la Unión Soviética, la propia Constitución puede ser revisada por una decisión adoptada a la mayoría de los dos tercios de votos de cada una de las Cámaras del Soviet Supremo.¹⁹

Para resumir, si formulamos una pregunta de la siguiente manera: ¿presupone un Estado de Derecho ciertas limitaciones al Poder Legislativo? Como principio general, debe darse una contestación afirmativa. Incuestionablemente el problema de las limitaciones al Poder Legislativo constituyen además, por su misma naturaleza, un problema político exterior a la esfera jurídica. Y si cierto número de convenios internacionales, que tienen fuerza obligatoria en derecho internacional, imponen en realidad limitaciones a los poderes legislativos, como es el caso notable del

¹⁸ Cfr. André Hauriou, *Cours de Droit constitutionnel comparé*, cit., pp. 320 y ss.

¹⁹ Cfr. Henri Chambre, *Le pouvoir soviétique*, Paris, 1959, pp. 48 y ss.

Convenio europeo de salvaguardia de los Derechos Humanos, hay mayor razón para afirmar que el concepto del Estado de Derecho, no es una entelequia, ni una creación nacional sino todo un sistema de vida político que pretende esencialmente salvaguardar la dignidad del hombre, protegiendo eficazmente sus derechos fundamentales. O al menos ése es su propósito.

6. El análisis de los derechos fundamentales del hombre y las garantías jurídicas que se otorgan a los mismos en un Estado de Derecho requiere generalmente de la clara diferenciación entre los derechos fundamentales concretos del individuo y los llamados derechos instrumentales. En la Declaración norteamericana de Derechos, el Bill of Rights y las enmiendas ulteriores a la Constitución, pueden verse confundidos, los derechos fundamentales concretos del individuo y los instrumentos jurídicos para su protección. En un auténtico Estado de Derecho, estos derechos instrumentales figuran entre los más importantes que hay que proteger por medio de limitaciones aportadas al Poder Legislativo. El clásico ejemplo de un derecho instrumental es el principio que prohíbe al legislador usurpar sobre el derecho de los ciudadanos el *due process of law* (las garantías legales de procedimiento) y que constituye un elemento esencial de las limitaciones necesarias al Poder Legislativo, amén de la actitud del proceder leal que implica por parte de los otros dos poderes.

Dentro de la naturaleza de las limitaciones impuestas al Poder Legislativo, en un Estado de Derecho, para no invadir la esfera de actividad y de goce de los derechos del hombre, el principio de la *irretroactividad de las leyes* surge naturalmente como uno de esos elementos esenciales de orden negativo en la función legisladora.

Así como la legalidad formal de cualquier medida tomada en nombre de una sociedad organizada y el reconocimiento, en segundo término, de algunos derechos fundamentales del hombre se hallan en la base misma del concepto de Estado de Derecho, una legislación que pudiese eventualmente ser retroactiva iría en contra de la seguridad que constituye el objetivo mismo que todo sistema jurídico debe perseguir. Tanto se ha escrito sobre el concepto de seguridad como fin mismo del derecho, que saldría sobrando mención adicional al respecto en este lugar. Sin embargo habrá que darle a este principio de la irretroactividad de la ley el verdadero alcance que tiene, ya que la prohibición se refiere generalmente sólo al ámbito penal. Una ley retroactiva en materia penal permitiría condenar un acto que no era delictivo en el momento en que fue

cometido y también aumentar la pena prevista para un delito, sancionando con menor rigor en la época en que fue cometido. Es raro que se condena a la legislación retroactiva fuera del campo estricto del derecho penal, por ejemplo, en materia fiscal, pueden establecerse cargas con efecto retroactivo y en el mismo campo del derecho penal una ley de amnistía, medida esencialmente retroactiva, por ser favorable no estaría prohibida.

7. La Enmienda XIV a la Constitución de los Estados Unidos contiene el principio de la protección igual de las leyes, y es el clásico ejemplo del principio de igualdad ante la ley que presenta una importancia fundamental para la noción de Estado de Derecho. Pero es un término que no se explica por sí mismo, ya que la desigualdad de los hombres procede de la desigualdad de sus dotes naturales y de la desigualdad de hecho resultante de su categoría social y de su situación económica. Y es imposible aplicar reglas de una igualdad teórica a situaciones de hecho que presuponen la desigualdad al principio.

“Todos los ciudadanos son iguales ante la ley y tienen derecho a una protección igual de la ley.” En esta forma o en forma semejante la gran mayoría de las Constituciones escritas o no escritas consagran el principio de la igualdad ante la ley.²⁰ A pesar de su consagración formal, es muy difícil dar en una constitución un contenido real al principio de la igualdad ante la ley, sin tener en cuenta las condiciones particulares de la sociedad en la que debe aplicarse.

Lo que interesa saber no es si existe una igualdad absoluta en el sentido académico de la palabra, sino si la conciencia colectiva de un Estado determinado puede considerar la ley impugnada como contraria al derecho común del país, el cual debe reservar a todos un trato verdaderamente igual, que los ciudadanos puedan considerar como justo y equitativo en un Estado de Derecho. La noción de igualdad ante la ley es susceptible de dos interpretaciones. Como principio formal que implica solamente que deben ser tratadas como iguales las personas consideradas como tales por la ley y ninguna otra. Y como principio material que —más interesante a este efecto— significa que la ley debe tratar a los hombres como iguales entre sí, según las cualidades de ellos en función de las cuales es justo considerarlos así. Éste es un juicio de tipo moral que no puede ser definido íntegramente en los límites de una constitución cualquiera y aún menos en un texto aplicable a multitud de comu-

²⁰ La Constitución federal mexicana consagra ese principio, particularmente en sus artículos 1º y 13.

nidades nacionales, como es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Todos los ciudadanos considerados como personas humanas, deben ser tratados como iguales ante la ley, mas esto no debe ser interpretado en el sentido de que el Estado, en sus decretos, no deba tener en cuenta las diferencias de capacidades físicas y morales o de las funciones sociales, esto es particularmente cierto en los países occidentales de estructura capitalista.

Como principio general de limitación a las atribuciones y a la competencia del legislador, la “igualdad ante la ley” significa sencillamente que la ley adoptada por el legislador no debe establecer una discriminación entre los seres humanos, salvo en la medida en que esta discriminación pueda justificarse por una clasificación racional compatible con la elevación progresiva de la dignidad del hombre en una sociedad determinada. El peligro de razonamientos de este tipo lo vemos cuando aunado a un criterio formal de legalidad, se llega al extremo de la legislación del *apartheid* promulgada por el régimen blanco en Sudáfrica bajo ese pretexto y que constituye uno de los más claros ejemplos de patología social jurídicamente sancionada.²¹

El valor esencial de la insistencia que se debe poner en lograr la igualdad ante la ley, depende de la obligación que la ley impone al legislador de justificar las medidas de discriminación tomadas por él. La igualdad ante la ley es lo contrario a la arbitrariedad y como tal es una de las piedras angulares del concepto del Estado de Derecho, a pesar de las dificultades que su interpretación presenta.

8. En el estudio de las limitaciones al Poder Legislativo en ese intento del Estado de Derecho, para no dejar a la discrecionalidad de la autoridad, materias tan esencialmente delicadas como los derechos del hombre, junto al principio de la no retroactividad y a la noción de igualdad ante la ley, otro de los elementos que informan el contenido de esas limitaciones al legislador son los derechos del hombre en sí mismos; sean llamados éstos, libertades individuales, libertades públicas, derechos públicos subjetivos, garantías individuales, derechos fundamentales o derechos del hombre. Entre las libertades individuales encontramos un grupo limitado de derechos fundamentales que son la manifestación directa de la dignidad de la persona humana, la libertad religiosa, y el derecho de los ciudadanos de elegir la forma de gobierno de su país. Pero además existen

²¹ Cfr. Héctor Cuadra, *El Apartheid y los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos*, en el Libro Homenaje a la Declaración Universal de Derechos Humanos, UNAM, México, 1970.

la libertad de opinión, la libertad de reunión, la libertad de asociación, que constituyen medios de expresión de los derechos fundamentales primariamente mencionados. Dichas libertades no son absolutas. Las excepciones a estas libertades están justificadas por la necesidad de conciliar los derechos que reivindican los diferentes individuos sobre cada una de ellas, y el criterio que permite llegar a esta conciliación se encuentra en la preocupación que experimenta la ley por asegurar el respeto general del individuo y de su dignidad. La limitación habitual del poder de legislar en materias tales como la libertad de opinión o de reunión que permite al parlamento inmiscuirse relativamente en tales dominios es para imponer la necesidad de justificar sus disposiciones legislativas limitativas y evitar así la posibilidad de la arbitrariedad.

Existe una relación directa entre el concepto mismo del Estado de Derecho y el llamado control jurisdiccional porque en países como Inglaterra en los que el derecho de la libertad de opinión, por ejemplo, no se basa esencialmente en una ley, sino en la actividad de que disponen libremente todos los ciudadanos, en la medida en que no está limitada por la ley (como es el caso de la legislación sobre la difamación que más que limitar, regula la libertad de opinión), el prejuicio es netamente favorable a la libertad de opinión. En tanto que en los países que tienen una constitución escrita, la situación de las libertades del individuo depende del valor atribuido a la propia Constitución y de la interpretación que dan los jueces a los artículos que garantizan la libertad de opinión y establecen restricciones a su ejercicio legal.

Es obvio que existen multitud de limitaciones concretas al Poder Legislativo en todos los casos en que se refieren a los derechos individuales: el derecho de libre circulación, el derecho de voto, el derecho a la intimidad, el derecho a la libre elección de la profesión, todos esos casos que conjuntamente constituyen limitaciones fundamentales a las autoridades en un Estado de Derecho. Claro está que existe una cierta jerarquía de derechos individuales, pero su ejercicio está tan vinculado entre sí que la falta de protección de uno de ellos causa graves trastornos al ejercicio de los demás derechos individuales. En un Estado de Derecho moderno debe existir por otra parte la suficiente flexibilidad para pasar de los derechos tradicionales, como la libertad de opinión, de reunión, de conciencia, etcétera, a los derechos económicos y sociales que ponen a prueba efectivamente el principio de la igualdad ante la ley.

