

DISCURSO

LEÍDO POR EL EXCMO. SR.

D. Antonio Goicoechea

PRESIDENTE

DE LA

ACADEMIA NACIONAL DE JURISPRUDENCIA
Y LEGISLACIÓN

EN LA

SESIÓN INAUGURAL DEL CURSO DE 1932-33

CELEBRADA EL 30 DE NOVIEMBRE DE 1932



MADRID

IMPRENTA DE GALO SÁEZ

MESÓN DE PAÑOS, 8

1932

LA IDEA DEMOCRÁTICA Y LA EVOLUCIÓN HACIA EL ESTADO DE DERECHO

SEÑORES ACADÉMICOS:

Reputo el honor de ocupar este puesto como uno de los mayores, si no el mayor, de cuantos en el transcurso de mi vida me han permitido disfrutar las prodigias generosidades de la confianza ajena.

En plena adolescencia y no abandonadas aún las aulas universitarias, ingresé en la Academia de Jurisprudencia cuando estaba a su cabeza don Antonio Cánovas del Castillo, presidente entonces, a la vez que de nuestra Corporación, del Consejo de Ministros de la Monarquía y de otros altos centros dedicados en nuestro país al cultivo de las Letras, de las Artes y de la Historia. Hoy, por azares de la suerte, me corresponde reemplazar en la lectura del discurso inaugural a S. E. el Presidente de la República, don Niceto Alcalá Zamora, que realizó ante vosotros en el año anterior, cometido idéntico al que está a mi cargo esta noche.

Durante el largo período que media entre 1892 y 1931, la Academia ha sido para mí, a través de vicisitudes políticas presentes en la memoria de todos,

una misma cosa siempre: prolongación de mi hogar, centro de gratos esparcimientos; lugar de enseñanza y de aprendizaje; laboratorio preferente para mis actividades culturales, no seguramente dichas, pero sí constantes e incansables; objeto, en suma, de predilecta y singular afección.

Calculad con qué emoción ascenderé a este sitio que tantos honraron y que ahora sirve sólo para que yo me honre. Convencido de que no justificaré ni con mi discurso ni con mis actos el acierto de vuestra designación, no huelga, sin embargo, que, aun estimándola equivocada, os reitere, ante la libre, espontánea y valerosa elección que hicisteis de mi modesto nombre, mi honda, cordial y perenne gratitud.

No he vacilado al escoger el asunto de mi discurso. Objeto preferente de mi vocación intelectual los temas de Derecho público, no he creído inoportuno ni inútil haceros partícipes de las reflexiones que en mí ha suscitado el examen de uno de los palpitantes problemas de nuestra época: el de si la idea democrática puede servir de cimiento sólido para la edificación anhelada del Estado de Derecho.

A vuestro juicio someto mi trabajo, bien seguro de que él se ha inspirado, con olvido de toda tendencia partidista y de todo prejuicio de escuela, en un sincero amor a la verdad, en una elevada finalidad patriótica y en un sereno y austero desinterés científico.

I

EL GOBIERNO ARBITRARIO Y EL GOBIERNO LEGAL

Años hace ya que en la introducción a sus *Elements de Derecho Constitucional* sintetizaba el inolvidable Esmein su pensamiento sobre el gobierno y sus formas de organización, en estas significativas y exactas palabras: "Tomando el gobierno en su base, se conciben, como posibles, dos modos de ejercicio de la soberanía: o bien el soberano ejercerá la soberanía arbitrariamente y según su sola voluntad, adoptando cada decisión y emitiendo cada orden con arreglo a las circunstancias; o, al contrario, tendrá reglas fijas, conocidas de antemano, que en tal caso dado, dictarán al soberano su decisión. La primera forma de gobierno, es el *gobierno despótico o arbitrario*; la segunda, es la esencia misma de la libertad política; se puede denominarla *el gobierno legal*" (1).

No hay, en efecto, para el derecho individual y para el bienestar colectivo, garantía que pueda ase-

(1) ESMEIN: *Elements de Droit constitutionnel français et comparé*. París, 1921. Tomo I, página 22.

mejarse, en superioridad y en eficacia, a la de la firmeza y la claridad de una regla preexistente. Dénosla quien nos la dé; provenga de un hombre solo, de una minoría escogida o de una numerosa asamblea lo esencial para la vida ordenada de las sociedades es la existencia de preceptos generales y obligatorios que, inspirados en el bien común, sirvan a la vez de freno para lo ilícito y de amparo para la actividad personal. Cuando Cicerón definía el estado de libertad, afirmando que para el hombre "ser libre es ser esclavo de las reglas", no hacía, en realidad, otra cosa que verter en elegante síntesis principios idénticos a los proclamados siglos más tarde como salvadores por los jurisconsultos esclarecidos que redactaron el Digesto: *Princeps legibus solutus est*.

Lo característico del obrar humano, no es tanto su libertad, como su legalidad, tomada la palabra legalidad en el más amplio de sus sentidos. No nacen, en efecto, las leyes para refrenar la libertad; nace la libertad encuadrada ya y como cohibida dentro del ámbito infranqueable trazado por las leyes.

Kelsen, al razonar en las mejores de sus obras sobre la identidad sustancial, por otra parte paradójica e inadmisible, entre los conceptos de Derecho y Estado, comienza por establecer entre el mundo humano y el de Naturaleza, una diferencia esencial, representada en el lenguaje alemán por dos palabras: el *Sein* y el *Sollen* (2). Es, en efecto, la automática in-

(2) V. DUGUIT: *Les doctrines juridiques objectivistes*, *Revue du Droit public*. Diciembre, 1927. Página 555.—V. también KELSEN:

flexibilidad la característica principal de las leyes que rigen el *Sein*; la voluntariedad en el cumplimiento y la posibilidad diaria de la infracción, el signo inconfundible de las leyes a que está sometido el *Sollen*. Pero definir un orden por las flaquezas de los encargados de guardarlo; medir la excelencia de las leyes humanas sólo por las contingencias de su quebrantamiento, es incurrir en error semejante al del geómetra que describiera un círculo, no por la equidistancia de sus segmentos al punto central, sino por las deformaciones que pudieran alterar la regularidad de las curvas.

El mundo moral es también, como el físico, mundo de leyes, aunque en él nos sea dable contemplar más a menudo el espectáculo de gravitaciones inobedidas o de armonías alteradas o de astros caídos por azar fuera de su órbita de movimiento. Cuando la libertad se desenvuelve dentro de la ley, es efluvio desprendido de la majestad de la ley misma; cuando la contraría, lejos de acomodarse a la normalidad, es rebeldía que la destruye.

La opción en cuanto a los dos sistemas fundamentales de gobierno enumerados por Esmein, no es, pues, ni siquiera posible. No hay más forma lícita de gobierno que el gobierno legal; el gobierno sometido a reglas. El gobierno de arbitrio libre no es siquiera gobierno: es el cimiento sólido sobre el que se edifica la anarquía.

Compendio esquemático de una Teoría general del Estado. Traducción española de Recaséns y Azcárate. Barcelona, 1927, páginas 29 y siguientes.

Intérprete poco fiel, o por lo menos insuficientemente conocedor del pensamiento de Santo Tomás de Aquino, se muestra Esmein, al atribuir al autor de la obra *De regimine principum*, la defensa del gobierno arbitrario, dentro del cual la prudencia del Príncipe, sin el obstáculo embarazoso de las leyes, puede libremente operar, imitando la sabiduría divina. Ni existe entre el gobierno humano y el divino conexión tal que permita asemejarlos, ni el mundo, obra de Dios y por El guiado y conducido, se gobierna tampoco sin leyes. Ciertamente es que, al contraponer el autor de la obra *De regimine principum* los sistemas que denomina político o electivo y monárquico, atribuye al último como principal ventaja el que, "no estando ligado el rey a las leyes existentes, hace de ellas el uso que cree más conveniente y obrando así imita más a la Divina Providencia" (3). Pero de ningún modo puede interpretarse rectamente frase tal en el sentido de que desprovea al gobierno monárquico de todo freno legislativo, porque tal interpretación aparecería como un verdadero contrasentido en el autor que por primera vez aseveró que "no han sido instituidos los reinos para los reyes, sino los reyes para los reinos", y asignó al gobierno como fin primordial "el velar por el derecho de cada individuo", afirmando que "los que no lo hacen así, no son reyes, sino tiranos" (4).

(3) *De regimine principum* o Gobierno monárquico. Traducción española de Carbonero y Sol. Madrid, 1917. Volumen I, libro II, capítulo VIII, página 94.

(4) V. la obra citada, libro III, capítulo XI, páginas 162 y 163.

Es el propio Santo Tomás quien en la *Suma Teológica*, después de haber dado de la ley la inigualada definición que le atribuye como característica sustancial la de ser “ordenación para el bien común” y de afirmar que no es verdadera ley, sino corrupción de ley, la que no es justa y conforme con la razón natural”, con lo cual queda sobreentendido que no merece el nombre de ley cualquier manifestación inmotivada o pasajera de la voluntad de quien manda, describía con precisión los caracteres del gobierno legal en estos precisos y concluyentes términos: “Mejor es que todas las cosas sean ordenadas por la ley que dejarlas al arbitrio del que la juzga y eso por tres razones: 1.º, porque es más fácil encontrar pocos sabios capaces de establecer buenas leyes que los muchos que se requerirían para juzgar rectamente cada asunto en particular; 2.º, porque los que establecen las leyes reflexionan largo tiempo y los juicios sobre hechos singulares se verifican acerca de casos que se presentan de improviso, y 3.º, porque los legisladores juzgan en general del futuro y los que presiden a los juicios juzgan de cosas presentes, acerca de las que están afectos de amor u odio o alguna otra pasión que les corrompe el juicio”; por lo que es siempre preferible, con todos sus defectos, *la justicia inanimada* de las leyes, a *la justicia animada* y más flexible aplicada a la resolución de casos concretos y particulares (5).

(5) SANTO TOMÁS: *Suma Teológica*. Traducción española de Abad de Aparicio. Madrid, 1881. Tomo II, página 629, cuestión XIV.

No es de ahora, sino tradicional, inveterada y poco menos que axiomática, la convicción de que, como reflejo de la justicia, son siempre preferibles el arbitrio enfrenado al arbitrio libre y las potestades regladas a las discrecionales. Frecuente es hallar en nuestra literatura del Siglo de Oro alusiones mordaces a *la ley del encaje*, definida por Covarrubias como “la resolución que el que manda toma por lo que a él *se le ha encaxado en la cabeza*, sin tener atención a lo que las leyes disponen” (6). “Nunca te guíes —aconseja Don Quijote a Sancho— por la ley del encaje, que suele tener mucha cabida con los ignorantes que presumen de agudos” (7). “Líbrete Dios, como de escribano enemigo, de juez con leyes de encaje”, escribía a su vez Mateo Alemán en su *Guzmán de Alfarache* (8).

El *Hoc volo, sic jubeo, sit pro ratione voluntas*, de Juvenal, es decir, la voluntad gobernante no sujeta a normas anteriores inflexibles, no es, en realidad, un sistema: es una calamidad social por todos repugnada y maldecida.

No se puede sin injusticia y sin enorme inexactitud histórica identificar los términos *gobierno arbitrario* y *monarquía absoluta*. Lo que hoy llamamos con este último nombre es a menudo una de estas dos cosas: o degeneración morbosa de un régimen, o

(6) COVARRUBIAS: Dic. Art. *Encaxar*.

(7) CERVANTES: *Don Quijote*. Edición de Rodríguez Marín. Madrid, 1928. Tomo V, páginas 346 y 347.

(8) MATEO ALEMÁN: *Guzmán de Alfarache*. Parte 1.^a, libro I, capítulo I, página 9.

momentos de un período de evolución que arranca del simple hecho de la dominación personal para elevarse hacia una construcción sistemática y jurídica.

Los teóricos de la monarquía absoluta no suelen afirmar, como Juan Bodín, que sea la soberanía un poder *affranchi de toute loi*. Para comprobarlo, léanse, por ejemplo, los brillantes conceptos que al asunto dedica Bossuet en su *Política deducida de la Sagrada Escritura* y en su *Discurso sobre la Historia Universal*, cuando presenta a los Príncipes, no libres en sus determinaciones, sino *en absoluta dependencia*, como atentos que deben siempre estar a las órdenes de Dios y obligados a gobernar conforme a las leyes (9).

Y no hay necesidad de añadir a tal cita la de frases análogas y todavía más concluyentes de nuestros incomparables exégetas Vitoria y Suárez, respecto de los cuales demostraré en el curso de este trabajo que se anticiparon en siglos a Ihering y a Jellinek en la exposición completa de una teoría de la autolimitación del poder.

Verdad es que frente a tales elucubraciones doctrinales pudiera exhibirse la existencia de instituciones como las *lettres de cachet*, expresión de un derecho sagrado en los Príncipes a hacer lo que los autores franceses llamaban con frase meliflua su *bon plaisir*. Pero los hombres de hoy sabemos del *bon plaisir* de Gobiernos y Parlamentos y de las condenaciones

(9) V. BOSSUET: *Discurso sobre la Historia universal*. Traducción española de Juan Manuel Calleja. Madrid, 1842. Tomo II, página 235.

sin juicio a prisión o a destierro bastante más por la experiencia diaria que por los testimonios históricos. ¡Han pasado a nuestro lado tantas *lettres de cachet* ataviadas con el indumento de leyes democráticas! Y así, cuando en las páginas de los libros nos enfrentamos con las *lettres de cachet* o con el *bon plaisir*, los saludamos como a conocidos antiguos y no nos decidimos a incurrir en la injusticia de juzgar por ellos de las excelencias o de las flaquezas de éste o de aquel régimen.

No falta razón a Dicey cuando asevera que a fines del siglo XVIII la Bastilla, a pesar de no encerrar cuando fué tomada más que diez prisioneros, aparecía a los ojos de todos como el signo exterior y visible del poder arbitrario (10). Lo triste es que los propios demolidores de la Bastilla se cuidaron en seguida de elevar, para sustituirla, innumerables Bastillas, a cuya demolición en pleno siglo XX tendremos necesidad de dedicar esfuerzos gigantescos, si no queremos que las naciones y la civilización perezcan.

