

REVISTA DE DERECHO

AÑO XXIV — ENERO - MARZO DE 1956 — N.º 95

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

CONSEJO CONSULTIVO:

ROLANDO MERINO REYES
ALEJANDRO VARELA SANTA MARIA
JUAN BIANCHI BIANCHI
QUINTILIANO MONSALVE JARA
MARIO CERDA MEDINA
ESTEBAN ITURRA PACHECO



ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA — CONCEPCION (CHILE)

TOSIYOSI MIYASAWA

Profesor de la Universidad de Tokio
y Miembro de la Academia del Japón

EVOLUCION RECIENTE DEL DERECHO PUBLICO JAPONES

(Traducción resumida de la
Revista "Conseil d'Etat.
Etudes et Documents, 1955")

LAS DOS CONSTITUCIONES OTORGADAS

La historia constitucional reciente del Japón conoce dos Constituciones, en el sentido moderno: la de 1889 y la de 1946.

Ambas pueden ser calificadas de **concedidas** u otorgadas; la primera lo ha sido al pueblo japonés por el Emperador; la segunda por el Comandante Supremo de las potencias aliadas. Una era el don gracioso de un Monarca benévolo; la otra, una condición impuesta por el Jefe de las fuerzas que ocupaban el país.

★ ★ ★

El Emperador Mutsuhito y su Gobierno, después de haber suprimido el régimen de los señores feudales, por el golpe de estado de 1867, y de establecer una monarquía absoluta centralizada, observaron que los tratados "desiguales" concluidos en 1858 por el Gobierno precedente con las cinco potencias occidentales, hacían del Japón una sub-colonia, que había que emancipar a cualquier precio.

La expresión sub-colonia es de Sun Yat Sen. El leader de la revolución nacional china calificaba a su patria de sub-colonia, porque su soberanía estaba sujeta a diversas limitaciones impuestas por los tratados "desiguales"; por ejemplo, la exterritorialidad y las concesiones en favor de súbditos extranjeros.

Según los términos de los tratados de 1858, el Japón había sido una verdadera sub-colonia; los súbditos de las potencias contratantes gozaban de la exterritorialidad; habitaban las concesiones extranjeras, que no habían sido cedidas a los extranjeros, pero donde el poder gubernamental del Japón, legislativo, judicial y aun ejecutivo, no podían ejercerse. La abrogación de estos tratados fue, pues, el objetivo esencial del Gobierno Imperial.

Fue condición previa para la modificación de los tratados, impuesta por los Estados extranjeros, la reorganización de la estructura del Japón, según los modelos de las naciones europeas que gozaban de regímenes políticos más o menos liberales.

El Gobierno redactó un proyecto de Constitución, que el Emperador sancionó y promulgó el 11 de Febrero de 1889, sin que el pueblo hubiera tomado parte en su confección.

Gracias a la adopción de la Constitución y a las reformas liberales que la habían acompañado, los tratados calificados de desiguales, que conferían privilegios a los extranjeros sobre el suelo japonés, con relación a los nativos, fueron suprimidos o igualizados a fines del siglo XIX.

* * *

Después de la capitulación del Japón, las fuerzas armadas de las potencias aliadas ocuparon todo el territorio japonés; y el Poder Ejecutivo —el Emperador y su Gobierno— quedó sometido al Comando Supremo de las potencias aliadas.

La declaración de Postdam, de 26 de Julio de 1945, por la cual los aliados estipularon las condiciones de la capitulación, exigía que el régimen constitucional del Japón se democratizara completamente.

Mientras se discutía la cuestión de saber si se debía modificar el texto de la Constitución a fin de establecer un régimen democrático —para unos la revisión constitucional parecía inevitable,

EVOLUCION DEL DERECHO PUBLICO JAPONES

25

para otros la democratización era posible sin llegar a ese extremo—, en Octubre de 1945, el General Mac Arthur hizo saber al Gobierno nipón su voluntad explícita de que la Constitución Imperial fuera reemplazada por una nueva Constitución fundada en el principio democrático. La controversia desapareció al instante.