Se presentan además otros problemas. Tomemos por ejemplo el derecho concedido a los ciudadanos para elegir la forma de su gobierno. Este derecho es manifiestamente de aplicación práctica muy difícil y muy

importante a la vez, porque ese gobierno deseado por los ciudadanos debe ser responsable ante ellos para que operen adecuadamente los mecanismos democráticos en un Estado de Derecho.

Las libertades individuales consideradas como limitaciones al Poder Legislativo dentro de la noción del Estado de Derecho, supone que el Poder Legislativo acepta a intervalos razonables someterse al veredicto de la ciudadanía, del pueblo, por medio de elecciones libres. La decisión final en el control al respecto absoluto de la legalidad no depende tan sólo de un buen funcionamiento del Poder Judicial, como contralor, sino en última instancia del ejercicio del derecho de voto.²²

La libertad de opinión “base y condición necesaria de casi todas las demás formas de libertad”,²³ no constituye solamente una condición previa necesaria del derecho de poseer un gobierno responsable ante el pueblo, sino que es un factor esencial de la aplicación satisfactoria de las reglas de procedimiento destinadas a la salvaguardia de los derechos humanos.

La limitación del derecho del legislador de inmiscuirse en la libertad de opinión, halla su principal campo de aplicación en la autorización de dar publicidad a los procesos intentados ante los tribunales administrativos y judiciales y en el derecho de que disponen los ciudadanos para comentar estos procesos. Claro está que por la naturaleza misma de la libertad de palabra que no es absoluta, sino reglamentada, hay gran divergencia de criterios sobre cuáles son las restricciones aceptables en la publicidad de los procedimientos administrativos y judiciales y en el derecho para el público de comentarlos. No hay divergencia en cuanto a la opinión de la publicidad de los procesos penales, en tanto que la opinión se divide cuando se trata de decidir hasta qué punto deben ser públicos los procesos ante los tribunales administrativos.

Es bien conocida la diferente actitud de los tribunales americanos e ingleses, los primeros, por respeto a la libertad de opinión tienen, mucho menos que los segundos, la tendencia a limitar el derecho de comentar los procesos judiciales.²⁴

²² Cfr. W. Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, London, 1950, p. 62.

²³ Célebre expresión del juez norteamericano Cardozo en *Palpo vs. Connecticut*, 302, U.S., 327 (1937) citada en *The Rule of Law in the United States*, cit., p. 11.

²⁴ Cfr. Karl Loewenstein, “Las libertades civiles en Gran Bretaña”, conferencia, en el Libro Homenaje a la Declaración Universal de Derechos Humanos, UNAM, México, 1970.

III. EL ESTADO DE DERECHO Y LA ADMINISTRACIÓN

1. Así como en páginas anteriores nos referimos a la problemática del Estado de Derecho y el Poder Legislativo como encarnación del sistema de democracia representativa, hemos ahora de referir los problemas de las exigencias del Estado de Derecho respecto a la administración pública que en su forma de expresión tradicional, simplista, se refiere al clásico Poder Ejecutivo.

Y así como planteamos las exigencias del Estado de Derecho y la adecuación del Poder Legislativo al mismo en forma de limitaciones al ejercicio de su función a pesar de representar la voluntad llamada popular. Con mayor razón serán mayores las exigencias impuestas, aunque más sutiles a veces los medios al Poder Ejecutivo en forma de regulación y fiscalización de sus actos.

En una democracia representativa los representantes del pueblo, miembros del Poder Legislativo no pueden esperar ni solicitan recibir mandato imperativo para el ejercicio de su poder legislativo, pero son responsables ante el pueblo que debe tener la posibilidad de confirmar o de modificar la elección de sus representantes.

El poder de gobernar, es decir, de aplicar las leyes que han sido regularmente votadas por los representantes del pueblo, no puede ejercerse arbitrariamente en un Estado de Derecho. Los que poseen y ejercen este poder deben actuar en el marco de la legalidad, y deben responder de sus actos ante el pueblo que asegura el control por mediación de sus representantes en el Parlamento y por la elección libre del titular o titulares del Poder Ejecutivo. Es indiferente si esta elección se realiza directamente por medio de elecciones o indirectamente por el poder que detenta la mayoría parlamentaria para designar al gobierno.

Las aspiraciones de una exigente sujeción de la administración, mecanismo manejado por el Poder Ejecutivo, a los postulados del Estado de Derecho suponen normas claras de conducta que permitan una interpretación inequívoca y sean factibles de ser aplicadas exactamente. Debe existir y ser permitido además un control, preferiblemente de orden judicial, que no se vea trabado por dificultades de hecho o conceptuales que impidan constatar si ha sido adecuada la aplicación de la norma por la administración en el acto que se controla.

En todos los Estados modernos, son confiados necesariamente amplios poderes al Ejecutivo, no sólo para que formule los detalles de una ley cuyo principio general ha sido planteado por el Legislativo, sino también

para que la ponga en aplicación. La aplicación de una ley plantea la cuestión de saber en qué medida y de qué forma el Ejecutivo puede estar obligado a cumplir con las tareas que la ley le impone. Esto provoca el problema de la distinción entre un deber y un simple poder y ello conduce igualmente a buscar cuáles son las personas o los órganos contra los que se puede entablar un recurso que tenga fuerza obligatoria. En los casos en los que el Ejecutivo tiene poder para actuar, habiendo otros en los que se trata de un deber impuesto por la ley, este poder debe ejercerse dentro de los límites prescritos por la ley. Es con respecto a estos límites donde surge la verdadera dificultad. ¿Deben ser interpretados única y estrictamente de acuerdo con la letra de los textos legislativos o tiene el organismo encargado de fijar estos límites el derecho a buscar más allá del texto mismo de la ley, los principios cuya existencia está implícitamente presumida en el poder de legislar?

Si la subordinación del Poder Ejecutivo a la ley debe servir los intereses individuales de los miembros de una sociedad, todos los que han experimentado perjuicios debido a los actos ilegales del Ejecutivo deben disponer de una vía de recurso para obtener reparación o poder entablar, en ciertos casos, diligencias penales. Estas vías de recurso de que dispone el individuo contra los actos ilegales de un agente del Ejecutivo, y a continuación contra el Ejecutivo mismo, o contra el uno y el otro, varían considerablemente según los países. Esto plantea problemas sumamente importantes: todo individuo, miembro de una sociedad, tiene la impresión de que el Ejecutivo está compuesto por simples ciudadanos que, en el marco de la ley, tienen un deber personal que cumplir hacia los demás ciudadanos y es esta preocupación la que figura en el propio centro del concepto de Estado de Derecho.

Hay diversas maneras según el país, para reclamar los actos ilegales de la autoridad respecto al individuo afectado. Estos recursos personales son fundamentales en esta materia. Algunos países admiten que el funcionario, en calidad de agente del Ejecutivo, pueda ser considerado personalmente como responsable, en lo penal y en lo civil, de actos o de omisiones que, si hubieran sido realizadas por un simple ciudadano, llevarían consigo las mismas responsabilidades. En otros países, existen actos que, cometidos por el Ejecutivo, pueden ser ilegales, mientras que si fueren cometidos por un simple ciudadano no pondrían en juego su responsabilidad penal o civil; en este último caso, si un individuo ha sufrido un daño a consecuencia de estos actos ilegales, es posible que no disponga de ninguna vía de recurso eficaz para obtener reparación. ¿Hasta qué punto un ciudadano, cuando utiliza los recursos de que dispone contra

los actos ilegales del Ejecutivo, se halla en una situación distinta de la de un simple ciudadano que entabla diligencias judiciales contra otro ciudadano?

Los organismos que tienen autoridad para decidir si el Ejecutivo ha ejercido regularmente sus poderes varían según los países. En algunos países, tal tarea está confiada a un organismo particular del Ejecutivo mismo, el cual interviene en caso de denuncia de un ciudadano; existe otro grupo de países en los que tal tarea está atribuida a un organismo que es una sección especializada del Poder Judicial independiente, nos referimos a los tribunales administrativos; en otro grupo más, un sistema mixto se encuentra en vigor y aquí el control es ejercido en parte por los tribunales administrativos que pueden estar, a su vez, en grados variables, sometidos en última instancia a los tribunales de derecho común. Este último grupo lo constituyen generalmente países de derecho consuetudinario y aquí las cuestiones que se plantean respecto a este punto son la composición de esos tribunales y organismos mencionados, el grado en que esos tribunales aplican un procedimiento jurisdiccional o no y las posibilidades de apelar o de intentar un proceso de revisión ante los tribunales ordinarios.

2. El principio fundamental de la separación de los poderes entre los tres órganos del Estado y la atribución constitucional de la función legislativa al cuerpo de representantes populares, constituyen la base de la doctrina, dentro de la concepción del Estado de Derecho, que prohíbe al Legislativo delegar el poder de legislar a ninguno de los demás poderes, ni a ningún organismo que les esté subordinado.

Sin embargo esto no excluye la delegación del poder reglamentario, cuando han sido previstas por el legislador reglas suficientemente precisas con este fin. Existe una distinción de fondo, no simplemente de forma entre el Poder Legislativo y el poder reglamentario.²⁵

El problema de la legislación delegada es el fruto de la creciente complejidad de las tareas de gobierno que le corresponde desempeñar en el Estado moderno al Poder Ejecutivo. Se ha dicho que ya no se puede considerar a la sociedad moderna organizada políticamente, en el mundo occidental, como un gobierno representativo sino como un gobierno de tecnócratas que han mediatisado aún más la voluntad popular de la efectiva "decisión política", porque han dejado de operar los canales de comunicación que llevaban del pueblo a las autoridades sus reclamos y sus consignas para que fuesen traducidos en actos políticos concre-

²⁵ Cfr. Georges Vedel, *Précis de droit administratif*, Paris, 1960, núm. 236.

tos.²⁶ El gobierno de los tecnócratas, técnicos y asesores del poder, por su naturaleza y por sus funciones, está fuera del alcance del control político proveniente del pueblo, como quiera que éste se manifieste, y hace aún más peligrosa la tarea de gobernar respecto a la materia que es objeto de nuestro estudio, es decir, las garantías individuales, los derechos públicos subjetivos comúnmente conocidos como derechos del hombre.