En definitiva, ser enemigo del gobierno legal equivale en el terreno doctrinal a ser enemigo de todo gobierno. Los que, como Alonso de Castrillo, afirman que "toda otra obediencia que la de los hijos a los padres es, por natura, injusta"; los que, como Luis Vives, aseveran que "las leyes, más que normas de justicia son emboscadas y lazos armados a la ignorancia del pueblo"; los que, como Bentham, llegan a

(10) DICEY: *Introduction a l'étude du Droit constitutionnel*. Traducción francesa de Batut y Jèze, página 171.

creer que “toda ley es un mal, porque es un atentado contra la libertad”, más, mucho más cerca que de la tesis del gobierno despótico lo están de la tesis de la inexistencia de todo gobierno y de la utopía anarquista.

No soy de los que creen, como los ingenuos redactores de la Declaración de los Derechos del Hombre y de ciudadano de 1789, que el fin de toda asociación política sea la conservación de los derechos imprescriptibles y sagrados de la persona humana: en una palabra, la libertad. Hay para el gobernante un fin más alto que la libertad, y ese fin es el orden, del cual la libertad, según la frase conocida y harto expresiva de Goethe, no es más que un lujo, un supremo adorno, un coronamiento dichoso. De la producción de buenas leyes y del inflexible respeto de las establecidas, se engendrará, como un bien lógico, la razonable y justa libertad a que es dable aspirar en el convivir humano, saturado siempre de sacrificios mutuos y de diarias renunciaciones.

Con sólo que esa finalidad se asegure; con sólo que el ciudadano sienta garantida la porción de derecho que las leyes le otorguen, bastará para que un régimen, llámese como se llame y arranque de donde arranque, se repunte lícito y obtenga aquiescencia y respeto. No proclamo por eso que sean accidentales ni menospreciables las formas. Los metafísicos nos han enseñado que las formas, como determinación exterior de la materia, son siempre la envoltura externa de una sustancia, y es mirando a la sustancia y no a las formas como es dable concluir que hay sis-

temas de gobierno por su propia naturaleza, por su íntimo contenido, predestinados, no a asegurar, con el respeto inflexible de las leyes, la conversión de los gobernantes en jueces, sino a realizar la deformación monstruosa de que los gobernantes sigan siendo hombres sin ley, y los jueces, en cambio, corran peligro de convertirse en servidores dóciles de los gobernantes.

II

LAS DOS TENDENCIAS DEL LLAMADO RÉGIMEN CONSTITUCIONAL

En anteriores trabajos míos he aludido a un hecho, sobre el que creo deber ahora insistir, porque lo considero de capital importancia: me refiero a la desviación, a mi juicio indudable, que ha sufrido, durante todo el siglo XIX, la natural y lógica evolución del Derecho Constitucional.

Cuando iba justamente, y por ley histórica de ineludible cumplimiento, a ser derribada la Monarquía de estirpe nacional y religiosa, pero patrimonial, centralizada y a ratos despótica, del siglo XVIII, el Derecho Público experimentó el influjo de dos mentalidades poderosas, igualmente impregnadas de las ansias subversivas y reformadoras características de la época, pero representativas de dos poderosas corrientes ideológicas. La de Montesquieu era jurídica, aristocrática, reflexiva, clásica; la de Rousseau, romántica, democrática y, en definitiva, sentimental y simplemente biológica.

Quienquiera que con detenimiento haya leído el *Espíritu de las Leyes*, quedará asombrado, no sólo de la cantidad enorme de cultura jurídica e histórica que atesoran sus páginas, sino del ponderado espíritu crítico que suele aplicar en sus casi siempre ecuanimes juicios sobre pueblos, leyes e instituciones. “El pueblo — dice el insigne autor — es admirable para escoger aquellos a quienes debe confiar parte de su autoridad. Pero ¿sabría conducir un negocio, conocer los lugares, las ocasiones, los momentos, aprovecharse de ellos? No; no lo sabrá.” “La gran ventaja de los representantes — dice en otro pasaje — es que ellos son capaces de discutir los negocios. El pueblo no es propio para ello; lo que forma uno de los grandes inconvenientes de la democracia” (11).

No asiste, pues, la razón a los comentaristas de Montesquieu que, como Saripolos, atribuyen al autor de *El Espíritu de las Leyes* el propósito de fundamentar la representación sobre “la necesidad material”, o sea sobre la imposibilidad práctica de plantear la democracia de otro modo que con sustitutivos más o menos ingeniosos del gobierno directo. Con acierto hace notar Carré de Malberg que, “según Montesquieu, el régimen representativo tiene por fin una selección. Se ha podido decir, en este sentido, que es, en el fondo, un régimen aristocrático. El fin de esta selección o designación de capacidades, es hacer aparecer, entre los ciudadanos, aquellos más dignos de

(11) MONTESQUIEU: De *L'Esprit des Lois*. París, 1859. Capítulo VI del libro XIII. Capítulo II, libro II.

llegar a ser los agentes de ejercicio del poder" (12).

Si en lo relativo a los orígenes del poder, Montesquieu aparta del debate la idea fundamental de la democracia con el reconocimiento expreso de la incapacidad del pueblo para regir sus propios destinos, en el análisis de las consecuencias permanece también fiel a su propio criterio, severamente jurídico. ¡Cuántas veces no se habrán alegado como mácula imborrable del sistema representativo los vicios capitales de él, denunciados en el capítulo VI del libro XIII de *El Espíritu de las Leyes*! Allí ha quedado, elaborada en el siglo XVIII, una exacta y anticipada descripción de todos los extravíos del régimen de gabinete característico del siglo XIX. "Si el Poder ejecutivo fuere confiado a un *cierto número de personas extraídas del Poder legislativo*, no habría libertad, porque los dos Poderes estarían unidos, y las mismas personas tendrían alguna vez y podrían tener siempre parte en el uno y en el otro." Y todavía más expresivas aparecen, como condenación del sistema, estas otras frases: "El Poder legislativo no debe tener el poder de juzgar la persona y la conducta del que ejecuta. Desde el momento en que tal sucediera, no habría tampoco libertad" (13).

Si las revoluciones pudieran alguna vez proponerse tarea superior a la meramente verbalista, que suele ser su esencial característica, es evidente que el criterio de Montesquieu hubiera prevalecido sobre la

(12) CARRÉ DE MALBERG: *Contribution a la Theorie générale de l'Etat*. París, 1920. Tomo II, página 208.

(13) MONTESQUIEU: Obra citada, capítulo VI, libro XIII.

avasalladora corriente regresiva y destructura, pero a la vez sentimental y romántica, representada por Rousseau. Por el contrario, fué ésta, en definitiva, la triunfadora por la razón, no de su superioridad intrínseca, sino del mayor halago que supo tributar a sentimientos de vanidad, de envidia, de desprecio de toda superioridad, que yacen dormidos en los senos recónditos de toda muchedumbre. Se ha necesitado el transcurso de un siglo entero para que llegáramos a convencernos de que el contenido de la obra revolucionaria inspirada por Rousseau fué un retorno a la brutalidad de la Naturaleza; una espléndida contribución aportada a la obra llamada por Augusto Comte, con exacta frase, "de sedición sistemática del individuo contra la especie": una invitación al predominio en la vida social de todas las fuerzas desatadas de lo incoherente y de lo inorgánico. El inolvidable León Duguit, en sus conferencias de la Universidad de Harward, hacía ya notar que "por un error singular se cita a menudo a Rousseau como inspirador de doctrinas liberales; él es, por el contrario, el iniciador de todas las doctrinas de dictadura y de tiranía, desde las doctrinas jacobinas de 1793, a las doctrinas bolchevistas de 1920 (14).

¿Qué pensaríamos hoy de quien escuetamente afirmara como programa que "el soberano no puede imponerse leyes superiores a un poder y que por él no puedan ser modificadas o anuladas"; que "no hay ni puede haber ningún género de leyes fundamentales

(14) DUGUIT: *Souveraineté et liberté*. París, 1922. Página 137.

obligatorias para los cuerpos que actúan en nombre del pueblo"; que la Constitución del Estado "impone la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la comunidad"; que "el Estado es dueño, respecto de sus miembros, de todos sus bienes"; que "un contrato por el que el pueblo se somete a jefes no es un contrato"; que "en el instante en que está el pueblo reunido cesa toda jurisdicción"; que, en resumen, "el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos sus miembros?" ¿No deduciríamos que quien así pensaba y sentía era el legítimo representante de una doctrina a ratos claramente anárquica y a ratos desenfrenadamente autocrática? (15).

Así, al amparo de tales conceptos fundamentales, y sin otro contenido que ellos, nació y vivió la democracia representativa de nuestro tiempo; así se enderezó el llamado régimen constitucional en la dirección del gobierno arbitrario; así se inauguró, con el nombre atractivo y dulce de democracia, un nuevo régimen absoluto; cerróse la era de los cortesanos de palacios, para abrir la era nueva de los cortesanos de muchedumbres.

Un hecho histórico, con acierto observado por los más desapasionados comentaristas de la Revolución francesa, evidencia la desviación que imprimió en la corriente constitucional el pensamiento personal de Rousseau. Cuando, por los años en que Mon-

(15) ROUSSEAU: *El pacto social*. Traducción española de Redondo Oriols. Páginas 10, 12, 14, 16 y 18.

tesquieu escribía, comenzaba a aplicarse, no sólo el espíritu filosófico, sino el crítico, a la ciencia política y se iniciaban sobre el aspecto histórico de gobiernos y Estados las investigaciones concienzudas de que es espléndida muestra *El Espíritu de las Leyes*. Llegóse casi unánimemente a la conclusión de que la Constitución inglesa — de la que hizo el propio Montesquieu brillante aunque no siempre exacto resumen en el famoso capítulo VI del libro XI —, con su contenido tradicional, con su dichoso equilibrio entre la representación popular y los altos poderes encargados de conducirla y enfrenarla, con el acertado predominio reconocido a instituciones, leyes y clases de carácter aristocrático, constituía para el problema político latente en tantos países, una solución, si no ideal, al menos, en sus líneas generales, beneficiosa y, por lo tanto, aceptable.

Muy poco después de la aparición, en 1748, de *El Espíritu de las Leyes*, en 1771 el ginebrino Delolme publicaba en Holanda, con propósito indudable de vulgarización, su conocido tratado sobre la Constitución inglesa, en el que se contiene un examen, sin duda más completo, e igualmente apologético, que el de Montesquieu, del régimen británico. Blackstone, al dar a luz en 1765 sus *Commentaires on the laws of England*, lo hacía en forma tal que bien pudiera reputársele discípulo predilecto de Montesquieu. Y discípulos de Montesquieu se reconocían Hamilton, Jay y Madison, los autores de *El federalista*, padres confesados de la Constitución americana. Al trasplantar al territorio de los Estados Unidos la separación

de poderes, no lo hicieron del modo empírico e imperfecto que habían visto practicar en la vieja metrópoli, sino con el alcance y los desarrollos más originales y científicos con que había sido expuesta y defendida por el afortunado creador de *El Espíritu de las Leyes*, “el oráculo siempre consultado y citado”, según la frase de Madison (16).

Semejante afición imitativa de la Constitución inglesa queda repudiada y anatematizada al aparecer en escena Rousseau. Para Rousseau, la Constitución inglesa es sólo un juego de niños; sus instituciones, obra de un empirismo desdeñable y hasta perturbador. Los más caracterizados y populares de los oradores de la Constituyente francesa, emplean para referirse a la obra política inglesa casi idénticos términos. El abate Sieyes—el gran manufacturero de Constituciones, según la expresiva frase de Sainte Beuve—cree que la Constitución inglesa no es más que una obra de charlatanes; Condorcet la supone exclusivamente encaminada a salvaguardar los privilegios de los ricos. En el proceso de los Girondinos, Brissot se veía condenado por el hecho sólo de haber citado con elogio la Constitución de los Estados Unidos.

La oposición al Derecho Público británico es lógica, dentro de la mentalidad jacobina, caracterizada

(16) DELOLME: *Constitution de l'Angleterre ou état du gouvernement anglais comparé avec la forme républicaine*. Genève, 1790. Obsérvese cómo Delolme considera exclusivamente como forma republicana al llamado gobierno directo.

V. también *Le federaliste*, por HAMILTON JAY y MADISON, traducción francesa de Jèze, París, 1902, y el interesante prólogo de Esmein que precede a esa edición francesa.

—según acertado juicio de Taine—por estos dos postulados: la supresión de los hechos y el predominio de las fórmulas.

De estas fórmulas, que los revolucionarios al estilo de Rousseau consideraban piedra angular de la organización social nueva, ni una sola había sido aceptada, ni en realidad lo ha sido sino muy parcialmente después, por el Derecho tradicional de Inglaterra. Frente al dogma de la soberanía popular, el Derecho inglés había levantado el de la soberanía parlamentaria, que no es siquiera la soberanía del Cuerpo legislativo, sino la del conjunto tripartita formado por la Corona, la Cámara aristocrática y la Cámara popular (17). Frente al sistema llamado, con notoria impropiedad, representativo, el Derecho inglés había erigido como norma la desconexión más absoluta entre la voluntad del Parlamento y la del elector, reflejada por Dicey en estas palabras: "Ningún juez inglés ha concedido ni concederá jamás que, según la Constitución, el Parlamento sea un mandatario de los electores. Este mandato imaginario los Tribunales no lo conocen" (18). Frente al régimen de los llamados derechos ilegislables, asegurados con declaraciones pomposas hechas ante la faz del mundo, el Derecho inglés se había contentado con procla-

(17) DICEY: Obra citada, página 35.

(18) DICEY: Obra citada, página 69.—No desconozco que a partir de la época en que Dicey escribía, la teoría del mandato ha sido también introducida en el Derecho constitucional inglés. Véase el interesante capítulo *The cabinet and the country*, en la magnífica obra *The government of England*, de LAWRENCE LOWELL, tomo I, página 440.

mar que de la ley y de los remedios judiciales reciben exclusivamente los derechos su fuerza, su eficacia y su garantía.

En cambio, el signo característico de la organización política inglesa, el único que ha permanecido inmutable a través del tiempo, su legalismo, entendido en el triple sentido de ausencia de poderes arbitrarios, sumisión universal y sin excepciones a una ley única y predominio en las instituciones del espíritu legal, permanecía no sólo inadvertido, sino claramente negado por los teóricos del Derecho revolucionario.