El Gabinete Shidehara nombró un comité para redactar un proyecto. Ni el presidente del comité, el Ministro Matsumoto, ni sus colegas, querían cambiar la situación del Emperador, que se esforzaban por dejar intacta.

El proyecto Matsumoto, que reconocía al Emperador como Jefe soberano del Estado, no fue del agrado del Comandante Supremo, porque el proyecto no importaba una prueba suficiente de que el Japón se hubiera democratizado, de acuerdo con los principios de la declaración de Postdam. El General creyó que era necesario indicar expresamente al Gobierno japonés lo que las potencias aliadas esperaban de la nueva Constitución. Redactó entonces, con el concurso de sus oficiales, un proyecto, y lo transmitió al Gobierno nipón el 13 de Febrero de 1946.

Los japoneses quedaron consternados, porque el proyecto Mac Arthur abolía la soberanía del Emperador y sometía la existencia misma del trono a la voluntad del pueblo, en quien reside la autoridad soberana. Los Ministros, piadosamente fieles a su divino Emperador, se esforzaron por conservar, en cuanto les fue posible, el estatuto soberano del trono imperial, pero ante la obstinación del Comandante, quedaron convencidos o vencidos y debieron inclinarse. El Emperador sometió el proyecto a la Dieta Imperial, que no tuvo sino que decir sí.

Así nació la Constitución de 1946, concedida esta vez por el General Mac Arthur, Comandante Supremo de las potencias aliadas, al pueblo vencido, desarmado y ocupado.

El preámbulo de la Constitución comienza con estas palabras: "Nosotros, pueblo japonés, obrando por intermedio de nuestros representantes, debidamente elegidos para la Dieta Nacional, proclamamos que el poder soberano reside en el pueblo, y establecemos firmemente esta Constitución".

Pero no hubo ni votación popular ni elección de Asamblea constituyente por el pueblo.

* * *

La Constitución de 1889 puede ser comparada a la Carta Constitucional francesa de 1814, o a las constituciones monárquicas de la Alemania del siglo XIX, en cuanto domina en ellas el principio monárquico y en cuanto el Monarca, consintiendo en participar el Poder Legislativo con las Cámaras y en ceder el Poder Judicial a tribunales independientes, se reserva celosamente un Poder Ejecutivo muy fuerte.

El Poder Judicial es confiado a tribunales que no pueden actuar sino en materias criminales y en las contenciosas de Derecho Privado.

Lo contencioso administrativo queda reservado a tribunales administrativos, independientes de los del orden judicial.

Para determinar las atribuciones de la Corte Administrativa, la Constitución de 1889 adoptó el procedimiento enumerativo: no se podía intentar recurso contencioso sino contra los actos administrativos enumerados por la ley.

Se quiso talvez imitar el sistema francés, creando dos órdenes de tribunales, judiciales y administrativos, en lugar de un orden único de tribunales, a la manera anglo-americana, pero el espíritu burocrático del régimen imperial no permitió que la Corte Administrativa adquiriera la reputación del Consejo de Estado francés.

* * *

La Constitución de 1946 sustituye la soberanía del pueblo a la del Emperador. Deja subsistir al Emperador, pero de un modo nominal; ya éste no tiene las prerrogativas gubernamentales que le confería la Constitución precedente. Sólo le está reservado el rol de símbolo del Estado.

No disponiendo ya del Poder Ejecutivo, ni aún nominalmente, ni correspondiéndole representar al país frente a las naciones extranjeras, el *tennó*, que se traduce talvez erróneamente como el Emperador, es, según la nueva Constitución, un órgano *sui generis*, y no debería ser calificado Monarca, ni Jefe de Estado. La suerte del trono no depende ya de la voluntad divina, sino únicamente de la voluntad popular.

El sufragio universal, acordado a ambos sexos, está garantido por la Constitución. El pueblo obra en general por medio de los

EVOLUCION DEL DERECHO PUBLICO JAPONES

27

representantes que elige: miembros de la Dieta Nacional, Prefectos, Alcaldes y miembros de las Asambleas locales.