Un caso particularmente interesante en materia de legislación delegada es la Constitución Francesa de 1958, carta política de la Quinta República, según la cual se delimitaron los campos de acción reservados al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, dejando intacta por otra parte la función reglamentaria, tradicional del Poder Ejecutivo y dando una definición de tipo formal a la ley y al reglamento.²⁷

Se enumeran por la Constitución taxativamente las materias objeto de la actividad legislativa, posibilitando según el criterio material al Poder Ejecutivo para "reglamentar" asuntos que no sean objeto o materia de una ley. En el pasado los casos de "legislación delegada" de la Constitución de 1946, aun cuando fuera ampliamente utilizada, estaba sujeta al control del Consejo de Estado. Y si bien es cierto que, según el artículo 34 de la Constitución de 1958, el Parlamento puede legislar en lo concerniente a "los derechos civiles y a las garantías fundamentales concedidas a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas", la importante función de decidir, si los "reglamentos" del gobierno usurpan o no el terreno legislativo reservado al Parlamento, ha sido confiada no al Consejo de Estado, sino a un Consejo constitucional, organismo político más que judicial, compuesto de nueve miembros, designados por el presidente de la República, la Asamblea Nacional y el Senado, a razón de tres por cada una de esas autoridades. El derecho de inspección ejercido por el Consejo constitucional sobre los "reglamentos" no permite a los interesados atacar la legalidad de la acción del Ejecutivo, sino que este control impone sencillamente al gobierno la obligación de justificar ante el Consejo constitucional que el texto del reglamento propuesto no invade, *in abstracto*, el campo de acción reservado a la Asamblea Nacional.²⁸

No es el sistema francés en esta materia, especialmente, un ejemplo de técnica jurídica modelo de protección al individuo y a sus derechos de gobernado. La carencia de un recurso individual ante este tipo de problemas, no es lo más deseable, independientemente de que la mecánica

²⁶ Cfr. Maurice Duverger, *Méthodes des Sciences sociales*, Paris, 1962, pp. 425 y ss.

²⁷ Cfr. Héctor Cuadra, *La evolución constitucional de Francia a través de sus Constituciones de 1875 - 1946 - 1958*, tesis, México, 1959, pp. 157-160.

²⁸ Cfr. Héctor Cuadra, *op. ult. cit.*, pp. 157-159, 162-163.

general del sistema de gobierno francés sea un sistema bien elaborado. Si no existiese sino el Consejo de Estado francés y su extraordinaria labor jurídica en defensa del gobernado, esto sería suficiente para afirmar que ese país está regido auténticamente dentro del espíritu del Estado de Derecho. El alto desarrollo cultural, cívico y político de los pueblos cuántas veces es más efectiva garantía a los abusos del poder que complicadas y perfectas instituciones protectoras de los derechos del hombre en medios sociales con desarrollo insuficiente. El caso de las hermosas declaraciones de principios de las constituciones de algunos países latino-americanos con un desarrollo político primario que las hace totalmente inoperantes y anacrónicas, no por defecto, sino por exceso, son la mejor prueba de ello.

La doctrina constitucional de algunos países del sistema de *Common Law*, no conoce limitación inherente a la doctrina constitucional respecto a la facultad de que dispone el legislador de delegar su poder de legislar, en la medida en que este poder le pertenece en prioridad. Aun en los países que admiten en teoría la distinción entre la delegación general y la delegación parcial del poder legislativo, es posible encontrar una constitución o ley ordinaria confiriendo directamente al Ejecutivo cierta competencia legislativa, como por ejemplo, en los Estados Unidos, en donde la Constitución prevé en su artículo 9, párrafo 2, que "el privilegio del derecho del *Habeas Corpus* no será suspendido nunca a menos que en caso de rebelión o de invasión la salvación pública lo exija". En este caso, el presidente de la Unión, en su calidad de comandante en jefe, puede declarar el estado de urgencia y la suspensión de este privilegio, poder que le ha sido conferido desde los primeros tiempos por el Congreso. Es difícil determinar claramente si este importante poder debe ser considerado como un poder inherente al Ejecutivo desde su origen, conforme a la Constitución, o si sólo debe verse en ello un simple ejemplo de una delegación extensa y excepcional del Poder Legislativo en favor del Ejecutivo.

A guisa de ilustración es interesante indicar que en la Unión Soviética y en los países inspirados de su sistema jurídico, la competencia legislativa del Ejecutivo es más amplia que en los países de tipo occidental capitalista. El artículo 49 (b) de la Constitución soviética de 1936, establece que el Presidium del Soviet Supremo, que ejerce normalmente funciones de ejecución, puede promulgar decretos, atribución que no está explícitamente precisada en la misma.²⁹

²⁹ Cfr. Henri Chambre, *Le pouvoir soviétique*, cit., pp. 72-75.

3. Un problema que el derecho administrativo contempla con detalle es el de la naturaleza del poder reglamentario en manos del Ejecutivo. Por el alcance de tal facultad, dicho tema es de obligada referencia en un estudio sobre las garantías que debe ofrecer un Estado de Derecho a los gobernados frente a la posibilidad de abuso del poder. El hecho de que sea tradicionalmente el Poder Ejecutivo el encargado de la aplicación de las leyes, hace necesario el estudio de la esencia del reglamento como forma utilizada para "aplicar la ley". Pero no es éste el lugar para plantear el problema de este poder reglamentario que, a propósito, la Constitución mexicana deriva y contempla en el artículo 89 (I) en los siguientes términos:

Las facultades y obligaciones del presidente son las siguientes:

I. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, poniendo en la esfera administrativa a su exacta observancia;
...

Se ha reconocido que la facultad reglamentaria, según la teoría del derecho administrativo es una función *materialmente* legislativa y *formalmente* ejecutiva. Se ha querido con ello satisfacer en cierta forma la inagotable duda sobre las características mismas de una ley, su abstracción, su generalidad, etcétera, y las características del acto reglamentario.

La actitud que tal materia despierta para los estudiosos de los derechos del hombre, es de la misma naturaleza que la provocada por las limitaciones a las atribuciones del Poder Legislativo dentro del concepto del Estado de Derecho. Pero en esta materia del poder reglamentario, esa inquietud se complica por la índole de la función ejecutiva y de la existencia de controles relativos al ejercicio del poder, que de no funcionar, puede el Ejecutivo en el pretendido ejercicio de sus atribuciones para aplicar y hacer ejecutar la ley, llegar a lesionar seriamente la esfera del individuo y dañar, estorbar o nulificar el pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

En los países del sistema de *Common Law*, la legalidad del poder reglamentario está a veces sometida a la aprobación del Parlamento. En Gran Bretaña la existencia de un control jurisdiccional de las medidas reglamentarias está siempre en función de las siguientes consideraciones: la ley de que procede la atribución del poder reglamentario no debe excluir, ni expresamente, ni implícitamente, este control; la disposición de habilitación al Poder Ejecutivo contenida en esa ley debe ser suficientemente precisa para permitir la aplicación de la teoría del *ultra vires*,

abuso del poder, que implica la calificación de legalidad de la medida cuestionada.

Esta teoría facilita la impugnación de la constitucionalidad de una medida reglamentaria. Por ella los textos que habilitasen a un funcionario público para tomar las medidas que juzgue necesarias u oportunas podría ser objeto de apreciación de su validez que, aunque subjetiva, no puede prácticamente ser discutida ante los tribunales.

En los países de *Common Law* que poseen constitución escrita, la exclusión del control jurisdiccional no es posible más que en la medida en que la propia Constitución no es violada, en particular, en las disposiciones relativas a los derechos fundamentales.

El Estado no creará ninguna ley por la que se supriman o anulen los derechos conferidos por esta parte (de la Constitución) (derechos fundamentales), y cualquier ley promulgada en violación de la presente disposición será nula en cuanto le sea contraria... La expresión "ley" abarca cualquier orden, cualquier decreto, ley de aplicación, regla, reglamento, notificación, costumbre o uso, que tenga fuerza de ley en el territorio de la India.

Este artículo 13, párrafo 2, de la Constitución de la India transcrita es el mejor ejemplo de lo afirmado anteriormente.³⁰

Los tribunales ordinarios ejercen control sobre la validez de las medidas reglamentarias, dentro del área del *Common Law* en varias condiciones. Al pretender que la autoridad conferida por la Constitución ha sido sobrepasada, se puede invocar la excepción *ultra vires* en los procesos civiles o penales intentados conforme a las medidas reglamentarias cuya validez se impugna. Al pedir a los tribunales ordinarios que declaren la invalidación de la medida reglamentaria. Al pedir a los tribunales que prohíban cualquier medida de ejecución tomada en virtud de las disposiciones ilegales. Al ejercer ese control indirectamente en algunos casos por medio de las *prerogative orders*, tales como las *prohibition*, *certiorari* y *mandamus writs* e incluso por medio de la orden de *Habeas Corpus*. Por último al apelar contra la decisión de un tribunal de excepción ante un tribunal ordinario según lo permita la ley.³¹

En Francia la validez de las medidas reglamentarias está sometida a un control más general y más detallado que el que es ejercido en los países del *Common Law*. El Consejo de Estado, en calidad de tribunal

³⁰ Cfr. Henri Puget, *Les Constitutions d'Asie et d'Australasie*, Paris, 1965.

³¹ Cfr. H. H. A. Cooper, *Diez ensayos sobre el Common Law*, Lima, 1967, pp. 119 y ss.

administrativo supremo, es competente para juzgar en última instancia la validez de las medidas reglamentarias: decretos adoptados en Consejo de Ministros, decretos ministeriales o decretos promulgados por otras autoridades administrativas.

Una medida reglamentaria puede ser combatida por varios motivos: por haber sido adoptada por una autoridad sin competencia para ello; por estar tachada de un vicio de forma que ejerce influencia sobre la ejecución de la medida en cuestión; por violar a la ley o a cualquier otra medida reglamentaria tomada por un organismo más alto en la jerarquía administrativa; por constituir una desviación de poder en el sentido de que es utilizada para fines no previstos por la ley que la autoriza. Estos poderes de control de los tribunales franceses, son más amplios que los que pueden ser atribuidos a los tribunales de los países de *Common Law* en virtud de la teoría del *ultra vires*.³²

Al igual que en los países del *Common Law* también aquí la ilegalidad de las medidas reglamentarias, puede constituir un medio de defensa en las diligencias iniciadas ante los tribunales ordinarios en virtud de la medida reglamentaria impugnada. Por otra parte, el doble control de la validez de las medidas reglamentarias, es decir, por los tribunales administrativos y por medio de la defensa ante los tribunales ordinarios es, en general, característico de los países de derecho escrito.