Para los ideólogos al estilo de Rousseau y de Sieyes, que confesaban hacer Constituciones con el mismo propósito inventivo que se hacen las novelas, tenía que quedar intacto y desconocido el enlace que tienen en la evolución política estas dos trascendentales palabras: tradición y espíritu legalista. "Juzgar—decía Sieyes—de lo que pasa por lo que ha pasado, es juzgar de lo conocido por lo desconocido. Es más justo juzgar del pasado por el presente y convenir en que las pretendidas verdades históricas no tienen realidad superior a las pretendidas verdades religiosas" (19). Nadie ha juzgado con exactitud y acierto superiores al de Taine el programa de la democracia rousseauiana, románticamente ansiosa de crear un mundo y un hombre nuevos: "Como un prospecto fijado a la puerta de un almacén de novedades, ella se contentó

(19) V. el estudio de Sainte Beuve sobre Sieves en *Causerie du Lundi*, tomo V, página 192.

con prometer a los futuros compradores todo lo que podían apetecer de más bello y más deseable.” “Já más se declaró más expresivamente que el Gobierno es la criatura, el servidor, el instrumento de los gobernados” (20).

Cosa muy diversa de estos supuestos axiomas de la razón, fabricados sin consultarla y consultando, por el contrario, para servir las pródigamente las apetencias legítimas o ilegítimas de los que habían de obedecer, era el Derecho inglés, elaborado, antes que por legisladores pletóricos de ardor y de espíritu de improvisación, por jueces serenos y reflexivos; obra pausada, pero a la vez sólida, de muchos cerebros y de muchos siglos.

Comentando unas palabras de Stuart Mill, Dicey fijaba con acierto insuperable esta característica tradicional de la Constitución inglesa en frases significativas: “Es verdad que las Constituciones políticas son la obra de la voluntad; es verdad que ellas no pueden compararse a los árboles, que crecen siempre, hasta cuando los hombres duermen; pero hay también mucho de verdad en la tesis que ve en la forma de un gobierno algo de generación espontánea y tan estrechamente ligado a la vida de un pueblo, que apenas podemos considerarla como un producto de la energía humana... La Constitución inglesa, que no fué creada de un solo golpe, lejos de ser el resultado de la legislación, ha sido el fruto de las con-

(20) TAINE: *Les origines de la France contemporaine. Le gouvernement révolutionnaire*. París, 1921. Tomo I, página 10.

testaciones y litigios llevados ante los Tribunales para defender los derechos de los individuos" (21).

El contraste entre el espíritu romántico y revolucionario frente al tradicional y jurídico, por desgracia suya lo sufrieron, después de Rousseau y Montesquieu, cuantos pueblos pretendieron implantar, con Monarquía o sin ella, el régimen de Constituciones escritas.

También España tenía una historia política anterior en siglos a la revolución francesa y anterior, por lo menos en años, a los actos y documentos más antiguos de la organización constitucional consuetudinaria inglesa. ¿Qué juicio hubieran formado, si se hubieran dignado tomarla en consideración, los jacobinos, de nuestra Constitución aragonesa? ¿No la hubieran creído también, como la inglesa, juego de niños y obra de charlatanes? En la Constitución aragonesa, como en la inglesa, no se encuentran las fórmulas democráticas, imposibles de aceptar por aquellos *ricos homes de natura*, que amaban sus privilegios feudales "*como a las niñetas de sus ojos*"; ni se hallan tampoco vestigios de una soberanía popular, incompatible—aun en los días más anárquicos de la Unión—con la autoridad y los privilegios reconocidos a los Monarcas. Pero la Constitución aragonesa, ya orgánicamente forjada cuando, en 1283, se confirmó el *Privilegio General*, afirmó algo imperecedero cuando, para salvaguardia de libertades y derechos, organizó las garantías

(21) V. DICEY, obra citada, página 175.

jurídicas del ciudadano y para remate del edificio constitucional colocó sobre su cúpula el Justiciazgo.

En pleno siglo XX sufren, a veces por largos períodos, eclipses las libertades y los derechos de los ciudadanos. En esos momentos de peligro para la libertad individual, ¿nos acordamos acaso para echarlas de menos de las pomposas definiciones de los derechos individuales hechas en la declaración de 1789? No, ciertamente; para satisfacer nuestras aficiones literarias nos basta con releer en las Constituciones más modernas ediciones sucesivas, cada vez más completas y más cínicamente hipócritas, del manual del buen gobernante y del buen ciudadano. Pero el ciudadano que se contemple a sí mismo víctima de una ilegal y a veces larga prisión gubernativa, o sustraído por obra caprichosa del poder a sus jueces naturales, ¿cómo no ha de acordarse de que en Inglaterra había, desde 1679, un *writ de habeas corpus*, y en Aragón, desde el siglo XIII, un *fuero de manifestación* que impedían tales desafueros y daban contra ellos práctico remedio legal? Los que se vean privados de su propiedad, ¿cómo no han de añorar aquellas *firmas de derecho* que ordenaban, mientras no se fuera vencido en juicio, el respeto del dominio y prácticamente impedían las expropiaciones sin indemnización?

Todo ese espíritu legal no era, en definitiva, más que una cosa: repugnancia a lo arbitrario, amor al derecho propio, incorporado como una cosa viva y palpitante al alma colectiva.

La España histórica designó ese derecho amparador del albedrío individual y del bien colectivo con

un nombre expresivo: el de *fuero*. Fuero es a un tiempo mismo estas dos cosas: es lo genuino, lo nacional, lo propio; pero es también la ley garantida por el que manda para seguridad del que obedece, y amada con intenso amor por los que obedecen y por los que mandan.

La tradición para el hombre abstracto de Rousseau carecía de valor, a pesar de que tradicionalistas lo son en realidad todos los hombres de carne y hueso. ¿Qué son, en definitiva, sino tradicionalistas de un solo siglo, del siglo XVIII, los demócratas de hoy? La tradición no es todo el pasado, sino el pasado acrisolado, seleccionado y convertido por sus excelencias en cosa real y viva; es sólo aquella parte del pasado que merece, por su contenido intrínseco, por su valor eterno de creación, ser incorporada al presente. Nada hay, en definitiva, más democrático que la tradición; no sólo porque es el pueblo su natural y más fiel custodio, sino porque la tradición tiene, para prevalecer, un doble sufragio: el de los que ya no viven, porque ellos la crearon; el de los hombres de hoy, porque ellos la eligieron, buscándola en el polvo muerto de los siglos, para convertirla, como una sagrada reliquia, en centro de su devoción y objeto preferente de su culto. Cuando los gobernantes se olvidan de la tradición, podrán convertir sus obras en capítulo de deleitosa y a veces dramática novela que se desea leer; nunca en un trozo de realidad y de historia que se aspire a vivir.

III

DEMOCRACIA Y AUTOCRACIA

Cuando, reciente todavía la terminación de la guerra mundial, publicaba lord Bryce su magnífica investigación sobre las democracias modernas, podía permitirse el lujo de acabar su obra con un acto de fe en la democracia, aunque fuera expresado—según el juicio competente de Joseph Barthelèmy—*sin emoción, sin calor*, y, por tanto, sin plenitud de convencimiento (22).

No eran, sin duda, aquellos días los más propicios para un juicio sereno, ni siquiera para un imparcial examen de conciencia. Contra lo que al término de otras guerras ha solido acontecer en la Historia, el acabamiento del trágico período 1914-1918 pareció alumbrar no sólo el robustecimiento de las instituciones democráticas en los países que ya

(22) V. BRYCE: *Les democraties modernes*. Traducción francesa de Mayra et Fonlongue. París, 1924.—V. el capítulo *L'Avenir de la Democratie*, tomo II, página 658, y también el interesante prefacio puesto a esta edición francesa por Joseph Barthelèmy, tomo I, página 7.

las poseían, sino la generalización del sistema a las organizaciones políticas que se le habían antes mostrado más reacias. De las naciones recién liberadas o creadas, unas, como Checoslovaquia o como Polonia, proclamaron, bajo el indiscutible influjo de la ideología política francesa, la aceptación del principio de la soberanía popular y del puro régimen parlamentario, sin trabas ni cortapisas; otras, como Estonia, quisieron ir aún más lejos, admitiendo el régimen llamado convencional y las mayores proximidades al gobierno directo.

Era aún más significativo en el sentido del pleno reconocimiento del triunfo democrático, la aquiescencia a él de la vieja Alemania, antes distanciada de los dogmas revolucionarios por una constante y larga tradición filosófica y política. El hecho de que la nación germánica, lugar de nacimiento de Hegel y patria de los Jellinek y de los Laband, estampase al frente de su Constitución de 1919 la afirmación de que el poder, si no *reside en el pueblo*, por lo menos de él *emana*, constituía virtualmente la confesada capitulación ante las ideas triunfantes de sus más irreconciliables y decididos enemigos, impotentes ya, después de la guerra, para disimular ni menos impedir los resonantes hundimientos de aristocracias y Monarquías, y las no menos celebradas victorias de la República parlamentaria.

El solo transcurso de un quinquenio ha bastado para evidenciar lo que había de superficial, de insincero y de temerario en el espectáculo político que entonces hubo de presenciar Europa. Un autor esclare-

cido y digno de todo respeto, por la serenidad y rectitud de sus juicios, Joseph Barthelèmy, a pesar de proclamar que tiene “el cerebro anquilosado en la doctrina de la democracia liberal parlamentaria, según la tradición republicana y francesa” y de confesar que es “indefectiblemente liberal, resueltamente demócrata e incorregiblemente parlamentario” (23), reconoce valerosamente como cierto el hecho de que habiendo hoy más repúblicas que en 1914, la idea democrática estaba en aquella fecha más segura de sí misma. Entonces, añade, el porvenir parecía pertenecer a la democracia: no se tiene ya hoy la misma certidumbre. En todo caso, la fe en la democracia está muerta.

La publicación en 1931 de una traducción francesa de la obra de Hans Kelsen, *La democracia, su naturaleza y su valor* (24), ha dado motivo al profesor vienés para reconocer, en el prefacio escrito para dicha traducción francesa, el hecho de que “en todas partes se oye hablar de una crisis y, a veces, hasta de una catástrofe de la democracia”.

Francisco Nitti, en obra recentísima, que lleva la fecha de agosto de 1932, dedicada a examinar “desde un punto de vista estrictamente liberal y parlamentario los problemas que plantean la democracia y la antidemocracia”, reconoce que “una sensación de malestar muy extendido perjudica hasta a

(23). JOSEPH BARTHELÈMY: *La crise de la démocratie contemporaine*. París, 1931. Páginas 12, 13 y 14.

(24) V. KELSEN: *La démocratie, sa nature, sa valeur*. Traducción de CISENMANN. París, 1932, página 4.

las democracias más antiguas y sólidas, procediendo las críticas, no sólo de los reaccionarios y de los revolucionarios, sino de los mismos escritores demócratas" (25).

No falta, en efecto, razón a Nitti para esta última aseveración, ya que aparece claro y significativo el hecho de que la obra de demolición del ideal democrático ha tenido por principales colaboradores a la mayoría de los que a sí propios se proclaman demócratas. Nitti mismo es buen ejemplo de ello: su último trabajo va encaminado, como otros suyos anteriores, a la defensa del sistema parlamentario. No parece, sin embargo, un colmo de lógica compaginar tal defensa con afirmaciones tales como la de que "el pueblo no hace más que conservar y en cierto modo custodiar la obra de hombres superiores; pero nunca ha creado nada"; la de que "el pueblo no puede gobernar, y en un régimen democrático, como en cualquier otro régimen, el gobierno es función de un corto número de hombres", o la de que "nadie ha pretendido que el pueblo gobierne, sino solamente que pueda decir con su voto si está contento o no de sus gobernantes" (26).

Análogo, por su indefinición y por su vaguedad, es el punto de vista, asimismo liberal y parlamentario, de Kelsen, cuando asevera que la democracia as-

(25) V. FRANCISCO NITTI: *La democracia, la antidemocracia y los problemas de las nuevas sociedades democráticas*. Traducción española de Almela y Vives. Madrid, 1932. Tomo II.—V. el capítulo *El despegó hacia la democracia*, páginas 130 y siguientes.

(26) V. NITTI, obra citada, tomo II, página 138.

pira sólo “a la personificación del Estado, que no es más que el velo que disimula el hecho, insoportable para la sensibilidad democrática, de la dominación del hombre sobre el hombre” (27).

No menos contradictorio se muestra en sus juicios Joseph Barthelèmy, uno de los más entusiastas en la defensa del régimen democrático, pero también uno de los más claros y certeros en el ataque contra los supuestos dogmas que a la democracia han servido de firme y cómodo asiento. El propio Barthelèmy, que en la obra antes citada sobre la crisis de la democracia se revuelve indignado contra los que niegan su fe, ¿no ha dedicado largas y sustanciosas páginas de su tratado de Derecho constitucional a demostrar que el principio de la soberanía popular es, además de inútil, peligroso para la libertad, “por su pretensión de legitimar el poder por su origen y no por su contenido y por su tendencia a derribar todas las limitaciones jurídicas de la soberanía que el Derecho público general se esfuerza en establecer?” (28).

Fácil sería la exhibición de nuevos y claros ejemplos demostrativos de que sólo de una manera más nominal que efectiva, y acompañando la aceptación de reservas, atenuaciones y distingos, se acepta hoy por la mayoría de los escritores de Derecho público la verdad de los dogmas de la Revolución de 1789. Por demócrata se tendrá seguramente a sí mismo Lawrence Lowell, el Presidente de la Universidad de Har-

(27) V. KELSEN, obra citada, página 11.

(28) V. BARTHELÈMY y DUEZ: *Traité élémentaire de Droit Constitutionnel*. París, 1926, página 729 y siguientes.

ward y el mejor acaso de los comentadores de la Constitución inglesa. Y de Lawrence Lowell es la más calurosa apología que cabe hacer del régimen autocrático, al que debe, según el calificado y respetable autor, la organización política norteamericana sus mayores y más alabados éxitos (29).