La Dieta Nacional es el órgano supremo del poder del Estado y único legislador. Se compone de dos Cámaras: la de los Representantes y la de los Consejeros; sus miembros son elegidos directamente por el pueblo, aún los de la Cámara de los Consejeros.

El Poder Ejecutivo ha sido confiado al Gabinete, que se compone del primer y de los demás Ministros. No es consejero del Monarca, sino titular él mismo del Poder Ejecutivo.

El Primer Ministro es designado por la Dieta Nacional, y los demás lo son por el Primer Ministro, quien tiene el derecho de dejar sin efecto los nombramientos a su voluntad.

El Gabinete es solidariamente responsable ante la Dieta Nacional.

La Cámara de los Representantes puede obligar al Gabinete a dimitir por medio de un voto de desconfianza, y el Gabinete, por su parte, tiene la facultad de disolver la Cámara de los Representantes por proclamación imperial, y hacer un llamado a los electores. El régimen podría ser calificado de parlamentario.

Hay una opinión bastante fuerte que quiere limitar el derecho del Gabinete a disolver la Cámara de los Representantes, al caso en que ésta vote la desconfianza, pero, de acuerdo con la práctica, la disolución no está sujeta a ninguna limitación.

Los derechos individuales garantizados en la declaración de los derechos de la Constitución de 1889, estaban concebidos como derechos conferidos por el Emperador, más que como derechos inherentes a la naturaleza humana.

La nueva Constitución garantiza como derechos fundamentales del hombre, no sólo las libertades individuales y los derechos políticos, sino también los derechos "sociales". Ella puede ciertamente ser comparada con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas, de 1948. Queda por estudiar si estos derechos están efectivamente garantizados.

Supremacía Judicial.—La Constitución de 1946 confía el rol de guardián de la Constitución al Poder Judicial, que se ejerce por la Corte Suprema y los tribunales inferiores.

La Constitución imperial nada decía sobre el derecho de los

tribunales para apreciar la constitucionalidad de las leyes. La doctrina estaba dividida: para unos, la apreciación de la constitucionalidad de las leyes era no sólo un derecho, sino un deber del tribunal, mientras que otros pensaban que el tribunal podía apreciar la constitucionalidad **formal** de las leyes, pero no su constitucionalidad **material**, pues todas las leyes debidamente votadas por la Dieta Imperial y sancionadas por el Emperador se reputaban constitucionales. Tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema, como la de la Corte Administrativa, negaban categóricamente a los tribunales el derecho de apreciar la constitucionalidad de las leyes, a pesar de reconocerles el de apreciar la legalidad de los reglamentos dictados por los órganos administrativos: ordenanzas imperiales, decretos ministeriales y protectorales, etc.

Los constituyentes militares del Japón ocupado querían —nada es más natural— implantar la "supremacía judicial" a la americana. El artículo 81 de la nueva Constitución confiere explícitamente a los tribunales el derecho de apreciar la constitucionalidad de las leyes. Podría decirse que en el Japón de post-guerra, como en los Estados Unidos, la Constitución es lo que los jueces de la Corte Suprema quieren que sea. Agradezco llamar "guardianes de la Constitución" a los quince jueces de la Corte Suprema, tal vez no muy acertadamente, porque verdaderos guardianes de la Constitución no pueden encontrarse, en ninguna parte, fuera del pueblo mismo.

La Corte Suprema ha debido, desde su fundación, pronunciarse muy frecuentemente sobre la constitucionalidad de tal o cual disposición de la ley, pero hasta ahora ningún precepto legal ha sido declarado inconstitucional.

He aquí dos ejemplos:

El Tribunal Departamental de Hukuoka resolvió, en sentencia de 9 de Enero de 1950, que son inconstitucionales los artículos del Código Penal que establecen para el parricidio penas más severas que para el simple homicidio, porque atentan contra el principio de la igualdad ante la ley al no tratar de modo igual a dos especies de homicidio.