Ya habíamos señalado la importancia esencial del cometido del poder reglamentario, su buen y mal uso dentro del Estado de Derecho. A pesar de las serias reservas que los sistemas jurídicos oponen, en principio, a toda delegación del Poder Legislativo, sería un error considerar que toda delegación es, *a priori*, incompatible con los principios que informan un Estado de Derecho. La cuestión esencial es saber hasta qué punto el poder reglamentario está sometido a un control. La delegación del Poder Legislativo y su incidencia, en la posible afectación del ejercicio y goce de los derechos humanos, no puede estudiarse como si se tratase únicamente de un problema de control jurisdiccional. La costumbre de hacer ratificar o anular las medidas reglamentarias por una resolución ulterior del legislador, puede constituir una garantía si, al mismo tiempo esa ratificación o anulación es realmente objeto de examen detallado y no meramente un procedimiento de forma de aceptación automática de la medida por parte del cuerpo deliberante.

Dentro de este tema entraría propiamente esa novedosa y eficaz institución que existe en los países escandinavos y conocida como el *Om-*

³² Cfr. G. Vedel, *Précis de droit administratif*, cit., núm. 324.

budsman. Dicho comisario parlamentario encargado del control de la administración civil y militar tiene como tarea no solamente el controlar el poder reglamentario, sino igualmente todas las actividades del Ejecutivo. Ese alto funcionario, nombrado por el Parlamento, al cual somete un informe anual de actividades dispone de un amplio poder para investigar —sin menoscabo del derecho a entablar un recurso legal ante los tribunales—, de un amplio poder para investigar, a continuación de la denuncia formulada por un ciudadano, sobre las actividades de la administración del Estado, incluidas en ellas el ejercicio del poder reglamentario que haya podido ser confiado a éste. La institución del *Ombudsman* opera en Suecia, Dinamarca, Finlandia, parcialmente en Alemania Occidental, en Canadá y recientemente en Gran Bretaña. Sería de gran interés, pero saldría del ámbito de nuestro estudio, un análisis más detallado de esta novedosa institución que fundamentalmente está creada para corregir yerros de la administración pública que afectan los derechos del individuo.³³

Para resumir diremos que en esta delicada materia de delegación legislativa y de ejercicio del poder reglamentario, a pesar de los controles que puedan ser efectuados por el Parlamento mismo y quizás por otro organismo, la experiencia demuestra claramente en muchos países que la responsabilidad en que el Ejecutivo incurre ante los tribunales, por el hecho de su actividad reglamentaria, ofrece una garantía esencial para los derechos fundamentales del hombre en el marco de una sociedad organizada como un Estado de Derecho.

4. En el sistema del *Common Law* existe la posibilidad de un recurso limitado que permite obligar a la autoridad administrativa a cumplir con sus obligaciones hacia los gobernados. La orden de *mandamus* asociada a las demás órdenes emitidas originalmente en virtud de la prerrogativa real (*prerogative orders*), como *prohibition* y *certiorari*, es uno de los engranajes del sistema judicial destinado en su origen a afirmar el poderío real, pero que, por intermedio de los tribunales es accesible actualmente a cualquier individuo. Claro está que en los casos en que la administración pública tiene el poder discrecional de cumplir o no con sus obligaciones la orden de *mandamus* no opera.

En los países con sistema de derecho continental, las autoridades administrativas no pueden verse directamente obligadas por los tribunales a

³³ Cfr. Walter Gelhorn, *The Ombudsman in New Zealand*, en "California Law Review", vol. 53, núm. 5 Berkeley, 1965; A. A. de C. Hunter, *La institución del Ombudsman*; en "Revista de la C. I. J.", vol. IV, núm. 1, Ginebra, 1962; Steven D. Anderman, *The Swedish Justitieombudsman*, en "The American Journal of Comparative Law", vol. xi, núm. 2, 1962.

ejecutar sus obligaciones. En términos generales, la no ejecución por una autoridad administrativa de una obligación que deriva de la ley, constituye una manera de obrar ilegal por parte de esta autoridad administrativa. La parte ofendida, después de haber establecido por una advertencia la negativa de la administración de ejecutar sus obligaciones (el silencio, después de un cierto plazo a partir de la advertencia, equivale a una negativa), puede dirigirse a los tribunales ordinarios o a los tribunales administrativos, según que el perjuicio atañe a los derechos individuales o a los intereses legítimos. La administración está obligada a conformarse a la decisión de la autoridad judicial.

Sin embargo, si no ejecuta esta decisión, no puede ser obligada a ella, a menos que la obligación se refiera al pago de una suma de dinero. La administración puede recibir la orden de reparar el daño.

En Francia,³⁴ como lo mencionábamos, los actos ilegales de la administración pueden ser anulados por medio de recursos introducidos ante el Consejo de Estado o ante los tribunales administrativos inferiores. Dichos tribunales administrativos, modelo de muchos países de derecho escrito, son competentes cuando en los casos en que una persona pudiendo justificar un interés personal intenta un recurso ante ellos. Dicho interés personal puede ser de índole moral e incluso eventual. O cuando por medio del recurso en anulación son impugnados cualquier acto administrativo y cualquier decisión procedente de una autoridad administrativa. Los motivos por los que dichos actos o decisiones pueden ser combatidos son de dos clases: por el recurso por exceso de poder, que corresponde más o menos a la noción de *ultra vires* de los países de *Common Law* y por la desviación de poder, es decir, el hecho para una autoridad administrativa de usar de sus poderes para un objeto distinto del que se los ha conferido el legislador. Esto significa que los tribunales administrativos pueden buscar los móviles que han inspirado un acto administrativo, incluso cuando la administración gozaba, en la materia, de una facultad discrecional.

En esta materia, los recursos existentes en los países de *Common Law*, de inspiración inglesa,³⁵ respecto de los actos ilegales de la administración se pueden resumir en la forma siguiente.

Una orden de sobreseer a la ejecución puede impedir la ejecución o la prosecución de la ejecución de un acto que suponga una prestación en especie. Esta orden no puede ser expedida a petición de un individuo

³⁴ Cfr. W. R. Wade, *Administrative Law*, Oxford, 1967, pp. 7-8; G. Vedel, *Précis de droit administratif*, cit., núm. 425.

³⁵ Cfr. H. H. A. Cooper, *Diez ensayos sobre el Common Law*, cit., pp. 123-130.

más que cuando éste pueda demostrar que experimentará un daño material a consecuencia de la ejecución de dicho acto.

Toda persona directamente perjudicada en sus intereses por un acto administrativo ejecutorio en especies puede pedir que el acto en cuestión sea declarado ilegal. Esta declaración no es directamente ejecutoria, pero es poco probable que, en estos países, un acto declarado ilegal sea efectivamente ejecutado.

La orden de *prohibition* puede impedir a una autoridad administrativa usurpar las funciones de un organismo jurisdiccional. Algunas leyes prescriben a una autoridad administrativa abrir una encuesta, que implica el ejercicio de un poder quasi jurisdiccional, antes de que un acto administrativo se convierta en ejecutorio. La disposición relativa a la encuesta puede ser impugnada en todo momento, antes de la apertura de la misma, por la solicitud de una orden de *prohibition*. Dicha orden será dada si se demuestra que la autoridad no tenía derecho a abrir tal procedimiento.

La orden de *certiorari* puede anular la decisión quasi judicial de una autoridad administrativa, si ha sido obtenida por desviación de poder o despreciando las reglas de justicia natural, cuando la parte interesada no ha tenido la posibilidad de presentar su asunto en justicia, o cuando un juez del tribunal poseía un interés personal en el asunto, o bien si la autoridad administrativa no tenía la debida cualidad para tomar la decisión controvertida. Cuando el tribunal administrativo motiva su decisión, esta puede ser atacada por el procedimiento de *certiorari* si se pretende que la decisión era manifiestamente infundada porque el tribunal no tenía facultad para tomarla.

El recurso más utilizado por el gobernado, en esta materia que tiene como fin el impugnar los actos ilegales de la autoridad administrativa en el ejercicio de sus funciones no jurisdiccionales, es una acción para obtener una *declaración* y una prescripción precisando que la autoridad administrativa ha actuado *ultra vires*. Este recurso tiene un alcance menor al de la noción del derecho francés de *détournement de pouvoir* (desviación de poder). En el derecho inglés, para obtener sentencia favorable, el demandante debe probar ya sea que la autoridad administrativa ha ejercido el poder que le ha sido confiado sobre pasando para ello las reglas por las que se fija su competencia, ya sea que esta autoridad ha ejercido este poder con fines irregulares. Cuando los móviles son mixtos, en el sentido de que alguno de ellos son conformes a los fines de la ley, mientras que otros delatan la esperanza de un beneficio indirecto, el tribunal no interviene.

5. Responsabilidad del Estado y de los funcionarios. El fascinante pero difícil problema de la responsabilidad del Estado y de su amplitud varía realmente de un país a otro, a excepción de los países del *Common Law*, y hace muy difícil su análisis generalizado a la luz del Estado de Derecho que nos preocupa. El principio en virtud del cual el Estado y, en un grado menor, el funcionario en su nombre personal son responsables de los actos administrativos, no es admitido universalmente.

En los países de *Common Law* a menos que la autoridad administrativa goce de una protección legislativa particular y que no pueda, por consiguiente, ser considerada en absoluto como responsable de los actos, que si hubieran sido cometidos por un particular darían lugar a diligencias judiciales, esta autoridad es responsable por todos los conceptos como una persona de derecho privado.³⁶

La responsabilidad del Ejecutivo puede llegar a ser más limitada en los países de *Common Law*. Si el individuo es perseguido en su nombre personal, su responsabilidad es en general, más limitada que en otros sistemas jurídicos. El delito de negligencia está menos desarrollado que en el derecho francés, por ejemplo.