Entre los demócratas se cuenta, sin duda también, el expositor concienzudo de las Constituciones de la *postguerra*, Mirkine-Guetzevicht, y, sin embargo, su original sistema de *racionalización del poder* no tiende, en realidad, más que a colocar al lado de cada institución democrática contrapesos y frenos, para limitarla, desnaturalizarla y despojarla de todo poder ofensivo. La racionalización del poder sirve para proporcionarnos la ilusión de la vida tranquila y normal, pero no para crearla, de la misma manera que el aparato ortopédico logra la semejanza, pero no la plenitud de función del miembro desaparecido o amputado. Combinando la soberanía del número con la representación proporcional; y la omnipotencia legislativa con los recursos de inconstitucionalidad; y los derechos ilegislables con la limitación de las prerrogativas individuales por ley; y la democracia plena con las suspensiones de garantías; y las Cámaras todopoderosas con los Gobiernos aún más fuertes que ellas; y el gobierno parlamentario con el *referéndum*; y unas gotas de presidencialismo y de autoridad con un océano de parlamentarismo y

(29) V. LAWRENCE LOWELL: *La crise des gouvernements représentatifs et parlementaires, dans les démocraties modernes.*—*Revue du Droit public*, 1928, página 573.

de rebeldía, se llega a dibujar esos difíciles y heterogéneos mosaicos de que es muestra la alabada e impracticable Constitución alemana de 1919, nunca a construir para el Estado un régimen perfecto. La amalgama de instituciones antitéticas o dispares es tan absurda e inútil como pueda serlo la simple yuxtaposición de los cuerpos químicos, o en Biología la unión, siempre infecunda, de los híbridos (30).

Al desencanto de hoy, a la extinción de la fe en instituciones que estimábamos antes como única panacea salvadora, no se ha llegado sin causa. No puede sorprender el hecho de que la desilusión haya sobrevenido en época muy cercana a nosotros. El sistema democrático, tal como lo formuló Rousseau, es un régimen nuevo y de aplicación integral muy reciente. Y no se ha engendrado la crisis por la fatiga de una vida larga, sino por la convicción de que en el ser que suponíamos vivo y robusto faltaban para la existencia las necesarias condiciones de viabilidad.

Bryce apunta con acierto que, con relación a la antigüedad, no puede hablarse de la existencia de instituciones democráticas. "Los hombres de Estado y los filósofos de la antigüedad no soñaron, en realidad, con gobiernos en los cuales participaran los ciudadanos de todas las clases; la democracia era, para ellos, una superestructura erigida sobre una base de esclavitud" (31).

Del mismo modo, la completa universalización

(30) V. MIRKINE GUETZEVITCH: *Les nouvelles tendances du Droit Constitutionnel*. 1928. *Revue du Droit public*, página 5.

(31) V. BRYCE, obra citada, tomo II, página 671.

del sufragio político, a la que no se atrevieron, más cautelosos y prudentes que sus inflamados teóricos, los legisladores de la Revolución, con la extensión del derecho de voto a la mujer y su posible generalización al extranjero, propugnada por Kelsen (32) y aceptada ya por la Unión de las Repúblicas Soviéticas, arranca de un número no largo de años, los suficientes, sin embargo, para que se advierta cómo semejante extensión del voto, colocando el supremo poder en manos de los que nada poseen, mientras subsisten para los que poseen, todas las obligaciones sociales, económicas y tributarias, no tiene, en lo por venir, otra derivación lógica que el comunismo.

No hay necesidad de apelar, para justificar la reacción antidemocrática, al recuerdo del culto a la violencia que se despierta inevitablemente en las sociedades después de largos períodos de guerra. Más cierto es que, como consecuencia de los nuevos y graves problemas hoy planteados y de la impotencia del régimen parlamentario para encauzarlos y resolverlos, se ha desarrollado en proporciones inusitadas el ansia de gobiernos y gobernantes dedicidos y fuertes. "En toda Europa y en los países más europeizados de Asia y de África—dice con acierto el señor Cambó—, los tiempos son favorables a los gobiernos de autoridad como en años atrás eran favorables a los gobiernos de libertad" (33).

(32) V. KELSEN, obra citada, página 17.

(33) CAMBÓ: *Las dictaduras*. Madrid, 1929. Página 15.—V. también el interesante libro del comunista ANDRÉS NIN, *Las dictaduras de nuestro tiempo*. Barcelona, 1930. Capítulo II, página 47.

No es problema de incomprensión ni de analfabetismo, como el propio señor Cambó pudo un momento creer: las tendencias claras a las dictaduras de pueblos como el alemán, uno de los más cultos de Europa, claramente lo revelan así.

Acontece sólo que lo rápido e inesperado de la crisis ha originado, como consecuencia natural, un defectuoso planteamiento del problema de la sustitución de un régimen, que tiene a su favor estados posesorios tradicionales y hábitos casi seculares. La opción se dibuja hoy como planteada entre la autocracia y la democracia; entre el gobierno de todos, sometido a reglas, y el gobierno de uno, entregado sin leyes, a sus propios y espontáneos impulsos; ante tal disyuntiva, la elección no parece dudosa. "La democracia, expresada en lenguaje jurídico—dice Mirkin-Guetzevitch—, es el Estado de Derecho, es la racionalización jurídica de la vida, porque el pensamiento jurídico consecuente conduce a la democracia, como única forma del Estado de Derecho." "La democracia—añade—puede realizar la supremacía del Derecho; he aquí por qué el Derecho constitucional general es el conjunto de formas jurídicas de la democracia, del Estado de Derecho" (34).

La verdad que aparece ante los ojos con toda evidencia es que la democracia, con su nativa y simplista propensión a lo absoluto; con su inclinación a limitar la soberanía por su origen y no por su contenido; con su repugnancia a las barreras y su tentación cons-

(34) V. obra citada. *Revue du Droit public*, 1928, páginas 8 y 9.

tante a saltarlas; con su amor a la razón de Estado y a fundamentar sus decisiones en motivos no legales, sino de salud pública; con su convicción de la propia omnipotencia; con su miedo despreciativo a la superioridad; con su desdén por la tradición, no sólo no es un auxiliar para la realización del Estado de Derecho, sino su enemigo jurado y casi único. Autocracia y democracia no son hoy tendencias rivales, sino amigos antiguos que fraternizan y se dividen el botín. La sucesión jerárquica de las normas que enamora a Kelsen se ve convertida, en el régimen democrático, en sucesión jerárquica de arbitrios libres que mutuamente se completan y asocian. El servilismo parlamentario sirve de disfraz para ocultar el capricho ministerial, del mismo modo que el capricho ministerial engendra el servilismo parlamentario. Las medidas no se justifican por sí mismas, por su excelencia y su correlación con el bien público, sino por el hecho de que las haya legitimado el complacido asenso de unos cuantos hombres reunidos en asamblea, y que se suponen por ello investidos, como legítimos depositarios de la usurpada confianza popular, de poderes omnímodos. Un voto del Parlamento, y no hay que decir un voto popular, se convierte en patente de corso para todas las depredaciones, para todos los abusos, para todos los atentados al Derecho. Individuos y colectividades están frente a las demasías parlamentarias, frente a las gubernativas que se dicen hijuelas suyas, y frente a las judiciales, que siguen a una y otra con docilidad, más desnudos de

amparo que jamás lo estuvieron frente a los Reyes absolutos.

A los sistemas puede pedírseles que rectifiquen: no puede demandárseles que dejen de ser lógicos. Todas las limitaciones jurídicas que imaginemos como posibles tienen que descansar como en su más sólido cimiento en el sacrificio del individuo a la especie, del hoy al mañana, de lo inmediato y próximo a lo mediano y más remoto... Por eso, el Estado de Derecho, que no puede ser producto espontáneo de la decisión de los individuos, sino sobreponerse deliberada y hasta despiadadamente a ellos, o se apoyará para vivir sobre el culto exclusivo de la ley y de la tradición nacional, o no será más que una palabra vana y sin sentido.

IV

SOBERANÍA POPULAR Y SOBERANÍA NACIONAL

Cuando en 1875 se discutían en la Asamblea convocada por Thiers las leyes constitucionales, todavía hoy, después de más de cincuenta años, vigentes en Francia, un enamorado del cesarismo plebiscitario, el bonapartista Raul Duval, propuso la aceptación, para que figurase a la cabeza de la Constitución, de este reconocimiento solemne y expreso de la prerrogativa popular: "La soberanía reside en la universalidad de los ciudadanos franceses." La propuesta fué rechazada casi por unanimidad, por 476 votos contra 30. A pesar de tal repulsa, apenas ha habido Constitución de la postguerra que, precisamente por influjo y en confesada imitación del Derecho francés, haya dejado de incluir en sus páginas la declaración, o bien de que el poder emana del pueblo, o bien, lo que es más grave, de que reside en él y en él permanece.

El dogma que Augusto Comte calificaba de *mixtificación opresora*, no sólo ha dado la vuelta al mundo, sino que como tal dogma es admitido por la casi

totalidad de los códigos políticos hoy en vigor. No carecerá de interés que un momento reflexionemos sobre su contenido intrínseco y sobre las consecuencias lógicas que de él se desprenden.

En Rousseau, sólo a medias influído por los precedentes netamente franceses de los *monarcomasques* (35) y los más universales de la escuela del Derecho natural, bien sabido es que la elaboración del principio de la soberanía popular guardaba un enlace directo con la hipótesis del contrato social. Es el contrato social, para Rousseau, el hecho creador, así de la sociedad en calidad de cuerpo colectivo moral, como de la autoridad pública. Cada contratante, lo que vale tanto como decir cada miembro del cuerpo nacional, consiente en una enajenación total de su persona a la comunidad, subordinándose a la dirección suprema de la llamada "voluntad general", y es a la vez admitido, como parte indivisible del todo que forma la suma numérica de las voluntades particulares e iguales de los asociados. Es súbdito en cuanto está sometido a las leyes que dicta la autoridad soberana, pero es a la vez ciudadano como participante en el ejercicio del poder. La soberanía reside, pues, en los individuos que forman la masa popu-

(35) Bajo la denominación de *monarcomasques*, dada por Barclay en una polémica de 1600, se comprende como es sabido a un conjunto de escritores partidarios todos ellos de la soberanía popular. El primer precedente de esta doctrina parece hallarse en el discurso de Felipe Pot ante los Estados Generales, en 1484. Más tarde se citan como inspiradas en las doctrinas de la escuela, la *Franco-Galia*, de Hotman; la famosa *Vindiciae contra tyrannos*, de Hubert Languet; el *Contre un*, de Etienne de la Boetie, etc.

lar; en los particulares que componen el Estado; si el Estado se compusiera de diez mil ciudadanos, cada uno de ellos tendría una diezmilésima parte en la autoridad que tiene el derecho de mandar y a la que es forzoso obedecer.

Un superficial examen de la doctrina así formulada, bastó para evidenciar por los días mismos en que era propagada, que ella era triplemente destructora: destructora de la sociedad; destructora del Gobierno: destructora de la justicia. Destruyectora de la sociedad, no sólo porque se le atribuía como única base la movediza e insegura de un contrato, sino porque le señalaba un contenido atomístico: el de simple agregado o yuxtaposición de individuos, antes aislados y ahora asociados, pero siempre sin conexión entre ellos. superior a la del lazo contractual. Destruyector del Gobierno, porque, considerado éste como "cuerpo intermediario entre los súbditos y el soberano para su mutua comunicación", su papel queda reducido a "recibir del soberano las órdenes que dicta al pueblo", con lo cual el que tiene la misión aparente de mandar está sometido como un esclavo al que debe obedecer. Destruyectora de la justicia, porque, atribuida a la ley su licitud por el solo hecho de estar dictada por el pueblo y responder a su voluntad, legitimábase el poder por su origen y no por sus fines, desandándose el camino recorrido por el Derecho público a partir de la publicación de las obras de los grandes teólogos de la Edad Media.

De todos los principios formulados por Rousseau, ninguno ha producido las trascendentales con-

secuencias que éste, destinado a servir con su brutal enormidad de seguro salvoconducto a todas las tiranías. En dirección opuesta—más certera, más jurídica y, desde luego, más moral—había marchado desde Santo Tomás la alta filosofía política. Y en no pequeña proporción habían contribuido a afirmar la esencia ética de la ley—con orgullo hemos de proclamarlo—teólogos y juristas españoles. Cuando Santo Tomás aseveró que la ley justa debía ordenarse al bien común, apoyándose para formular tal verdad tanto como en la autoridad de Aristóteles en la de nuestro San Isidoro de Sevilla, para quien la ley “no debe ser encaminada al bien particular, sino a la utilidad común de los ciudadanos”, es evidente, a mi juicio, que daba a luz un concepto cien veces más democrático, más igualitario y a la vez más nutrido de sustancia jurídica que el formulado por Rousseau. Afirmado este principio — que es el cardinal — bien puede Santo Tomás desdeñar como indiferentes las formas que sirven de expresión a la ley y aseverar que “legislar o pertenece a la multitud o a la persona pública que tiene el cuidado de la multitud” (36).

En posición muy semejante colocábase, ya en pleno siglo XVI, Francisco de Vitoria, al afirmar que la potestad civil, que no es soberanía, sino mera “facultad, autoridad o derecho de gobernar la república civil”, es la misma, mande uno solo o manden muchos. “No hay—añadía—mayor libertad bajo los regímenes aristocráticos o democráticos. Porque como

(36) V. SANTO TOMÁS: *Suma Teológica*, tomo I.

es idéntica la potestad, se sigue que no es menor la libertad allí donde todos son súbditos de uno solo que donde lo son de muchos" (37).

El panorama, como se ve, cambia por completo con la afirmación de la idea de la soberanía popular. "El soberano, había dicho Rousseau, no estando formado más que por los particulares, no tiene ni puede tener interés contrario al suyo. Por tanto, el poder soberano no tiene ninguna necesidad de garantías hacia los súbditos" (38). Un liberal y parlamentario tan notorio como Joseph Barthelèmy comenta la doctrina de Rousseau en los siguientes expresivos términos: "El contrato social, catecismo de la soberanía popular, código de la democracia, encierra la teoría del despotismo más absoluto: el ciudadano no tiene ningún derecho enfrente del pueblo "(39).