Esta interpretación dio lugar a controversias muy vivas en las que participaron profesores de Derecho Constitucional y de

EVOLUCION DEL DERECHO PUBLICO JAPONES

29

Derecho Penal. La Corte Suprema pronunció su fallo el 11 de Octubre de 1950. La mayoría de los jueces estimó que la igualdad ante la ley no impedía establecer para el parricidio penas más severas que para el simple homicidio, porque era considerado un mal más grave que éste. Dos jueces fueron disidentes. Uno de ellos, el lamentado profesor Sigeto Hozumi, dio a conocer por escrito su opinión en términos notables. Este maestro del Derecho Civil expresó que la igualdad ante la ley exige que no haya distinción entre padre e hijo, y que castigar el parricidio con mayor severidad que el homicidio es nada menos que reconocer mayor importancia a la vida del padre que a la del hijo.

El artículo 36 de la Constitución prohíbe "las penas crueles". ¿Es la pena capital una pena cruel?

Un acusado condenado a muerte pidió que la Corte Suprema declarase que era inconstitucional el artículo del Código Penal que establecía la pena de muerte, porque la privación de la vida humana es, sin ninguna duda, una pena cruel.

La sentencia de 12 de Marzo de 1948, de la Corte Suprema, dictada por unanimidad, estima que la pena de muerte no puede ser considerada en sí misma como una pena cruel, en el sentido que a esta palabra da la Constitución, pero que podría llegar a serlo según el modo de ejecutarla, —la hoguera o la crucifixión—, no así la horca, que, según el Código Penal lo estipula, no sería cruel.

Control jurisdiccional de los actos administrativos.—El rol de guardián de los derechos de los ciudadanos contra los abusos de la administración, ha sido igualmente confiado al Poder Judicial.

No se ha seguido el sistema francés, que distingue entre tribunales administrativos y judiciales. Se adopta el sistema anglosajón, que no conoce el tribunal administrativo propiamente dicho.

La Constitución actual no conoce sino un orden de tribunales; los tribunales judiciales son al presente los tribunales, sin otro calificativo. El Tribunal de los Conflictos, órgano indispensable en el sistema francés, no tiene razón de ser en Derecho Público japonés.

Según la Constitución Imperial, la de 1889, los ciudadanos

no podían interponer un recurso contencioso sino contra los actos administrativos enumerados de manera limitativa por la ley, por lo que, como la enumeración no era exhaustiva, la **garantía de los derechos** de los ciudadanos contra los actos administrativos dejaba mucho que desear.

El nuevo régimen ha adoptado la **cláusula general**, en lugar del principio enumerativo de la Constitución Imperial, en lo que concierne a lo contencioso administrativo: los ciudadanos tienen el derecho de intentar un recurso contencioso contra cualquier acto administrativo que lesione sus derechos o intereses.

El artículo 32 de la nueva Constitución dispone: "Nadie será privado del derecho de ser juzgado". Según una interpretación casi unánime, este artículo implica la garantía constitucional de la cláusula general, en lo que concierne al derecho de los ciudadanos a un recurso contencioso administrativo.

La adopción de la "cláusula general" ha introducido en Derecho Público japonés algo que pudo haberse ignorado bajo el principio enumerativo, pero que no se puede ignorar bajo la cláusula general: **el acto de gobierno**.

El 28 de Agosto de 1952, la Cámara de los Representantes fue disuelta por proclamación imperial. Un Diputado, estimando que la disolución era inconstitucional, por no haber sido precedida por un voto de desconfianza de la Cámara de los Representantes, intentó un proceso ante la Corte Suprema a fin de que se anulara la disolución.

La Corte Suprema rechazó por unanimidad la demanda, considerando que ningún derecho o interés particular había sido lesionado por la disolución, y que el demandado no tenía ningún interés que justificara su acción (Sentencia de 15 de Abril de 1953).

El político descontento se presentó entonces al Tribunal Departamental de Tokio intentando una acción contra el Estado, con el fin de obtener que se le pagara la indemnización correspondiente al período comprendido entre la disolución y el fin de su mandato legal. Puesto que la disolución era inconstitucional y nula, él tenía derecho a indemnización por ese espacio de tiempo. El demandante no reclamaba la nulidad de la disolución, pero exigía que el tribunal apreciara la constitucionalidad del acto como cuestión previa;

EVOLUCION DEL DERECHO PUBLICO JAPONES

31

si la disolución hubiera sido constitucional, él no tendría derecho a la indemnización que reclamaba.