Pero también es cierto que existe siempre en el *Common Law*, una responsabilidad personal del individuo culpable. Por regla general, en caso de ruptura de un contrato, la responsabilidad principal incumbe a la autoridad interesada; en caso de delito, el agente que lo ha cometido y la autoridad interesada son conjunta y solidariamente responsables; en ambos casos se pueden iniciar diligencias judiciales contra la autoridad administrativa y, en caso de delito, el agente de la administración puede ser igualmente encausado.

Sería imposible e indeseable extendernos más en este tópico, sin distraer nuestra atención del tema fundamental que nos preocupa, a saber, los recursos varios que el derecho administrativo y público, en general, ofrece a los gobernados ante el peligro de los abusos de poder de autoridades públicas dentro de un Estado de Derecho.

En un cierto momento de la evolución del derecho administrativo, la creación de "tribunales administrativos" diferentes a los tribunales ordinarios, originó acaloradas polémicas y discusiones fundadas en el principio de la clásica separación de poderes y la extensión del problema de la delegación de funciones jurisdiccionales al Ejecutivo. La creación en los países de derecho escrito, de tribunales de lo contencioso-administrativo hubo de ocupar centenares de páginas en las obras de derecho

³⁶ Cfr. W. R. Wade, *Administrative Law*, cit., pp. 253 y ss.

y en las revistas técnicas. Buena parte de los razonamientos aducidos en contra de la idea de unos tribunales administrativos, fue el alegato de “inconstitucionalidad”, apoyándose en la mayoría de los textos constitucionales de diversos países que no mencionaban este problema. Pero el verdadero fondo del rechazo más o menos espontáneo a esta innovación del Estado de Derecho moderno, era la inquietud de los luchadores por los derechos civiles que veían venir el problema del debilitamiento de las garantías de los derechos fundamentales o derechos humanos acordados tradicionalmente por los tribunales ordinarios y por el control derivado del principio de la división de poderes.

Ni duda cabe que el procedimiento contencioso administrativo por su misma naturaleza, por los objetivos que logra obtener, por su modernismo está mucho menos elaborado, o mejor dicho, menos perfeccionado que el procedimiento judicial ordinario. El individuo frente al Estado, no ya como sujeto sino como objeto de la acción del Estado no puede, indudablemente, a pesar de todo lo que se diga en contrario, tener el mismo rango.

Es verdad también que esta actitud en los países organizados dentro de esta imagen del Estado de Derecho esconde una actitud conservadora, reaccionaria, contraria a la dinámica y esencia misma del Estado moderno que, desde luego, no ha dejado de ser nunca un Leviathan, mas un Leviathan domeñado por mil otros factores ponderables e imponentes de la sociedad civilizada en donde la fuerza de la opinión pública, de la libertad de expresión, de la libertad de prensa y de los grupos de presión hacen impensable, para los defensores incondicionales del Estado de Derecho, los abusos manifiestos de la autoridad pública que directamente vayan en detrimento de los derechos fundamentales del hombre.

El más relevante y distinguido ejemplo de tribunal administrativo, junto a países como Italia y Alemania que también los poseen, es Francia con su célebre Consejo de Estado. Ya aquí los problemas de repartición de competencias entre los tribunales ordinarios y los administrativos ha sido resuelto cuando se trata de juzgar los recursos contra el Estado. Dichos tribunales administrativos gozan actualmente, en regla general, del mismo estatuto de independencia que los tribunales ordinarios. Existen, sin embargo, también autoridades intermedias que pueden desempeñar un importante cometido en caso de recurso contra el Ejecutivo. No se trata ahora de explicar los variados recursos jerárquicos de los diversos tipos de administración pública existentes. Todos ellos con características comunes.

En los Estados Unidos, como en los países de *Common Law* es donde

ha sido más discutida y polemizada la institución de los tribunales administrativos y sus incidentes con el concepto de legalidad y de Estado de Derecho. El Congreso norteamericano fue creando, directa e indirectamente, por vía de delegación de poderes al presidente de los Estados Unidos, más de un centenar de organismos administrativos y ejecutivos encargados de reglamentar y controlar los cada día más vastos campos de los negocios, del comercio, de la industria y, más generalmente, las relaciones entre ciudadanos de los diferentes Estados, o sus relaciones directas con el gobierno federal. La Comisión del comercio entre Estados, por ejemplo, fija, para los casos en que dos o varios Estados están interesados, las tarifas de ferrocarriles, de la navegación fluvial, del teléfono y del telégrafo. La Comisión federal del comercio reglamenta varios aspectos importantes de la actividad comercial, tales como la "rivalidad desleal entre comerciantes". El Consejo nacional de trabajo posee muy amplios poderes en lo que concierne a las relaciones entre patronos y obreros. La Comisión de valores y de títulos mobiliarios posee estos mismos poderes respecto a las operaciones de bolsa, la función de los corredores y de los agentes de cambio, la venta pública de valores, etcétera.

En su origen, cada uno de estos numerosos organismos fijaba sus propias reglas de procedimiento, que no tenían entre sí más que una uniformidad mínima o casi nula. Por fin, el Congreso puso término a las diferencias más importantes adoptando en 1946 la importante Ley sobre Procedimiento Administrativo, *Administrative Procedure Act*, que es aplicable, salvo disposición particular votada por el Congreso, a todos esos organismos. La ley en cuestión prevé la publicación por cualquier organismo, de su proyecto de reglamento interno antes y después de su adopción definitiva, el registro y la inscripción de los recursos intentados por o contra el gobierno, y confía la decisión sobre los recursos a un funcionario del organismo que no haya tenido que ocuparse del expediente del gobierno.³⁷

En estas circunstancias, incluso antes de la adopción de la *Administrative Procedure Act* de 1946, los tribunales no tenían tendencia a interpretar una disposición de una ley que parecía impedir *a priori* cualquier control jurisdiccional como si en realidad tuviese ese efecto. A partir de tal ley el control jurisdiccional de la actividad de los organismos precitados es absolutamente normal. A pesar de que la Ley sobre Procedimiento Administrativo admite que una ley particular puede

³⁷ Cfr. John Clarke Adams, *El derecho administrativo norteamericano*, Buenos Aires, 1964, pp. 15, 37 y 53; W. R. Wade, *Administrative Law*, cit., pp. 227 y 315.

excluir el control jurisdiccional en un campo determinado, la idea general de la ley ha reforzado la postura de los tribunales que se niegan a considerar que el término "definitivo" utilizado por una ley con respecto a decisiones de un organismo particular, lleva consigo forzosamente la exclusión de todo control jurisdiccional.

En Gran Bretaña el problema de los tribunales administrativos y de las autoridades administrativas, ministros investidos de poderes quasi judiciales ha sido objeto de las mismas discusiones y del mismo interés como en los Estados Unidos. Existe gran número de esos tribunales constituidos de forma diferente, que aplican reglas de procedimiento diferentes y que son competentes para juzgar cuestiones tales como la adquisición de los bienes raíces, la seguridad social, los subsidios familiares, los alquileres, etcétera... Las posibilidades de apelar contra las decisiones de esos tribunales varían: a veces la apelación puede ser presentada ante un tribunal superior de la misma categoría, a veces ante un ministro, otras veces ante los tribunales ordinarios y en un reducido número de casos no existe posibilidad alguna de apelación.

El control ejercido en última instancia sobre el Ejecutivo por los tribunales no es incompatible con un sistema de jurisdicciones administrativas, similar al que existe en numerosos países. Pero es esencial que estas jurisdicciones administrativas estén sometidas, en última instancia, al control de los tribunales y es importante igualmente que su procedimiento sea asimilado, en la medida en que lo permita la naturaleza de los mismos, al procedimiento de los tribunales ordinarios en lo que concierne al derecho de hacerse oír, de conocer la tesis del adversario y de obtener una decisión motivada. Si estos requisitos son llenados, se está plenamente dentro del marco de procedimientos y garantías que ofrece un Estado de Derecho cuando enfrenta los derechos fundamentales del hombre como gobernado y los requerimientos de la administración pública.

IV. EL ESTADO DE DERECHO Y LA LEY PENAL

1. Este epígrafe tiene como objeto exponer, en líneas generales, las principales garantías que la experiencia de numerosos países demuestra que son necesarias si se quiere asegurar la protección de los acusados en los procesos penales, respetando al mismo tiempo las leyes y el orden público, conciliación exigida por la noción misma del Estado de Derecho.

Pero los derechos del acusado, en materia penal, por claramente que estén definidos, carecerán de alcance práctico si no están corroborados

por instituciones cuyo espíritu y cuya tradición limitan y ordenan el ejercicio del inevitable poder discrecional que existe en derecho o en hecho y que pertenece, muy particularmente, a los organismos encargados de las diligencias judiciales y a la policía.³⁸

En materia penal el principio de la legalidad que orienta al Estado de Derecho tiene características peculiares que se traducen en mayores garantías para el acusado. Constituye el principio rector de todas las garantías aplicables en los procesos penales. La ley penal debe ser precisa. No es posible crear ni acusaciones ni sanciones por simple analogía con otras disposiciones penales. No es tanto el recurso a la analogía en sí mismo lo condenable, sino más bien la imprecisión que puede resultar de ello en cuanto al alcance de la definición de los delitos.

Toda ley por principio debe tratar de facilitar el máximo de precisión sobre los derechos y deberes de los ciudadanos, pero en los casos en que la vida y la libertad del hombre están en juego, como en el derecho penal, esta necesidad se convierte en imperiosa.