La idea de la soberanía popular lleva, como se ve, inoculado el germen del despotismo y constituye el más exacto retrato que haya podido jamás dibujarse del gobierno arbitrario y sin traba legal. No sólo por esa fundamental razón es inadmisibile como cimiento para la edificación del Estado de Derecho. El régimen mayoritario, que es consecuencia de la doctrina

(37) FRANCISCO DE VITORIA: *Reelecciones teológicas. La potestad civil*. Traducción española de Torrubiano, tomo III.

(38) V. ROUSSEAU, obra citada, libro I, capítulo VII: "Es contrario a la naturaleza del cuerpo político que el soberano se imponga una ley que por él no pueda ser modificada o anulada" (pág. 29). "El soberano, por el solo hecho de serlo, es siempre lo que debe ser" (página 30).

(39) V. BARTHELÈMY: *Traité élémentaire de Droit constitutionnel*, páginas 80 y 81.

de la soberanía popular, es inconciliable con la idea de la soberanía individual ciudadana que le sirve de base. Si cada ciudadano es soberano, ¿cómo explicar la subordinación de la minoría a la mayoría? El solo hecho de esta subordinación basta para evidenciar que no es verdad que cada ciudadano posea la más insignificante porción de soberanía. Rousseau se esfuerza en explicar la sumisión del ciudadano individualmente soberano al principio mayoritario por razones especiosas derivadas del contrato social, pero es notoria la falta de fortuna de su argumentación, obra más bien de un sofista ingenioso que de un verdadero jurisconsulto (40).

Los hombres desapasionados de hoy nos preguntamos con asombro cómo es posible que ideas semejantes hayan podido adquirir la fuerza de propagación que las caracterizó desde el primer momento de su aparición, y cómo es concebible que sigan sirviendo de único fundamento a un sistema político implantado con entusiasmo y defendido con tesón.

La verdadera soberanía nacional, única admisible, rectamente interpretada, no sólo no guarda con la llamada soberanía popular el menor paralelismo,

(40) "El ciudadano—dice Rousseau—ha consentido previamente en todas las leyes, aun en aquellas que lo sean a pesar suyo o le castiguen cuando las viole, y esa voluntad constante de todos los miembros del Estado es la voluntad general por la cual son ciudadanos y libres" (cap. II del libro IV, págs. 148 y 149). La sumisión a la mayoría queda, pues, legitimada sólo por una voluntad unánime y previa de sacrificar la libertad. Y en este sacrificio unánime y previo de la libertad, ¿podrá estar la base de un sistema exclusivamente encaminado a asegurar la libertad misma que se perdió y que se trata por lo visto de recobrar con argucias?

sino que es en realidad su reverso más claro y su contradicción más patente. El principio es aceptado tal como se formula en el artículo 3.º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: "El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún cuerpo, ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane de ella expresamente." Del mismo modo la Constitución de 1791, en los artículos 1.º y 2.º del preámbulo de su título III, proclama que "la soberanía pertenece a la nación, de quien emanan todos los poderes". No hay en tales declaraciones, justo es reconocerlo, ni sombra del concepto de soberanía radicante originariamente en la persona individual de todos los nacionales y de cada uno de ellos.

Así lo reconoce con acierto Duguit al manifestar que el principio afirmado por tales textos es de los más claros. "La soberanía—dice—se llama nacional en el sentido de que ella reside *indivisiblemente* en la nación toda entera y no dividida en las personas ni en ningún grupo de los nacionales." "La nación—añade—es soberana en tanto que es una entidad colectiva, una colectividad unificada, a la vez superior a los nacionales e independiente de ellos" (41). Lejos de transferirse—concluye con acierto Carré de Malberg—la soberanía a todos los miembros de la nación, se negaba una vez por todas la cualidad soberana a todo individuo tomado en particular y a todo

(41) DUGUIT: *Traité de Droit Constitutionnel*. París, 1925. Tomo I, página 118.

grupo parcial de individuos. No se hacía más que reconocer esta verdad teórica: que el poder de dominación estático no puede concebirse más que en el ser sintético y abstracto que personifica la colectividad nacional, y que en definitiva no es otro que el Estado" (42).

Concepto tal de la soberanía nacional no es, en realidad, ninguna novedad revolucionaria; es el mismo afirmado en el siglo XVIII por Suárez: "La potestad — decía el insigne profesor de Coimbra — no está en todos los hombres tomados separadamente, ni en la multitud o colección de ellos en un cuerpo cuasi confusamente y sin orden y unión de miembros... Una vez constituido aquel cuerpo, inmediatamente, en virtud de la razón natural, está en él esta potestad. Y así como el hombre, por lo mismo que es criado y tiene uso de razón, tiene potestad sobre sí mismo y sus facultades y miembros, así el cuerpo político tiene potestad y régimen de sí mismo y, consiguientemente, tiene potestad sobre sus miembros y peculiar dominio sobre ellos" (43).

Atribuída así a la nación la soberanía y convertido el Estado en la personificación jurídica de la nación, no se hace más que traducir en una fórmula teórica lo que es una idea de buen sentido: que hay una reacción del todo social sobre las partes, y que el poder no existe sino en interés de todos los miembros que componen la colectividad.

(42) V. CARRÉ DE MALBERG, obra citada, tomo II, página 171.

(43) SUÁREZ: *Tratado de las leyes y de Dios legislador*. Traducción de Torrubiano. Madrid, 1918. Tomo III, página 30.

Vuélvese así a la determinación de la legitimidad del poder, por su contenido y no por su origen, y se desposee a la prerrogativa del mando de todo carácter ilimitado y absoluto. En la teoría de la soberanía popular—afirma Michoud—, el hecho de que el detentador del poder lo ejerza como *su cosa* conduce a exagerar sus prerrogativas. En la teoría de la soberanía del Estado, la limitación proviene naturalmente de la idea de que el detentador ejerce un poder que le está confiado en el interés de la colectividad, de donde resulta que este ejercicio llega a ser ilegítimo en cuanto no se tiene ese interés a la vista. Su derecho no va más allá por muy alto que él esté” (44).

Hauriou, que quizá como ningún otro autor de Derecho público ha profundizado en el examen de la idea del Estado nacional como sujeto jurídico, afirma con razón que el concepto de nación descansa sobre una *voluntad común*, la que los nacionales tienen de vivir juntos; de acentuar su diferenciación con otros grupos sociales; de correr juntos los riesgos inherentes a la existencia; de mantenerse en la adhesión a un número determinado de recuerdos y de ideas también comunes. Pero la *voluntad común* no es la *voluntad general*, aplicada por Rousseau a la función de hacer la ley y de ejecutarla. La voluntad común carece, para esa función, de toda competencia, porque, lejos de ser un poder activo de domina-

(44) MICHOD: *La théorie de la personnalité morale*. París, 1909. Tomo II, página 56.

ción, es sólo un poder pasivo de conformidad y de adhesión. Mientras la voluntad común es el dominio de las ideas unánimes, la voluntad legislativa es el dominio de las ideas discutibles (45).

Transportada la voluntad común bajo el nombre de voluntad general a terreno que le es extraño, no ha podido dar otro resultado que el de la sublimación de los poderes arbitrarios.

Dos razones solas justifican la persistencia histórica en errores de bulto, que no pueden disculparse ni científicamente sostenerse. Una, aquel misterioso y enorme poder de los mitos a que aludía Taine cuando afirmaba que una idea general es invencible cuando se aloja en cerebros estrechos y vacíos; porque están vacíos, la idea no encuentra en ellos saber alguno que le haga obstáculo; porque son estrechos, la idea no tarda en ocuparlos en su totalidad (46).

Quienes pusieron en ejecución y difundieron las ideas de Rousseau fueron la copia exacta del tipo por Rousseau soñado para electores, legisladores y gobernantes. El jacobino piensa siempre que la soberanía del pueblo es su propia e individual soberanía; que la cosa pública es de él y que además lo abarca todo, como el pacto social: cuerpos, almas, fortunas, conciencias. Por el hecho sólo de estar investido del gobierno, se cree legítimamente, no sólo depositario de un poder absoluto que le permite vengar en los demás, como Marat, las amarguras de la incompreensión y del

(45) HAURIOU: *Principes de Droit public*. París, 1916. Páginas 266 y siguientes.

(46) TAINÉ, obra citada, página 86.

vencimiento, sino además Pontífice para definir y Sultán para perseguir o esclavizar. El solo, ser nuevo, nacido ayer y creado libre de los prejuicios y supersticiones del hombre cavernario, es el iluminado por la ciencia y por la razón; él solo, asistido a la vez por los favores de un Dios en quien no cree y por la confianza de una muchedumbre legisladora, a la que adula, a la que aparenta amar y a la que en realidad desprecia. ¿Recursos, garantías? ¿Cómo va a admitirlas contra el pueblo en cuyo nombre obra y al que ha de salvar, quiera o no, de los demás y de sí mismo? ¿Poderes jurisdiccionales? El no los acepta, sino bautizados con apelativos que denoten su vinculación incondicional al grupo que manda. El hombre de club, apoderado de la autoridad legal, no se dejará desposeer con la docilidad que él ha advertido en sus antecesores y de la que se ha aprovechado para triunfar. Ejercerá el poder con mano dura; se rodeará de policía y de fuerza pública; se impondrá y se hará obedecer, por lo mismo que sabe que debilitarse será parecer y que no podrá librarse del miedo de la responsabilidad más que refugiándose en las audacias sin freno de la Dictadura.

Otra razón, no menos poderosa que la ya expuesta, justifica sobradamente el éxito y la supervivencia indefinida de las doctrinas apologéticas de la soberanía popular. Con la doctrina de Rousseau creóse un plantel nuevo de hombres de gobierno: el de los aduladores de las pasiones, de las vanidades y aun de los odios del elector, dueño nominal, pero no por eso menos ensalzado de las cimas y de los resortes to-

dos del poder público. Desde el siglo XVIII, ¿quién será tan insensato, tan desconocedor de su propio interés y tan ganoso de impopularidad, que se atreva a enseñar a las gentes que no es verdad que los electores gobiernen y legislen ni que deban legislar y gobernar; que no es verdad que posean el poder de hacerlo todo y de justificarlo todo, aun lo más absurdo, lo más injusto y lo más perjudicial para el bien público; que no es verdad que lícitamente tengan facultad para disponer, sin frenos y sin deberes, de un patrimonio que no es suyo, sino de las generaciones pasadas que para nosotros lo crearon y de las futuras que de nosotros lo esperan; que no es verdad, en una palabra, la soberanía de los nacionales sobre la nación y sí sólo la de la Nación sobre los nacionales? La mentira de la soberanía engendró nuevas y múltiples mentiras; la de las inmoderadas y falaces lisonjas y homenajes al soberano, no fué la menos vil para quien los tributaba y la menos dañosa para la educación moral de quien los recibía.

V

LA TEORÍA DEL MANDATO REPRESENTATIVO Y LA TEORÍA DEL ÓRGANO JURÍDICO

Apoyada aparentemente sobre la idea de soberanía nacional, pero descansando en realidad sobre los conceptos de soberanía popular y *yo común* o *voluntad general*, que Rousseau había expuesto, la escuela francesa construyó una teoría ingeniosa, modelo—como afirma Duguit—de construcciones jurídicas, pero errónea en sus puntos de partida y no menos errónea en su desarrollo y en sus consecuencias. Me refiero a la doctrina del mandato representativo, base científica que aspira a servir de cimiento sólido al régimen parlamentario.

Así como el teórico de la soberanía popular fué Rousseau, el teórico del sistema representativo fué Sieyès. De Rousseau es bien sabido que no defendió la democracia, sino como un régimen de gobierno directo. En su teoría, la soberanía toma su fuente de origen en la voluntad general del pueblo. Pero la voluntad general no es susceptible de ser representada como no es susceptible tampoco de ser enajenada.

El soberano popular no puede, en sentir de Rousseau, ceder a nadie por delegación el derecho de querer y decidir en su lugar, porque él puede decir "quiero lo que mi representante quiere", pero no puede decir: "quiero lo que mi representante querrá mañana". El pueblo que eligiera representantes, aceptando una idea propia del gobierno feudal, tendría un dueño y no sería ya soberano (47).

La concepción de Sieyes es diversa. Partiendo de la idea de que la nación se forma fuera del lazo social y no se la puede concebir más que sujeta al derecho natural y en el estado de naturaleza, Sieyes se esfuerza en combinar la soberanía popular con el régimen representativo, declarado, por necesidad material, indispensable, y construye su teoría de la delegación, de la que es fiel trasunto en sus artículos 3.º, 4.º y 5.º la Constitución francesa de 1791. Es—como el mismo Sieyes dice—el gobierno *ejercido por procuración*. Así, por vía de transacción entre el puro despotismo y el gobierno directo, surge el régimen representativo, en que el pueblo, investido de la potestad soberana, se gobierna, sin embargo, por elegidos que, a diferencia de los funcionarios y según la distinción de Barnave, no sólo obran, sino que ade-

(47) V. ROUSSEAU, ob. cit., libro II, capítulo I.

Claro es que Rousseau reconoce la imposibilidad práctica del gobierno directo, salvo en pequeños Estados, como los de la antigüedad. Pero forzado a aceptar que haya Diputados elegidos, no acepta que puedan ser otra cosa que meros comisarios, colocados bajo la vigilancia de sus comitentes e incapaces de decidir nada soberanamente por ellos mismos. El mandato imperativo y la ratificación popular son en todo caso necesarios.

más quieren y deciden por él, actuando en su nombre.

En qué consiste el hecho político de la representación, ya lo sabemos; lo que importa es averiguar cuál es en el fenómeno de la representación el hecho jurídico. He aquí cómo contesta a la interrogación la teoría francesa del mandato.

La nación-persona, anterior y superior al Estado, titular originario de la soberanía, la transmite por delegación a uno o varios hombres a quienes expresamente encarga de obrar, querer y decidir por ella. Entre la nación íntegra y sus representantes surge una relación jurídica de naturaleza contractual: un mandato; la nación es la mandante, y los representantes elegidos los mandatarios responsables, sujetos a la rendición de cuentas. Del mismo modo que en el contrato civil de mandato los actos realizados por el mandatario se reputan hechos por el mismo mandante, en el contrato público de representación los actos de soberanía del mandatario se reputan realizados por el pueblo entero.