Aquí es donde aparece por primera vez, en el Japón, el "acto de gobierno" ante los jueces.

El demandado, el Estado japonés, presentó una excepción: hizo notar, apoyándose en la jurisprudencia francesa, inglesa y americana, que la disolución de la Cámara de los Representantes debía ser considerada como un acto de gobierno o "cuestión política", cuya legalidad o constitucionalidad escapa al control jurisdiccional. La naturaleza política del acto no permitiría que fuera examinado en cuanto a su constitucionalidad, ni anulado por un tribunal. En ninguna parte del mundo —continuaba el demandado—, un tribunal tiene el derecho de apreciar, ni aún como cuestión previa, la constitucionalidad de la disolución de la Cámara.

El Tribunal Departamental de Tokio no admitió la noción del acto de gobierno, alegando que ni la Constitución ni la ley le impedían apreciar la constitucionalidad o legalidad del acto de un órgano administrativo, por alto que fuera el grado de su carácter político. Los jueces, rechazando la excepción del acto de gobierno, examinaron la constitucionalidad de la disolución, y considerando que era inconstitucional, por cuanto los consejos que para ello se dieron al Emperador no habían sido acordados por el Gabinete en la forma prescrita por la Constitución, accedieron a lo que pedía el demandante (Sentencia de 19 de Octubre de 1953).

El Estado, demandado, apeló ante la Alta Corte de Tokio, insistiendo de nuevo en que el acto de disolución es acto de gobierno, por lo que la Corte no tiene derecho de apreciar su constitucionalidad, y agregando que los consejos concernientes a la disolución fueron dados por el Gabinete con las formalidades legales.

La Corte fue del mismo parecer que el Tribunal Departamental de Tokio, en cuanto se refiere a la cuestión de saber si el acto de disolución debe ser considerado como acto de gobierno; pero, a pesar de eso, rechazó la demanda del Diputado, porque no encontró ningún vicio de forma en los consejos que, respecto a la disolución, dió el Gabinete al Emperador (Sentencia de 22 de Setiembre de 1954).

Ambos tribunales rechazaron así, uno después del otro, la

noción del acto de gobierno, por lo menos en cuanto concierne a la disolución de la Cámara de los Representantes.

La causa está en la actualidad pendiente ante la Corte Suprema. Se espera con impaciencia lo que dirán los quince jueces que componen la Corte, a quienes está confiado el poder de decidir, en última instancia, el destino del acto de gobierno en Derecho japonés.

* * *

El autor de estas líneas publicó en 1938 dos estudios sobre el acto de gobierno, donde exponía, por primera vez en el Japón, la jurisprudencia y la doctrina francesa sobre la materia; pero no sospechaba entonces que la noción del acto de gobierno llegaría a adquirir derecho de ciudadanía en la ciencia jurídica japonesa.

El último Congreso bi-anual de la Asociación Japonesa de Derecho Público, celebrado en Tokio, colocó en su orden del día el acto de gobierno, lo que dio lugar a una discusión muy viva.

La mayor parte de los participantes en la discusión fueron de opinión de que la jurisprudencia japonesa se verá obligada, tarde o temprano, a reconocer la existencia de una categoría de actos del Poder Público, cuya legalidad o constitucionalidad escapan a la apreciación del control jurisdiccional, a causa de la naturaleza política que les es inherente.

Pero ha habido disidentes que creen ver en la noción del acto de gobierno una supervivencia de la "razón de Estado". Algunos estiman poder prescindir de la noción de acto de gobierno, utilizando la noción del acto discrecional, sustraído al control jurisdiccional.

Superfluo es observar que durante toda la discusión, se han citado sin cesar la jurisprudencia y la doctrina de Francia, tierra clásica del Derecho y de la jurisdicción administrativa.

* * *