El principio de la legalidad de los delitos y de las penas tiene otra consecuencia, la de que nadie puede ser condenado por una acción o una omisión que no era, en el momento en que fue cometida, susceptible de castigo, ni en derecho nacional, ni en derecho internacional. El principio de la no retroactividad de las leyes fue ya mencionado en otra parte de este estudio.³⁹

El principio de legalidad implica igualmente, en materia penal, que el acusado debe ser supuesto inocente hasta en tanto su culpabilidad no haya sido demostrada. Un Estado que aplicase generalmente el principio contrario sometería a cualquier individuo al poder arbitrario de las autoridades represivas, negando su papel al principio de la seguridad en una sociedad jurídicamente organizada. La presunción de inocencia más que implicar la reprobación del poder arbitrario implica un acto de fe en el individuo que halla su expresión en las reglas que exigen que, en un proceso penal, los hechos si son probados, conduzcan al establecimiento de la culpabilidad personal del individuo y no a una pre-

³⁸ Estas materias fueron objeto de estudio particular por el Congreso de Atenas, convocado por la Comisión Internacional de Juristas, en el mes de junio de 1955, que elaboró, por medio de su Comisión de Derecho penal, unos *Principios fundamentales de derecho penal* que figuran en el volumen "Imperio del derecho y Derechos humanos. Principios y Definiciones", Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 1967, pp. 29-32, 33-36.

³⁹ El artículo 14 de la Constitución federal de México, de 1917, establece tal principio en los siguientes términos: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna."

sunción general de culpabilidad equivalente a una transferencia de la prueba de cargo. Más que el principio abstracto de la presunción de inocencia lo verdaderamente importante son los medios prácticos de que dispone el acusado, y en particular el detenido, para hacer valer este principio ante un fiscal parcial o un policía.

El poder de proceder a detenciones debe estar estrictamente reglamentado por la ley, la cual debe precisar que la detención se justifica únicamente cuando se puede razonablemente sospechar que el individuo en cuestión ha cometido el delito de que se le acusa. El acusado debe disponer de algún medio para impugnar ante un tribunal independiente, en un plazo bastante corto la legalidad de la detención de que ha sido objeto. La legalidad de la detención y el derecho de impugnarla no bastan si además, el acusado, a partir de la detención no es informado de la clase exacta de los actos que le son imputados y si no tiene derecho a consultar inmediatamente a un abogado escogido por él.⁴⁰

La detención preventiva debe ser autorizada sólo por un auto de un tribunal independiente, entendido como aquel que no está sometido a la autoridad encargada de las diligencias judiciales. La libertad provisional bajo fianza debe ser pronunciada en todos los casos, excepto en los casos en los que cabe esperar razonablemente que el acusado no comparecerá en el proceso si es liberado, o que dificultará el curso de la justicia. Una detención preventiva prolongada puede constituir una grave negligencia de un magistrado que no falla el asunto cuando le corresponde.⁴¹

El derecho del detenido o acusado de consultar libremente con un abogado escogido por él debe poder seguir ejerciéndolo incluso si se halla en detención preventiva, antes y durante el proceso y en tanto una apelación se halle pendiente. Todo acusado debe tener derecho a citar testigos de descargo durante la instrucción y el proceso y asistir a los interrogatorios de los mismos.

El acusado debe ser informado no sólo de la acusación en su contra sino también de los medios de prueba que van a ser empleados para apoyarla. Debe obtener tales informaciones con anticipación suficiente para decidir el sistema de defensa que ha de adoptar. Esto es válido tanto para la instrucción como para el proceso.

⁴⁰ Cfr. *Principios fundamentales de derecho penal*, en "Imperio del Derecho y Derechos Humanos", cit., p. 29.

⁴¹ Cfr. "Revista de la Comisión Internacional de Juristas", vol. III, núm. 2, Ginebra, 1961, dedicada exclusivamente al tema de la detención preventiva en distintos sistemas jurídicos; los artículos 19 y 20 de la Constitución federal mexicana regulan también esos aspectos.

Como complemento, a los derechos anteriores del acusado, éste debe tener también el de asistir en compañía de su abogado al interrogatorio de los testigos de cargo y de proceder al contrainterrogatorio.

El cometido del ministerio público no consiste en obtener, a toda costa una condena. Éste debe comunicar al acusado, a su debido tiempo, los medios de prueba sobre los que están fundadas las diligencias judiciales. Debe presentar al tribunal todos los elementos de la causa, sean o no favorables al acusado. Debe informar con anticipación al acusado de toda prueba que pudiera serle favorable y que la acusación no piense utilizar. La legalidad supone respecto a los deberes de un fiscal parcial, la existencia de un cuadro institucional en el que son elaboradas las normas de conducta del ministerio público.

Otro de los principios generales de la legalidad aplicables particularmente en los procesos penales es el de que nadie debe ser obligado a declarar contra sí mismo. Nadie debe, por amenazas, violencias, presiones psicológicas o promesas, ser obligado a confesar o a declarar. Toda declaración obtenida irregularmente no debe ser utilizada como prueba de cargo contra el acusado.⁴²

La instrucción tiene un carácter más o menos público y existen diferencias entre los diversos países de derecho escrito entre sí y entre estos últimos y los del *Common Law*. Sin embargo por circunstancias excepcionales el proceso propiamente dicho puede justificar la audiencia a puerta cerrada durante todo o parte del mismo. Los procesos en que se hallan en juego secretos militares, asuntos políticos o que interesan a delincuentes menores de edad se llevan en audiencia a puerta cerrada en interés de los acusados y es a la acusación a quien corresponde justificar tal decisión. El acusado tiene derecho a ser juzgado en público pero no por el público. Y el hecho de que por las causas excepcionales mencionadas, la audiencia sea pronunciada a puerta cerrada no debe implicar mengua alguna en la objetividad del proceso y en el respeto a las debidas garantías legales.

La base del concepto de la legalidad, sustento del Estado de Derecho está basada en el reconocimiento de la dignidad del hombre, lo que implica que en materia penal sean prohibidas las sanciones crueles, inhumanas o demasiado severas.⁴³ Si en cuanto a la imposición de la pena capital es imposible un principio general por virtud de las diversas

⁴² Artículo 20, párrafo II, Constitución federal mexicana.

⁴³ "Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales", artículo 22, Constitución federal de México.

teorías particulares de la represión penal, lo que sí se puede condenar es toda pena que tenga como consecuencia los malos tratos de los detenidos. Debe además existir el derecho para un detenido a no ser castigado por haber protestado ante la autoridad competente contra el trato que se le dispensa.⁴⁴

El recurso de apelación, que es un derecho, es una consecuencia de la función preponderante que se atribuye al individuo en un Estado de Derecho ya que no se reconocen solamente los derechos del hombre, sino la falibilidad del mismo, de la que no está exento el sistema jurídico. De tal manera que en cada asunto penal una pena de prisión o una multa importante puede ser objeto de recurso por medio de la impugnación de toda sentencia condenatoria ante un tribunal superior. Y como corolario de la serie de garantías necesarias aplicables en un Estado de Derecho a los procesos penales, todo acusado debe poder intentar una acción penal y civil, en el caso de haber experimentado un daño, contra quienquiera que sea responsable de su detención ilegal o de los malos tratos recibidos durante su detención. El Estado y la autoridad pública competente deben asumir la responsabilidad de toda detención arbitraria efectuada por individuos que actúan en su nombre. Sólo así es eficaz la serie de garantías expuestas, la irresponsabilidad del Estado las haría absolutamente nugatorias.

2. La investigación y la represión de los delitos constituyen otras tantas ocasiones para que el Estado manifieste peligrosamente su potencia preponderante. Frente a la riqueza y a los medios del ministerio público, el acusado está solo y es relativamente pobre y con bastante frecuencia sus problemas personales no despiertan en el público sino poco interés y preocupación.

En estas circunstancias la mayor parte de los fiscales, impulsados por el deseo ardiente de descubrir la verdad y de condenar al culpable, pueden estar dotados de armas muy diversas. La elección de esas armas es muy importante ya que sólo ello puede iluminar la clase del sistema que lo inspira, mostrar hasta qué punto este sistema reconoce la dignidad y el valor del hombre y determinar el lugar que reserva a la legalidad.⁴⁵

La responsabilidad de formular el derecho positivo, por oposición a la obligación de aplicar las leyes, incumbe en último lugar al Legislativo, bajo reserva de la posibilidad de una delegación parcial de este poder.

⁴⁴ Artículo 19, párrafo 3, Constitución federal de México.

⁴⁵ Cfr. Lord Macdermott, *Protection from Power under English Law*, 1957, p. 13.

Este principio se aplica al derecho penal en el que está con frecuencia excluida totalmente la posibilidad de que el legislador delegue su poder de crear sanciones penales.

En un Estado de Derecho se admite que el poder de decidir acerca de la culpabilidad o la inocencia de un individuo pertenece exclusivamente al Poder Judicial, en su sentido más amplio.

Sin embargo, en la práctica las diferentes fases por las que pasa un acusado antes de ser juzgado plantean problemas de aplicación de la ley y de sus principios fundamentales, tan graves como los del ejercicio de la función puramente jurisdiccional del Poder Judicial. Por regla general, es el Poder Ejecutivo quien conduce la instrucción bajo el control más o menos eficaz del Poder Judicial. La responsabilidad de los organismos del ejecutivo más especialmente responsables de la instrucción —las autoridades encargadas de las diligencias judiciales y la policía—, es particularmente importante. Los poderes discrecionales que, en la práctica, ejercen estos organismos en los asuntos que conciernen directamente a la libertad del individuo, permiten darse cuenta de la importancia de los mismos. En este campo no basta sólo con examinar el derecho positivo en el marco del cual estos organismos ejercen sus funciones, sino la forma en que estas funciones son en realidad ejercidas, así como el espíritu y las tradiciones de dichos organismos.

La policía desempeña un importante papel en la justicia penal pero la integridad, la moderación y la disciplina de las fuerzas de policía son una manifestación significativa del respeto de que goza la legalidad en un país determinado. El grave problema en este ámbito es el del ejercicio de los poderes discrecionales de la policía que representan la peligrosa potencia preponderante del Estado. El alcance de los límites legales que se opongan a ésta y el respeto a los mismos es la pauta que determinará el apego de la autoridad pública a los principios que en esta materia definen un Estado de Derecho.

Por muy importante que sea el control jurisdiccional, por ejemplo, por el procedimiento del *Habeas Corpus*, por el recurso de *amparo* o por otras vías de recurso de la misma clase, por muy real que pueda ser la responsabilidad política del jefe de la policía, ninguno de estos medios puede en sí mismo constituir una garantía suficiente contra los poderes efectivos de que dispone la policía debido al hecho de la detención de las personas en sus locales. La integridad, la moderación, la disciplina, la normalidad de la policía tiene una importancia capital.