No puede regatearse la importancia trascendental de la doctrina; es la base capital en que se apoya, en todos los pueblos, el régimen llamado representativo. Motivos fundados hay, sin embargo, para dudar de que sea científicamente exacta.

El primer reparo que la ingeniosa teoría ofrece, se refiere a la inexistencia de las personas a quienes se atribuye el consentimiento en el momento de pactarse el mandato. El mandato supone dos personalidades jurídicas distintas; una que lo da y otra que lo recibe. No está clara ni probada la existencia de la

personalidad mandante: la muchedumbre, en estado desorganizado y caótico, no es persona, ni ejerce derechos, ni puede conferir mandatos; cuando pasa de ese estado de naturaleza al de organización, no es ya la nación quien actúa: es el Estado, personificación jurídica de la nación. La personalidad mandataria es, por regla general, una asamblea, que sólo comienza a existir cuando es elegida y queda constituida. Pero, lejos de ser la constitución el título para la elección, es, a la inversa, la elección el título en que la constitución se funda. Aparece, pues, claro, que el contrato se pacta entre una personalidad inexistente y otra que no existe todavía.

La dualidad entre nación y Estado para los efectos de la representación, no es sólo un contrasentido jurídico; es, además, un grave peligro político. Sobre la base de esa dualidad, convertida de hecho en oposición, no es posible edificar una ordenada y razonable teoría jurídica.

Todavía aparece menos justificada que la existencia del mandante y del mandatario la realidad del mandato. Orlando, en artículos interesantes publicados en la *Revue du Droit Public*, ha resumido con acierto las cuatro capitales diferencias que median entre el mandato civil y el supuesto contrato de representación política (48).

En primer lugar, para que el diputado pudiera

(48) ORLANDO: *Du fondement juridique de la représentation politique. Revue du Droit Public*. Año 1900, página 137.

V. también CARRÉ DE MALBERG, ob. cit., tomo II, páginas 212 y siguientes.

ser considerado como un mandatario, se necesitaría que él representase exclusivamente al colegio o circunscripción electoral que le hubiese elegido. Un acuerdo contractual no puede producir efectos más que entre las partes que en él han intervenido. La nación, como personalidad unitaria, para nada interviene en la designación; el diputado, como los antiguos procuradores en Cortes, no recibe sus poderes más que de su propio colegio, a pesar de lo cual, a partir de la Constitución francesa de 1791, corre como axioma por las páginas de los códigos políticos y de las leyes electorales el principio de que es a la nación y no a sus electores a quien representa. De donde se deduce claramente que si el diputado representa al país entero, será por virtud de otro título jurídico distinto del mandato, pero no en calidad de mandatario. "Un diputado lo es de la nación entera; todos los ciudadanos son sus comitentes; el representante lo es inmediatamente de su colegio electoral, y mediatamente de la nación entera." Así trazaba Sieyès los rasgos del mandato, y ésta es la aparente verdad consagrada por la teoría y por el uso. Pero la realidad del mandato hay que buscarla, o en el colegio electoral, que no tiene personalidad jurídica, o en la nación, que, fuera de ese colegio, permanece desentendida y ajena a la operación electoral y a la representación, que es su consecuencia.

En segundo lugar, con arreglo a los principios que rigen el mandato ordinario, es de esencia en éste el ser siempre revocable a voluntad del mandante, hasta en el caso de que haya sido concertado con se-

ñalamiento de plazo. En el mandato representativo los electores no pueden revocar a su diputado antes de la expiración normal del plazo de la legislatura, ni siquiera en razón de las faltas o abusos que pudieran serle imputados.

En tercer lugar, el mandatario, en el mandato civil, es responsable respecto de sus comitentes en cuanto a la manera empleada para cumplir el cometido que se le confió, y tiene la obligación de rendir ante el mandante cuentas de su gestión. Nada semejante hay en el contrato político: ni el diputado rinde cuenta de sus discursos y de sus votos, ni nadie tiene el derecho de exigírsela.

Por último, en el mandato ordinario, el mandatario no tiene ni puede ejercer otros poderes que los que el mandante expresamente le haya conferido. Tanto si el mandato es general como si es singular para determinado negocio, el mandante puede dictar al mandatario sus instrucciones; el mandatario está obligado a atenerse a ellas, y queda ligado por los términos contractuales estrictos en que el mandato haya sido otorgado. Toda contravención vicia de nulidad los actos realizados por el mandatario, ya que el mandante no puede quedar comprometido como consecuencia de actos que él no haya autorizado. En el mandato político, lo inverso es la regla: ni los electores dan instrucciones a sus representantes, ni trazan a éstos línea de conducta a la cual se vean forzados a ajustarse, ni les comunican, al elegir, programa alguno que contenga normas precisas y obligatorias. El mandato imperativo está excluido como im-

practicable y como contrario a la naturaleza misma de la representación política, en la inmensa mayoría de los países que tienen en vigor el sistema. Por otra parte, el mandato imperativo, lógico dentro del criterio de la soberanía popular y del gobierno semidirecto que es su consecuencia, es incompatible con la representación unitaria nacional que al diputado se atribuye.

Miremos ahora la cuestión desde otro diferente punto de vista. El diputado—dice con acierto Carré de Malberg—no cumple un mandato que le encadena, sino que ejerce una función libre; no expresa la voluntad de sus electores, sino que decide por sí mismo y bajo su propia apreciación. No habla ni vota en nombre de sus electores, sino que forma su opinión y emite su sufragio según su conciencia y su criterio personal. La verdad—añade—es que entre la idea de representación, en el sentido que tiene esta palabra en Derecho público, y la idea del mandato, existe una incompatibilidad absoluta, que excluye entre ellas toda especie de aproximación. La palabra representación es una palabra desgraciada, incorrecta e inexacta, de cuyo uso es necesario abstenerse (49).

Pero si el lazo jurídico entre el diputado y el elector no es el mandato ni existe entre ellos vínculo de representación, ¿dónde hallar el título jurídico sobre el que deben descansar la función y las atribucio-

(49) V. CARRÉ DE MALBERG, ob. cit., páginas 214 y siguientes del tomo II.

nes de los Parlamentos? Los que, como Hauriou, reconociendo que en el vínculo jurídico del diputado con el elector *no hay representación verdadera*, hablan de la existencia de un *mandato especial*, disimulan en realidad la cuestión en vez de resolverla (50). La especialidad del mandato electivo y de la representación política estriba pura y simplemente en que no hay tal mandato ni existe tal representación; no en otra casa. Al diputado no se le puede llamar representante de sus electores, más que en el sentido de representación legal: como se llama al tutor respecto de sus pupilos y al padre respecto de sus hijos. No falta exactitud a la frase de Saleilles, según la cual la característica principal del régimen representativo es que no hay en él ninguna representación.

La teoría del mandato responde, dentro de la doctrina y del sistema democráticos, a una verdadera necesidad: buscar, mediante una transmisión o varias transmisiones, el poder, allí donde se estima que está su último origen. Pero la equivocación en el punto de partida y en el camino es notoria. No se puede salir, en realidad, de esta disyuntiva: si la elección es transmisión indirecta y mediata de poderes de la nación a los representantes, ¿cuál es el acto directo e inmediato por virtud del cual la nación delega previamente tal poder en los electores? Si son los electores y no la nación los depositarios del poder, o se llega como conclusión al gobierno directo o a la necesidad ineludible de que los diputados sean comisarios y no re-

(50) V. HAURIOU, ob. cit., páginas 667 y siguientes.

presentantes de sus electores y de que ejerzan un cometido no independiente y libre como actualmente es, sino delegado y sujeto a instrucciones previas y a necesarias y posteriores aprobaciones de quienes los eligieron.

Inútil parece buscar una solución satisfactoria en el terreno jurídico al problema planteado, si no se prescinde de mezclar con la elección el supuesto de la transmisión o transporte de poderes. El error fundamental estriba en querer hacer de la elección cosa distinta de lo que son los demás modos de designación previstos por las Constituciones o por las leyes y a diario utilizados en el desarrollo de la vida del Estado. Cualquier ejemplo bastará para demostrarlo. La elección del Presidente de la República con arreglo a las leyes constitucionales francesas de 1875 y con sujeción también a la nueva Constitución española, realízala las Cámaras, a las cuales se incorporan alguna vez estos o aquellos elementos. Las Cámaras hacen la designación, pero es indudable que no transmiten al Presidente los poderes que va a ejercer ni el título jurídico para ejercerlo. Nadie da lo que no tiene, y las Cámaras no podrían ceder al Presidente las funciones propias del Poder ejecutivo o del moderador, dado que ellas no lo poseen. El Poder ejecutivo en unos países, el Poder moderador en otros, en algún caso las Cámaras, designan todos o algunos de los miembros del Poder judicial. No le transmiten el poder jurisdiccional de castigar ni el de decidir entre lo tuyo y lo mío, porque tampoco lo poseen. ¿Cuál es el título originario de donde en uno

y otro caso arrancan los poderes del Presidente o los del Juez? De la Constitución que el Estado se ha dado como regla fundamental de organización.

En la elección ocurre un fenómeno jurídico semejante. Lejos de ser los electores quienes prestan con su concurso legitimidad y validez a los actos legislativos del Estado, son los actos legislativos del Estado el origen único del derecho del elector y de la función que por disposición de la ley se ve obligado a cumplir. Pásase así de una concepción inorgánica y anticorporativa a una idea orgánica y corporativa de la función legislativa, como de las demás del Estado. La elección es sólo un procedimiento de designación y el Parlamento no es la representación de la nación: es el organismo del Estado al que la Constitución confía el encargo de expresar la voluntad de la nación para la elaboración de las leyes.

Queda así la cuestión colocada y, a mi entender, con acierto, dentro del terreno al que la lleva la teoría alemana del órgano, más clara y desde luego más jurídica que la teoría francesa del mandato. Para los autores de la escuela alemana que, a partir de Gerber, han imaginado el Estado como una persona moral y han hecho de él un sujeto de derecho, no hay otro titular originario de la soberanía que el Estado mismo, que vale tanto como decir la nación jurídicamente organizada.

Y esa concepción del Estado tiene su natural complemento en la teoría del órgano, expuesta por Gierke y magistralmente desarrollada por Preuss, por Jellinek, por Laband y por tantos otros. Entre repre-

sentante y órgano hay una esencial diferencia. El representante obra, quiere y habla en nombre de una persona moral o individual; pero real y viva, distinta de él, liga su propia voluntad a la voluntad expresa del representado; debe actuar conforme a sus deseos. Lo propio del órgano, en cambio, es querer, obrar y hablar en nombre de una colectividad unificada y abstracta que, si prescindiera de él, no sabría hablar, obrar ni querer. La existencia del órgano no presupone la existencia anterior de una personalidad y de una voluntad; es el órgano el que engendra y hace nacer esta voluntad y esta personalidad. El órgano, en fin, a diferencia del representante, expresa la voluntad presunta de la persona colectiva con plena libertad de decisión, pero sujeto a la preocupación preferente del interés y de los fines de aquélla y ligado por las limitaciones que le impongan las reglas de su competencia estatutaria.

Cuando hay órgano—dice con acierto Michoud—es la persona jurídica quien obra; un órgano no es alguna cosa distinta de ella; es una parte de ella misma de la cual se sirve como la persona física se sirve de la boca o de la mano. Cuando un Alcalde da en nombre del Ayuntamiento poder a un Procurador para comparecer ante los Tribunales, el Procurador es un representante; el Alcalde es un órgano (51).

La teoría del órgano se acomoda mucho mé-

(51) MICHOD: *La theorie de la personnalité morale*. París, 1906, tomo I, página 132.

jor que la del mandato a la verdadera naturaleza del lazo jurídico denominado hasta aquí representación política. Investidos de su papel legislativo, los diputados que forman el Parlamento no son los representantes de la voluntad de la nación; son más bien los creadores, los autores directos de esa voluntad. El sistema llamado representativo no es, en realidad, como nota con acierto Carré de Malberg, un régimen de *representación*, sino de *organización* del Poder y de la voluntad nacionales (52).

Políticamente, la teoría del órgano produce, en orden a la concepción de los problemas del Estado, trascendentales consecuencias. A mi entender, la doctrina que hace de la elección un problema de organización y no de representación, tiene a su favor estas tres fundamentales ventajas: es igualitaria, es destructora del privilegio y permite asentar los poderes de legislar sobre una base sólida.

Es, en primer término, igualitaria, porque da a todos los órganos encargados de expresar la voluntad del Estado, categoría idéntica dentro del sistema que las leyes constitucionales hayan establecido. No carece de importancia este aspecto de la cuestión. Los países más enamorados de la concepción democrática retrocedieron siempre ante el peligro de extender a todos los poderes del Estado el régimen electivo. En la doctrina de Rousseau la dificultad quedaba salvada, porque no se reconocía la existencia más que de un solo Poder: el legislativo, del cual era el

(52) V. CARRÉ DE MALBERG, ob. cit., tomo II, página 217.

ejecutivo un simple comisario sin funciones propias. Pero la democracia moderna quiere hacer compatible la soberanía popular con la división de poderes. Si, realmente, con arreglo a la doctrina democrática, en el pueblo radican todos los poderes y sólo por delegación suya pueden ejercerse, ¿qué papel es, dentro del mecanismo constitucional, el del Rey o Presidente y el de los titulares del Poder judicial o del ejecutivo? Todos deben representar al pueblo o a la nación y a ninguno de ellos han conferido la nación ni el pueblo ningún encargo expreso. Todos ocupan sus magistraturas o por herencia o por designaciones de otros órganos. La absorción de todos los poderes por el legislativo, es así, en la democracia, una necesidad lógica ineludible. Sólo, en efecto, el Poder legislativo tiene puros orígenes; sólo él está investido auténticamente de la representación popular; él debe prevalecer sobre los otros y avocar a sí, cuando lo considere oportuno, toda competencia y toda suprema decisión. El panorama cambia cuando se parte para edificar la constitución de la teoría del órgano. Los órganos unipersonales o colegiados encargados de expresar la voluntad de la nación, de servir su interés y de obrar en nombre suyo, deben su calidad y su función a un mismo título jurídico: la regla consignada en la Constitución por que se rige la total vida de la personalidad unitaria del Estado. Su procedimiento de designación no es puro ni impuro por sus orígenes; es el que, en razón al carácter de la función y al preferente interés nacional, se ha marcado por el Estatuto en cada caso.