El poder conferido a la policía para realizar detenciones está en general limitado, pero ocurren frecuentemente casos de detención y de arresto

arbitrarios. Esto es más fácil en aquellos países en que el individuo está insuficientemente protegido contra una detención ilegal por medio de recursos contenciosos. El peligro de esta forma de encarcelamiento es menos grande en los sistemas jurídicos que someten a la policía al control directo de los organismos particulares encargados de las diligencias judiciales, organismos de los que uno de los miembros es el jefe de la policía judicial de la circunscripción. La orden de *Habeas Corpus* constituye en los países de *Common Law*, un poderoso medio preventivo. El amparo puede tener igualmente eficacia en estos casos.

El *Habeas Corpus* y el recurso de *amparo* son quizás de todos los recursos posibles, los más eficaces ya que, excepción hecha del derecho más bien teórico que poseen todas las personas para defenderse por sí mismas contra una detención ilegal, todos los demás recursos ofrecidos no pueden ser intentados más que *a posteriori*.

Durante la fase del procedimiento penal que precede a la audiencia por un juez, las atribuciones particulares de la policía y del ministerio público exigen que los derechos y las obligaciones de ambos sean definidas claramente y sin equívocos por la ley. Los diferentes sistemas de derecho han elaborado procedimientos diversos para asegurar la vigilancia y el control de las actividades de la policía y del ministerio público. Se pueden conseguir resultados análogos, ya sea subordinando la policía al ministerio público, el cual a su vez se halla colocado bajo la autoridad de los tribunales, ya sea por medio de la disciplina interior y la moderación de las autoridades de policía y por las tradiciones de equidad e imparcialidad quasi judicial por parte del ministerio público.

Se ha comprobado que el recurso al procedimiento de *Habeas Corpus* puede contribuir considerablemente a garantizar que la detención se justifique ante la ley. El recurso al procedimiento de *Habeas Corpus* posee como características esenciales: permitir acceder rápidamente a un tribunal al cual puede recurrir quienquiera que obre en nombre del detenido; dicho recurso impone a la autoridad encargada de la detención la obligación de demostrar el buen fundamento de la detención y conduce en definitiva a una orden de liberación contra la cual, la autoridad en cuyo poder se encontraba el acusado, no puede apelar.⁴⁶

Es esencial que cuando un acusado ha sido tratado de manera ilícita disponga de un recurso personal contra los funcionarios responsables y contra el Estado en nombre del cual han actuado estos funcionarios o se han abstenido de actuar. No debería admitirse en el proceso de un acusado ningún elemento de prueba obtenido por medios ilícitos.

⁴⁶ Cfr. H. H. A. Cooper, *Diez ensayos sobre el Common Law*, cit., pp. 119-121.

El proceso debe celebrarse ante una jurisdicción independiente. Los tribunales especialmente creados para un asunto o una serie de casos determinados comprometen la imparcialidad del proceso o dan lugar a que existan dudas al respecto.⁴⁷

V. EL ESTADO DE DERECHO Y LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

1. La situación de la magistratura y de los jueces es de importancia absoluta para un Estado de Derecho, exista o no una constitución escrita y conozca o no el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes.

El carácter inevitable de la falibilidad del hombre, en particular cuando el interés personal, incluyendo, naturalmente el ejercicio del poder considerado como una finalidad en sí, entra en conflicto con los intereses de los demás, exige que las leyes, así como los postulados sobre los que están basadas, sean interpretados por un organismo judicial que sea, en la mayor medida posible, independiente de los otros dos poderes. Ello no significa independencia absoluta que permita al juez actuar de manera totalmente arbitraria. El deber del juez es observar la ley y los principios generales del derecho y juzgar, según su propia conciencia, con toda su competencia. Más que examinar la independencia del juez que como individuo tampoco está exento de las imperfecciones humanas, cabe examinar la independencia del poder judicial considerado como institución.

Dicha institución puede poseer tradiciones y un sentido de responsabilidad colectiva que constituyen una garantía más eficaz de la independencia que la conciencia personal del juez considerado individualmente. En todas las escalas de la jerarquía judicial, es necesario afirmar el mismo ideal de independencia, más las diferencias en las condiciones de ejercicio suponen diversidad de métodos para alcanzar ese ideal. Cuando se emplea este término de independencia dentro del concepto de poder judicial, no hay que pecar de estrechos marginando a los jueces y a algunos tribunales administrativos. La independencia de los jueces administrativos tiene una considerable importancia ya que pueden efectivamente desempeñar un cometido primordial para el mantenimiento del

⁴⁷ El artículo 13 de la Constitución federal mexicana establece que "nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales". Respecto al tema de los tribunales especiales, cfr. *El imperio de la ley en España*, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 1962, pp. 35-37.

Estado de Derecho y el respeto de los derechos fundamentales del hombre.⁴⁸

La organización judicial de los distintos países puede revestir variantes numerosas que harían imposible su detalle. Pero se puede establecer una distinción fundamental en cuanto a procedimientos de reclutamiento o nombramiento de jueces, entre los sistemas en los que las funciones de magistrado son normalmente ejercidas por los miembros de una profesión distinta que han realizado su carrera en ella desde su juventud y los sistemas en los que los jueces son elegidos en gran parte, al menos en el caso de jueces superiores, entre los miembros de la abogacía, los profesores de derecho o los funcionarios de los servicios jurídicos del gobierno que reúnen un mínimo de condiciones desde el punto de vista de su preparación.

Una de las formas de expresión y garantía de la independencia del Poder Judicial es el ascenso de los jueces. En Gran Bretaña en donde con mayor perfección funciona el criterio de la independencia de los jueces, el número reducido de jurisdicciones superiores no ofrece más que una posibilidad relativamente limitada de ascensos. En los demás países de tradición de *Common Law*, la promoción de la judicatura pone en juego, en la proporción en que existe esta posibilidad, los mismos elementos que intervienen en el nombramiento de los jueces. En los países que poseen una magistratura jerarquizada, se tiende cada vez más a confiar a un organismo especial no sólo las cuestiones de nombramiento, sino también lo que se relaciona con los ascensos, lo que está considerado como un nuevo nombramiento.⁴⁹

Respecto a la permanencia en el cargo de juez, dentro de este criterio de la independencia de la magistratura como garantía de un auténtico Estado de Derecho, existen países que admiten el principio de la inamovilidad⁵⁰ y otros que admiten la posibilidad de trasladar o destituir a un juez por una decisión motivada de un organismo disciplinario. En ciertos países, Italia por ejemplo, el problema de la destitución no puede presentarse en la práctica, puesto que el juez habrá sido previamente condenado por un delito por un tribunal ordinario, lo que llevará consigo, automáticamente, la incapacidad de ser funcionario, es decir, la

⁴⁸ Cfr. W. R. Wade, *Administrative Law*, cit., pp. 234-235.

⁴⁹ Por ejemplo, ese organismo especial es, en Francia, el Consejo superior de la Magistratura, establecido por los artículos 64 y 65 de la Constitución de 1958 y por la Ordenanza núm. 58-1270 de 22 de diciembre de 1958; igualmente sobre dicho consejo, cfr. Héctor Cuadra, *La evolución constitucional de Francia*, cit., pp. 164-165.

⁵⁰ En Francia, la Constitución de 1958 garantiza a los jueces su inamovilidad por el artículo 64 de la misma.

inamovilidad, de los jueces está garantizada por el organismo que ejerce el poder disciplinario; la garantía reside en la necesidad de entablar un proceso de destitución y en la publicidad dada a los motivos de la destitución.

En otros países, la destitución de un juez supone, en general, una decisión de una autoridad judicial. A la destitución disciplinaria por un procedimiento jurisdiccional y a la destitución del juez durante el periodo en que desempeña sus funciones por el cuerpo electoral (procedimiento sometido realmente al control del Ejecutivo), es preciso agregar la posibilidad existente para que el Legislativo entable contra un juez el procedimiento de *impeachment*, como en los Estados Unidos o en Chile o de destituir a un juez votando para ello una resolución en ese sentido, como en Inglaterra, en el Canadá, en Australia, en la India. Pero en Gran Bretaña por ejemplo, ningún juez de una *High Court* ha sido destituido desde 1701, fecha en que la ley de sucesión al trono, *Act of Settlement* definió las condiciones de ejercicio de las funciones judiciales superiores. Igualmente en este país los jueces profesionales de categoría superior gozan de una inamovilidad de hecho más bien que de derecho.⁵¹

Los cambios arbitrarios en la organización judicial en su conjunto pueden igualmente disminuir la independencia del juez considerado individualmente. Pero también es cierto que la organización judicial forma parte del aparato social y debe estar en condiciones de adaptarse a las nuevas condiciones de la sociedad. En la mayoría de los países, se trata de realizar el equilibrio entre la estabilidad absoluta de la organización judicial y las modificaciones excesivas de sus principios generales, definiendo para ello en las constituciones los principales tribunales y dando mayor o menor número de detalles sobre puntos tales como el número de jueces.

El artículo 3, sección 7, de la Constitución de los Estados Unidos confía el Poder Judicial a una Corte Suprema. Pero el número de jueces puede ser fijado por una ley ordinaria y en virtud de la misma disposición constitucional, el Congreso tiene igualmente el poder de crear por una Ley ordinaria “los tribunales inferiores . . . a medida que se presente la necesidad”. El Congreso ha ejercido este poder creando tribunales federales inferiores.