Por tal razón, la teoría de la organización es, en consecuencia, destructora de privilegios. Los representantes, con arreglo a ella, no constituyen en el Estado una casta aparte, ni son superiores jerárquicos de Ministros o Jueces, ni seres privilegiados a los que se deba amparar con declaraciones de irresponsabilidad y con especiales inmunidades que les coloquen en situación de excepción respecto del resto de sus conciudadanos. Kelsen, que es convencido demócrata, reconoce que "si en el curso de su larga existencia, el parlamentarismo no ha conquistado las simpatías de las masas ni las de los espíritus cultivados, no han sido los abusos que resultan del privilegio de la inmunidad, los menores responsables" (53).

La teoría orgánica permite asentar la función legislativa y su modo de ejercicio sobre un cimiento sólido. La ley no es la voluntad del pueblo. ¿Quién osará hoy afirmarlo? ¿Y quién se atreverá a negar, dada la creciente dificultad y complejidad de las medidas legislativas, que ellas deben ser el fruto de aptitudes técnicas muy especializadas y de reflexiones y trabajos muy intensos y muy hondos?

La elección no es, como ya pensó Montesquieu, más que un modo de designación, escogido para seleccionar aristocráticamente el personal legislador; para reclutar una *élite* desconocida; para sacar a luz la escogida porción que la mayoría guarda en su seno. La relación que ella establece entre el elector y el elegido no es de representación ni de dominación, sino

(53) V. KELSEN, ob. cit., página 52.

de confianza, de acatamiento, de dejación, es decir, la propia, como quiere Hauriou, del cuasi contrato de gestión de negocios ajenos, en el que alguien de buena fe se anticipa a obrar en beneficio de otro y éste consiente implícitamente en la gestión a reserva de ratificarla tácita o expresamente en su día.

No falta a Houriou razón cuando, inspirándose en Dicey al descomponer el contenido total de la soberanía en diferentes formas, halla que una de ellas es la sujeción, en la que encuentran su expresión mejor las necesidades y los deseos de la colectividad. La soberanía de sujeción de que Hauriou habla—la misma a la que Mella llamaba, con visión muy clara, *soberanía social*—es el diálogo constante que se entabla entre el gobierno y el espíritu público en la vida política diaria; la exteriorización de la confianza política; es decir, de la adhesión implícita y continua, sin la cual no puede haber normalidad en el mecanismo constitucional, ni en el ejercicio de las funciones del gobierno (54).

Si esto acontece en cuanto al elector, en cuanto al elegido, la teoría orgánica no es menos fructífera en beneficiosas consecuencias. De que el conjunto de los Diputados constituya un órgano del Estado y no una representación de los electores, se deducen desde el punto de vista de la limitación jurídica de sus poderes, dos fundamentales consecuencias: 1.^a, que por ser un órgano, aunque sea un órgano de creación, está el legislativo tan sujeto a Estatuto, tan reducido a

(54) V. HAURIOU, ob. cit., página 641.

una determinada competencia y tan imposibilitado de hacer endoso de su función, como otro cualquiera del Estado. No es que ejerza por delegación todo el poder popular, omnímodo y absoluto, sino sólo aquella parcela, sin duda, considerable, del poder que la Constitución haya creído deber adjudicarle, y 2.^a, que una extralimitación de facultades o un abuso o usurpación de poderes, son tan reprimibles como en sus análogos en el órgano legislador. Los recursos contra las leyes por razón de inconstitucionalidad, que carecen en la teoría del mandato de toda justificación, la tienen en la teoría orgánica satisfactoria y muy cumplida, mostrándose una vez más como sólo oponiendo diques a la corriente invasora de lo inorgánico y de lo caótico, pueden establecerse para el Poder límites legales y edificarse sobre sólidas bases el Estado de Derecho.

VI

LA GARANTÍA JURÍDICA DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES

Dije antes, y ahora repito, que no participo de la idea de quienes afirman que el fin supremo de toda asociación política es, pura y simplemente, asegurar la libertad. No me propongo ahora contradecir esa tesis que, a mi juicio, reviste el defecto de ser incompleta y de dibujar sólo parcialmente el cuadro de los fines esenciales atribuidos al Estado. Aun afirmando que el cometido principal es—como quiere Hauriou—organizar el orden haciendo prevalecer el organizado sobre el inorgánico, no desconozco la importancia que reviste el problema de la garantía de los derechos individuales y estoy conforme con que constituye uno de los aspectos más interesantes en el complejo de relaciones entre el ciudadano y la institución política. No se trata ahora de un problema sustantivo, sino de un problema adjetivo: conformes todos en la tesis del amparo que es necesario prestar al derecho individual, se han seguido para obtenerlo dos diferentes caminos. “El mecanismo sabio y

complicado del régimen parlamentario—dice Duguit—no tiene otro fin que proteger al individuo contra la omnipotencia del Estado, y es todavía el mejor sistema que se ha hallado para alcanzar ese fin, conciliándolo con una buena gestión de los negocios públicos. Pero en el Derecho moderno se ha introducido un principio que es esencialmente protector del individuo contra las invasiones del Poder: se califica ese principio de principio de legalidad” (55). Detengámonos un momento en la contemplación de esos diferentes caminos y de la dirección que respectivamente señalan para el logro del común resultado a que aspiran.

El mecanismo *sabio y complicado* del régimen parlamentario utilizó para la salvaguardia del derecho individual la conocida y fácil ruta de las Declaraciones de Derechos. Cuando se recuerda que en la discusión de la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano del 18 al 27 de agosto de 1789, intervinieron cincuenta y cuatro oradores; que la enumeración de los tales derechos se hizo en 17 artículos, y que en el preámbulo que a la Declaración precede se afirmaba que “la ignorancia, el olvido y el menosprecio de los derechos del hombre eran las solas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los Gobiernos”, se advierte en seguida cuál era la naturaleza del remedio que al mal de la inseguridad de los derechos se proponían aplicar ingenua

(55) DUGUIT: *Traité du Droit Constitutionnel*. París, 1923. Tomo III, página 551.

y cándidamente los legisladores de la Constituyente.

El remedio no era otro que estampar sobre el papel unas cuantas fórmulas generales y abstractas, destinadas, más que a regir imperativamente como un precepto vivo, a ser recitadas como un cálido y apasionado credo y a ser difundidas y vulgarizadas como un catecismo de la libertad para que con su espontáneo poder suasorio y la eficacia sentimental del contagio emotivo, despertaran las conciencias dormidas y, haciendo a los opresores temblar, les invitaran al arrepentimiento y a la enmienda. "Grabando en bronce las Declaraciones de Derechos—decía Target—es como debemos hacer cesar los vicios de nuestros Gobiernos y preservar de ellos a la posteridad." Nadie hubo de preocuparse del cumplimiento: quedó él encomendado, según afirmaba en uno de sus artículos la Constitución francesa de 1791, "a la vigilancia de los padres de familia, de los esposos y de las madres, al afecto de los buenos ciudadanos y al valor de todos los franceses".

Un siglo entero ha perdurado, sin embargo, el sistema, enriquecido y ampliado ahora por las Constituciones más recientes al Derecho social, origen nuevo de declamatorias e inflamadas apelaciones a la educación moral, al espíritu cívico, a la solidaridad universal, al sentimiento patriótico, a la felicidad de las naciones, a las funciones sociales de la propiedad, a las excelencias del trabajo...

Sólo una cosa quedaba y queda omitida y olvidada: la garantía, puesta al alcance del ciudadano, de lo que en las páginas del texto constitucional no

es más que una promesa, pródiga como todas las promesas en el momento alegre de formularse y como todas las promesas avara, en el instante crítico de las realizaciones.

No cabe, sin embargo, dudar de que el propósito de la Revolución fué respetar el carácter ilegislable de los derechos individuales y atribuir a las Declaraciones de Derechos, como leyes positivas y obligatorias, superiores a las ordinarias, el alcance de restringir y limitar los poderes del legislador. El párrafo 3.º del artículo 1.º de la Constitución de 1791 decía expresamente: "El Poder legislativo no podrá hacer ninguna ley que contradiga o ponga obstáculo al ejercicio de los derechos naturales y civiles garantizados por la Constitución" (56).

Pero el sistema democrático no podía, si había de ser lógico, persistir en la dirección que señalaba la Constitución de 1791. Cualquiera que sea el juicio que se forme sobre el influjo mayor o menor que en la Declaración de Derechos ejerciera el pensamiento de Rousseau—asunto que fué a fines del pasado siglo objeto de una polémica inolvidable entre Jellinek y Boutmy, y del que no creo oportuno hablar ahora con mayor extensión (57)—, no puede menos de reconocerse que nada hay tan antitético con la

(56) V. DUGUIT et MONNIER: *Les Constitutions de la France*. París, 1908, página VIII.

(57) V. JELLINEK: *Las Declaraciones de los Derechos del Hombre y del ciudadano*. Traducción española de A. Posada. Madrid, 1908. La tesis de Jellinek es, como se sabe, que la Declaración no guarda conexión con el pensamiento de Rousseau, y está, en cambio, calcada sobre la Declaración de Virginia de 1776.

doctrina del contrato social como la afirmación en el individuo de derechos ilegislables y su colocación en categoría superior a la voluntad y a las declaraciones del legislador. ¿No había dicho Rousseau que “no puede imponerse el soberano leyes superiores a su poder, y que por él no puedan ser modificadas o anuladas”? ¿No había aseverado “que no había ni podía haber ningún género de ley fundamental obligatoria para este cuerpo del pueblo”? (58)

Todo el esfuerzo que durante una centuria entera se ha dedicado a la defensa de los derechos individuales ha consistido en estas tres cosas: encomendar su custodia a la fiscalización parlamentaria; reservar al mismo tiempo a los Parlamentos el derecho omnímodo de infringirlos cuando a bien lo tuvieran y de absolver al Poder ejecutivo de las infracciones que él a su vez realizara. Tomadas estas dos prudentes precauciones, definir los derechos individuales en las Constituciones de una manera desmesurada, con extensión y alcance desproporcionados y sólo disculpables por el propósito inveterado de Parlamentos y Gobiernos de no hacer de tales definiciones caso alguno.

Se ha llegado en ese punto a hipocresía tal en los textos, que los artículos constitucionales se redactan a sabiendas de que lo rotundo y categórico del precepto tendrá su contrapeso en la posibilidad fácil y cómoda de la infracción. Quienes declaran, por ejemplo, en una Constitución que se garantiza bajo to-

(58) V. ROUSSEAU, ob. cit., página 29.

das sus formas la inviolabilidad de la correspondencia, de sobra saben que la correspondencia será bajo todas sus formas violada por el Gobierno que necesite hacerlo, y que no faltará Parlamento que otorgue al Poder ejecutivo un *bill de indemnidad* por pecado constitucional tan leve.

El sistema se ha llevado a la perfección por la Constitución alemana de 1919. Antes de esa fecha, Alemania no tenía Declaración de Derechos incorporada a su Constitución, y a Jellinek le parecía esa excepción digna de notarse, por lo mismo que contrastaba con el respeto escrupuloso que a tales derechos, por regla general, se guardaba durante la época imperial. Desde 1919, es decir, desde que se ha formulado una declaración que ocupa muchos artículos y no pocas páginas, Alemania ha logrado el espléndido resultado de suprimir casi a perpetuidad los mismos derechos reconocidos con reiteración y encarecimiento conmovedores en su ley fundamental.

El procedimiento para ello es obvio. A cada artículo constitucional en que se define de la manera más absoluta un derecho, acompaña la reserva de que sólo por ley podrán establecerse excepciones. Y las excepciones de las leyes han sido tales y tan continuada la vigencia del artículo 48, que autoriza al Presidente para suspender por sí mismo en todo o en parte los derechos fundamentales de los ciudadanos, que, en realidad, es el ya citado artículo 48 la única ley constitucional aplicable en una República libertada de la opresión imperial y sumida en el bienestar democrático desde 1919.

No; no son las definiciones y su mayor o menor amplitud lo que importa. Con que llamemos a los derechos individuales libertades necesarias, como Thiers, o derechos absolutos, como Blackstone, o facultades naturales e imprescriptibles de la persona humana, como la Declaración francesa de 1791, o libertades cuadrangulares, como en Bélgica; con que los definamos en términos cerrados, taxativos y rigurosos, sin parar mientes ni en los sacrificios a que obliga la mayor complejidad de la vida moderna, ni en el cercenamiento inevitable que la autonomía individual sufre por la mayor intervención del Estado, ni en el menosprecio en que va cayendo la prerrogativa ciudadana por virtud de las doctrinas objetivistas, como las de Duguit o las de Kelsen, que no ven en los derechos subjetivos verdaderos derechos, sino nuevas situaciones jurídicas de disfrute engendradas por la regla objetiva, a ningún resultado práctico se llegará mientras haya posibilidad de que autores de Derecho público tan respetables como Hauriou o como Esmein se planteen seriamente este problema: las Declaraciones de Derechos, ¿se imponen jurídicamente al legislador o se le imponen tan sólo moralmente? (59). Las Declaraciones no tienen, en efecto, otro valor que el de un buen consejo o el de una recomendación afectuosa y paternal. Esmein, que se formulaba a sí mismo la pregunta de si existía alguna garantía para el derecho individual reconocido, se veía obli-

(59) V. HAURIOU, ob. cit., página 507, y ESMEIN, ob. cit., tomo I, página 562.

gado a contestar: "En los países de constitución flexible y de Poder judicial subordinado al ejecutivo, *ninguna*." El propio Esmein, en efecto, reconoce que en Francia, una ley que suprimiera un derecho garantido por la Constitución no sería, por eso, nula; tendría fuerza de obligar, y el Poder judicial no podría rehusar su aplicación (60).

El camino parlamentario no es, pues, el buen camino para llegar a la salvaguardia del derecho individual. El principio de legalidad, recta y austeramente observado, puede conseguir resultados indudablemente más beneficiosos.