En Inglaterra, la organización judicial, como cualquier otra materia,

⁵¹ Cfr. A. y S. Tunc, *El derecho de los Estados Unidos de América*, cit., pp. 93-97 y 108-109; Edward Jenks, *El derecho inglés*, cit., pp. 78-79; H. H. A. Cooper, *Diez ensayos sobre el Common Law*, cit., pp. 70-72.

puede ser objeto de las modificaciones decididas por el Parlamento. Desde que fue suprimido el antiguo tribunal criminal, *Star Chamber*, está admitido que a pesar de que el rey, en su calidad de jefe del Poder Ejecutivo, sea el manantial de justicia, la creación de nuevos tribunales, la reorganización o la supresión de los tribunales ya existentes, son de la competencia del Legislativo y que toda modificación introducida en la estructura de los tribunales debe tener en cuenta el respeto tradicional que inspira el judicial, la fuerza que representa, así como la opinión de la corporación de abogados, la cual sostiene estrechamente al Judicial. Los sueldos de los jueces son inscritos en el presupuesto en la partida de fondos públicos constituidos por los ingresos por derechos de aduana, de timbre, y otros impuestos más y no son, como en el caso de sueldos de funcionarios o de miembros de las fuerzas armadas, discutidos cada año por el Parlamento y sometidos a su autorización.⁵²

Si no se tienen en cuenta los cambios fundamentales aportados a la organización jurídica, es posible que la independencia del Poder Judicial esté amenazada debido a la ingerencia de las demás autoridades en la administración interna de los tribunales, resultando todo esto en la introducción de criterios políticos en la impartición de justicia y disminuyendo la capacidad del Poder Judicial de ofrecer garantías reales a los derechos fundamentales del ciudadano.

2. Cuando exponíamos algunos aspectos interesantes relacionados con el Estado de Derecho y el derecho penal habíamos preconizado como uno de los principios generales aplicables en los procesos penales y derecho innegable del acusado, el derecho a consultar a un abogado libremente elegido por él para su defensa e igualmente el derecho del acusado a conocer a su debido tiempo, las pruebas acumuladas contra él, a fin de poder preparar eficazmente su defensa. El derecho a estar presente, acompañado de su abogado, durante el interrogatorio de los testigos de cargo con derecho a hacerles preguntas.

La cuestión del derecho del acusado a ser asistido y a estar representado por un abogado, fue examinada por el ciclo de estudios de las Naciones Unidas sobre la protección de los Derechos Humanos en derecho penal y en procedimiento penal que se celebró en las Filipinas, en febrero de 1958.⁵³

⁵² Cfr. W. M. Geldart, *Elements of English Law*, revised, London, 1955, pp. 31 y 188; W. R. Wade, *Administrative Law*, cit., pp. 117 y 144; H. H. A. Cooper, *op. ult. cit.*, pp. 74 y ss.

⁵³ Cfr. United Nations, *Seminar on the Protection of Human Rights in Criminal Law and Procedure*, Baguio, Philippines, February, 1958, Doc. ST/T.AA/HR/2.

Las discusiones giraron en torno de los tres puntos siguientes: las circunstancias que dan nacimiento a ese derecho; los medios que permiten al acusado comunicarse con su abogado; la posibilidad para un abogado de comunicarse con su cliente detenido en prisión. Este aspecto lo sabemos de sobra a pesar de su extremada importancia dentro de los requisitos y garantías de protección de los derechos humanos, presenta gran diferencia entre el principio general, admitido en todos los países, y su aplicación en la práctica.

Es interesante ver cómo se presenta en la legislación norteamericana este problema y cómo lo resuelve el principio de las garantías legales de procedimiento, el *due process of law*.

El derecho a estar asistido por un abogado y a estar representado por él está expresamente garantizado por la sexta Enmienda a la Constitución norteamericana. En el caso de las diligencias entabladas en virtud del derecho federal, este derecho es tan amplio como lo es el derecho del individuo a ser oído por el tribunal. El derecho a estar representado por un abogado constituye en todos los procesos una garantía fundamental, aun cuando sea implícita. Las constituciones de varios Estados de la Unión contienen, sin embargo, una disposición expresa a este respecto. Se puede suponer que este derecho es también reconocido en todos los procesos administrativos que deben respetar las garantías legales de procedimiento. Este problema no ha sido, en realidad, planteado nunca, ya que en virtud de las leyes, de los reglamentos y de la costumbre, el derecho a estar asistido por un abogado es reconocido universalmente.⁵⁴

En las Filipinas el hecho de impedir a un abogado ver a una persona detenida y comunicarse con ella libremente constituye un delito (ley número 857, del 16 de junio de 1953).

3. Un poder judicial independiente es indispensable en toda sociedad que viva bajo el principio del Estado de Derecho. Independencia significa la no intervención del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo en el ejercicio de la función judicial. Cada país tiene su sistema para nombrar a los jueces, para renovar sus mandatos, si no son inamovibles, y para asegurar sus ascensos. Pero en ciertos países, los jueces son elegidos por el pueblo; este procedimiento de designación parece llevar consigo dificultades especiales, en particular cuando se procede a renovar las funciones de los jueces. Hay más posibilidades de obtener, por este procedi-

⁵⁴ Cfr. *The Rule of Law in the United States*, cit., pp. 43 y ss.; respecto a la asistencia jurídica en Inglaterra, cfr. Ronald Rubinstein, *Iniciación al Derecho inglés*, trad. E. Jardí, Barcelona, 1956, pp. 362 y ss.; la Constitución federal mexicana establece tal derecho en el artículo 20 (IX).

miento, jueces independientes, cuando la tradición ha reducido, por acuerdo previo, la lista de candidatos, limitando así la lucha política. La designación hecha exclusivamente por el legislador, el Ejecutivo o el Poder Judicial también encierra en sí riesgos en potencia, pero menores a los que lleva implícita la elección popular de los jueces.

El principio de la inamovilidad de la magistratura y la seguridad que de ello deriva para los jueces, es una garantía de una mejor justicia en primer término y de mayor respeto como consecuencia del principio del Estado de Derecho. Es más difícil para un juez nombrado para un período determinado, afirmar su independencia, expuesto a dificultades y presiones si desea que se renueve su mandato, que un juez que disfruta de la seguridad de sus funciones para toda la duración de su vida activa.

El principio de la inamovilidad de los jueces no descarta la posibilidad de destitución en circunstancias excepcionales, con la condición de que los motivos de esa revocación sean expresados claramente y que el procedimiento de destitución se desarrolle ante un organismo de carácter jurisdiccional, concediendo al juez, por lo menos, las mismas garantías que se conceden al acusado en un proceso penal. Los motivos de destitución sólo pueden ser, en estos casos, la incapacidad física o mental, la condena por un delito penal grave o la inmoralidad.

Todo lo expuesto en esta materia debe ser aplicable a los tribunales civiles y a las jurisdicciones penales ordinarias, así como a las jurisdicciones administrativas o constitucionales que no dependen de los tribunales ordinarios.

Los miembros de los tribunales administrativos, sean o no juristas profesionales, o bien los legos que ejercen funciones de carácter judicial como jurados, asesores, jueces de paz no deberían ser nombrados o destituidos sino de conformidad con el espíritu que inspira estas consideraciones. Todos estos funcionarios tienen el mismo deber de independencia en el cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales. Además estos tribunales administrativos deben estar sujetos al control de los tribunales ordinarios o a las jurisdicciones administrativas normales.

El Poder Ejecutivo en ejercicio de la delegación parcial que recibe del Legislativo para ocuparse de algunos aspectos administrativos o materiales de la organización judicial, no debe tomar aquellas medidas que puedan servir para atentar indirectamente contra la independencia del Poder Judicial en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

También es esencial, en relación con el Estado de Derecho, la existencia de una profesión jurídica organizada y libre de dirigir sus propios asuntos, bajo la alta inspección de los tribunales y en el marco de reglas

que legalmente rigen la admisión a la profesión de abogado y a su práctica.

Por último se debe añadir la obligación que incumbe al Estado de garantizar la obtención de asesoría jurídica apropiada, y de facilitar el poder estar representado a todo aquel ciudadano cuya vida, libertad, bienes o fama se encuentren amenazados y no se halle en condiciones de asumir los gastos necesarios. Lo que técnicamente se denomina la asistencia legal o judicial.

VI. COLOFÓN

El Derecho, que es un bien social superior, se concreta en un sistema de principios de justicia positiva y de orden social que constituyen un canon de civilización, al menos en aquellos pueblos que por su desarrollo cultural han conseguido, con el decurso de los siglos alcanzar un alto nivel moral. En esa perspectiva, todo ordenamiento jurídico positivo puede y debe ser examinado para comprobar hasta qué punto esos principios presiden la normativa legal y la práctica jurídica, pues todo lo que sea contribuir a perfeccionar el bien entendido sentido del Derecho es contribuir al proceso civilizador.

Pero el derecho positivo es también el instrumento básico de organización social, la regla coactiva de la convivencia básica y la pauta de formalización de relaciones políticas, sociales y económicas que componen el repertorio de formas de vida de los pueblos. En esta segunda función, el verdadero derecho tiene que producirse bajo una recta subordinación a los principios superiores de justicia, pero como ha de atemperarse también a las condiciones históricas peculiares de los pueblos, no puede esterilizarse en un mecánico uniformismo jurídico que no ha existido nunca a lo largo de la historia, ni es razonable pensar que pueda existir en un mundo de ideologías, culturas y formas políticas muy diversas.

Cualquier estudioso sabe que la idea del Estado de Derecho y su nomenclatura están íntimamente vinculadas a una determinada fase en la evolución del pensamiento europeo, a su vez muy condicionada por factores culturales, políticos y económicos perfectamente discutibles y discutidos. En concreto está filosóficamente vinculada a un racionalismo positivista, políticamente ligada a una concepción individualista de la sociedad y se encuentra en estrecha conexión con el desenvolvimiento del capitalismo. La idea del Estado de Derecho con el transcurso del tiempo ha tenido que desprenderse de esas adherencias, para poder articu-

larse en un sistema de conceptos éticamente valiosos y de entidad supra-política. Ha tenido que procurar evadirse de la honda crisis nihilista a que ha conducido en nuestros días la dialéctica de aquel racionalismo, del mismo modo que ha tenido que impregnarse del contenido social que exige, por toda clase de razones, la convivencia humana en la época actual.

La idea de libertad, por otra parte, es la clave de la categoría ética del Estado de Derecho, pero la libertad no es un valor abstracto, sino una creación continua de formas de vida libre, que entre otros condicionamientos exige, impedir, por una parte, la anarquía del orden político y, por otra, crear las efectivas condiciones de justicia social, sin las cuales la libertad es más bien un sarcasmo y es aquí, cuando con la pretensión de universalidad del Estado de Derecho, llegamos a la necesidad de considerar otra idea, otra concepción, otra filosofía social, que también se quiere forma adecuada de la plena realización de los derechos del hombre, es decir, el principio de la Legalidad Socialista.