Al hablar del principio de legalidad, no necesito, para darle fuerza, llamarlo de *juridicidad*, con palabra que ahora está de moda, porque no soy partidario del empleo de neologismos cuando se dispone, para expresar idéntica idea, de vocablos de sentido muy claro y ya consagrados por la tradición y por el uso (61).

(60) ESMEIN, ob. cit., página 563.

(61) El primero que ha usado en estos últimos años de la palabra *juridicidad* ha sido Kelsen, y véase cómo define su significación en las frases que a continuación transcribo: "Lo que se postula como legalidad de la ejecución, representa sólo un caso especial del principio de conformidad con la norma, que se puede designar también como *juridicidad*"; y añade: "Es un principio lógico jurídico que el obligado o facultado a la ejecución, está autorizado para examinar la norma que ha de ejecutar y *para decidir sobre su juridicidad, es decir, que puede no ejecutarla en el caso de ser contraria al Derecho*." V. KELSEN: *Teoría general del Estado*, página 116. Como se ve, *juridicidad* quiere decir para Kelsen conformidad a la norma o conformidad al Derecho. Pero legalidad, según el Diccionario de la Academia Española, es "la calidad de legal", y legal, "lo prescrito por la ley y conforme a ella". No hay, pues, entre *legalidad* y *juri-*

No hay, en realidad, para otorgar efectividad a la prerrogativa individual frente a su desconocimiento por los Gobiernos, más que un solo medio: el recurso judicial. Hamilton exponía con claridad en *El Federalista* los motivos que habían impulsado a los autores de la Constitución americana a establecer el recurso por inconstitucionalidad de leyes en estos precisos términos: "Cuando la voluntad de la Legislatura, expresada en sus leyes, está en oposición con la expresada en la Constitución, es la última y no la primera la que los jueces deben obedecer" (62). Por su parte, Jefferson, en una de sus cartas a Madison, alegaba como razón para justificar las Declaraciones de Derechos "el freno legal que una Declaración de este género coloca entre las manos del Poder judicial". Y es de advertir que en los Estados Unidos la Declaración de Derechos se promulgó con dos años de posterioridad a la Constitución, y, por consiguiente, que los autores de *El Federalista* pensaron como en cosa necesaria en los recursos y no en la Declaración, cuando se preocuparon del problema.

Los recursos utilizables están, si no con una gran perfección técnica, al menos con excelente intención, definidos en los artículos 101 y 121 de la vigente Constitución de la República española (63).

dicidad la menor diferencia. El vocablo *juridicidad* tiene sólo apariencias sibilinas que permiten interpretarlo a gusto y realizar con su claro sentido, escamoteos de la más elegante desenvoltura.

(62) V. *Le Federaliste*, carta número LXXVIII (Hamilton), página 649.

(63) El artículo 101 confunde de un modo deplorable la potestad reglada con la potestad reglamentaria. De la lectura no se ob-

Un compañero nuestro, el señor Crehuet, honra y prez de esta Academia y de la Magistratura española, comentando los artículos 101 y 121, que hacen referencia a tres recursos de naturaleza en realidad muy diversa y a los que nada aproxima entre sí: el de inconstitucionalidad de leyes, el de abuso de poder y el de amparo, se muestra partidario de que sean los tres sustraídos a la competencia judicial (64). No participo de ese criterio. Comprendo bien que caiga bajo la competencia de un Tribunal especial el recurso por inconstitucionalidad de leyes, aunque es bien notorio que en los Estados Unidos ha nacido y vive como materia propia de la competencia de los Tribunales judiciales. El recurso por inconstitucionalidad, que ha permitido entronizar en el sistema gubernamental de la República norteamericana lo que llama Burgess "la mejor de las aristocracias conocidas, la aristocracia de la toga" (65), nació de la atribución reconocida por la costumbre a los jueces de examinar los estatutos de las asambleas coloniales, al efecto de decidir sobre su conformidad o disconformidad con los poderes conferidos en las cartas expedidas por la Corona británica.

Que esta facultad es judicial y derivada lógicamente del párrafo 2.º del artículo 6.º de la Constitu-

tiene muy buena impresión respecto a la competencia jurídico-administrativa de los que redactaron ese artículo.

(64) CREHUET: *La garantía del artículo 101 de la Constitución* Madrid, 1932, página 6.

(65) BURGESS: *Ciencia política y Derecho constitucional comparado*. Traducción española de *La España Moderna*, tomo II, página 410.

ción federal, según el cual esta ley fundamental es la suprema del país, debiendo respetarla los jueces, no obstante cualquier disposición de las leyes federales o de las de cada Estado. "El Tribunal—dice Alfredo Nerínez—se limita, con motivo de un litigio suscitado ante él por las partes, a declarar que una disposición legislativa es inconciliable con otra que le es superior en la jerarquía de las leyes. Se trata, pues, de una misión judicial" (66).

Cosa muy semejante afirma Gaston Jèze en estas palabras: "El juez debe aplicar la ley más fuerte y dar de lado la menos fuerte. La ley constitucional es más fuerte que la ordinaria" (67).

Como se ve, en estas palabras de Jèze, escritas en 1912, aparece ya esbozada la teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico, plenamente desenvuelta en los trabajos del gran teórico de la justicia constitucional austríaca, el profesor de Viena, hoy de Colonia, Hans Kelsen. "Al proclamar—dice Kelsen—la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la libertad de opinión, la de conciencia, la inviolabilidad de la propiedad, bajo la forma habitual de garantía a los súbditos de un derecho subjetivo a la igualdad, a la libertad, a la propiedad, etc., la Constitución dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberán ser elaboradas del modo que ella prescribe, sino que no podrán contener ninguna disposición que

(66) ALFREDO NERÍNEZ: *L'organisation judiciaire aux Etats Unis*. París, 1909, página 41.

(67) GASTON JÈZE: *L'inconstitutionnalité des lois en Roumanie*. *Revue du Droit Public*, 1912, páginas 138 y siguientes.

ataque a la igualdad, a la libertad, a la propiedad, etcétera. La inconstitucionalidad puede, por tanto, ser material o de fondo tanto como formal o de procedimiento" (68).

Que esa facultad representa una limitación impuesta al Parlamento en el ejercicio de sus atribuciones legislativas, y que esa limitación apenas parece comprensible dentro de la lógica de un sistema democrático, no hay necesidad de demostrarlo. Dicey llega a comparar desde ese punto de vista los poderes del Congreso federal de los Estados Unidos con los de una Compañía de ferrocarriles, ya que aquél, como ésta, pudiendo dictar leyes obligatorias para todos, sólo puede obrar dentro de los límites de su poder legal (69).

El recurso es así un modo de regular los conflictos de leyes por gradación jerárquica semejante a la establecida en el artículo 6.º de nuestro Código civil. De la misma manera que el principio general de Derecho cede el paso a la costumbre, y la costumbre a la ley, la ley cederá el paso al Estatuto constitucional. Pero el ejercicio de tal facultad presupone el abandono de la convicción de la omnipotencia parlamentaria, porque, admitido el régimen nuevo, no será ya soberano el Parlamento, sino que será soberano el Estatuto.

Del recurso por abuso de poder cabe decir cosa análoga. Más modesto en sus formas, como concre-

(68) V. Kelsen: *La garantie juridictionnelle de la Constitution. Revue du Droit Public*, 1928, página 263.

(69) V. Dicey, ob. cit., página 138.

tado al ejercicio de la jurisdicción de nulidad frente a resoluciones del Poder ejecutivo que contengan exceso del poder por incompetencia, violación de formas, desviación del poder o violación de la ley o de derechos adquiridos, el recurso por abuso de poder puede servir también, de manera más o menos directa, de garantía para el derecho individual, aunque implique sólo, en realidad—como dijo ya Laferriere y reitera Hauriou (70)—, una vía de nulidad objetiva aseguradora de la buena administración y no protectora de los derechos de los administrados.

En cuanto al juicio de amparo, a pesar de su naturaleza de juicio político, parece incomprensible, dado su carácter de urgente, su especial contextura y la imposibilidad de incoarlo sin instancia de parte perjudicada, que haya sido encomendado por la Constitución a Tribunales de los que Dicey llamaba Tribunales *soi-disant* (71), incompetentes para resolver problemas de estricto Derecho y más inaptos aún por su composición para dar al agravio producido inmediata satisfacción. En Méjico, donde nació—por cierto a la sombra de recuerdos y enseñanzas de los viejos Fueros Aragoneses—el juicio de amparo, y donde las contiendas de este género se cuentan

(70) V. LAFERRIÈRE: *Traité de la juridiction administrative*, tomo II, página 411. V. también HAURIOU: *Precis de Droit Administratif*, París, 1911, página 429.

(71) V. DICEY, ob. cit., página 293. El juicio de Dicey envuelve injusticia si se aplica, como él lo hace, al Consejo de Estado francés, Tribunal, no *soi-disant*, sino de cuerpo entero, realizador de una ingente labor, a la que ya he rendido más de una vez el tributo de mi admiración y mi aplauso.

anualmente por millares, la facultad para resolverlas es judicial y abarca desde los Tribunales superiores hasta el último juez de paz (72).

El principio de legalidad, de que antes os he hablado, requiere una condición de ineludible y, sin embargo, imposible cumplimiento en un régimen democrático. Duguit la dibuja y en términos tan claros que no resisto a la tentación de reproducir textualmente sus palabras: "Para que el principio de legalidad pueda producir sus efectos, es necesario admitir un segundo principio que lo completa y que es indispensable, porque, si no es respetado, el principio de legalidad queda reducido a la nada. En todo país civilizado, viviendo bajo un régimen de Derecho, es necesario que haya jurisdicciones fuertemente organizadas, compuestas de hombres competentes y absolutamente independientes del poder político; es necesario que las resoluciones adoptadas por esas jurisdicciones sean reconocidas, imponiéndose igualmente al respeto de gobernantes y gobernados; es necesario que todos los órganos públicos, desde el Parlamento hasta el más modesto de los Municipios, desde el Jefe del Estado hasta el más humilde de los agentes, se inclinen ante ella" (73).

Pero el sistema democrático, a cuya entraña va incorporado el germen de lo absoluto de la soberanía popular, jamás admitirá de corazón, no ya la in-

(72) V. la interesante conferencia dada en esta Academia por don RODOLFO REYES: "El juicio de amparo de garantías en el Derecho constitucional mejicano. Madrid, 1916, páginas 16 y siguientes.

(73) V. DUGUIT, ob. cit., tomo III, página 553.

dependencia, sino ni siquiera la existencia de un Poder judicial. De mejor grado admitiría la independencia del Poder ejecutivo, ya que dispone al fin de recursos y de fuerza, o la existencia de un Poder militar, ya que dispone de las armas, o la de un Poder sindical, ya que dispone de las masas. Pero el reconocimiento de la independencia de la potestad *presque nulle* de que hablaba Montesquieu, de un Poder que no dispone de fuerza, ni de recursos, ni de armas, ni siquiera de masas, es ideal para la presente generación quizá inaccesible.

Y, sin embargo, el problema está vivo y en pie: no hay orden ni libertad sin Derecho; pero tampoco hay Derecho sin jueces.

Suponed el caso de un país imaginario, regido por instituciones democráticas, y en el que no haya para el derecho individual otra garantía que la literaria de una Declaración de Derechos. Convenid conmigo en que, a despecho de las fórmulas aparatosas y solemnes, cautivo del Gobierno el Poder judicial, inexistentes los recursos, la situación del ciudadano será bien precaria.

Desamparado de la ley, el ciudadano se refugiará, para consolarse, en la lectura de la Constitución. Sabrá por ella que no son fundamento de privilegio jurídico las creencias religiosas, pero advertirá que en la realidad de la vida a la Religión se la persigue y al religioso se le expulsa o se le impide enseñar y hasta ocupar cargos públicos. Leerá que los hechos punibles sólo pueden castigarse por virtud de leyes anteriores a su perpetración, y verá cómo expresamente

se hacen leyes para castigar determinados hechos punibles. Se enterará de que nadie puede ser detenido ni preso sino por causa de delito y que todo detenido será entregado dentro de horas a la Autoridad judicial, y advertirá cómo por meses y meses se prolongan las prisiones gubernativas sin juicio. Se informará de que el domicilio es inviolable y que nadie puede entrar en él sin mandamiento judicial, y observará cómo a diario la Policía realiza sin auto judicial registros minuciosos en los domicilios privados. Se cerciorará de que su correspondencia es inviolable y de que sus cartas son abiertas y leídas en las oficinas de Correos. Recreará sus ojos y su alma con la noticia de que no podrá decretarse la suspensión de ningún periódico sino por sentencia firme, y se dará cuenta de que por orden gubernativa y sin sentencia firme los periódicos quedan suspendidos meses y meses. Sabrá que los nacionales pueden asociarse y reunirse libremente y advertirá que la propaganda de tales o cuales ideas está prohibida y determinados centros temporal o perpetuamente cerrados. Sabrá que la inamovilidad de los funcionarios judiciales y gubernativos está garantizada por las leyes, y se dará cuenta de que a los funcionarios judiciales y gubernativos se les despiden de sus cargos a docenas sin formación de expediente. Leerá que no se puede deportar a los ciudadanos ni desterrarlos sino a determinada instancia, y observará cómo se realizan a centenares, fuera de las condiciones de la Constitución, deportaciones, confinamientos y destierros. Creerá que su propiedad está garantida y prohibida la confiscación, y se convencerá de su

error cuando sepa que se realizan sin indemnización expropiaciones en abundancia.

Dudará, sin dar crédito a sus ojos, de si él es un ciudadano libre o un esclavo de quien manda. Pero ¿qué remedio legal hallará para su mal? La Declaración de 1789 siquiera le daba uno: la resistencia a la opresión. No es ése mi remedio, por lo mismo que creo, como Pierre de Luz, que “le genie de la subversion n'est pas à la droite” (74).

El ciudadano, paciente y resignado, se contentará con repetir otra frase solemne de la Declaración de los Derechos del Hombre: “País en que los derechos individuales no están asegurados, no tiene Constitución”, porque los gobernantes se sirven entonces de ella como las gentes de conducta dudosa se sirven de los guantes para impedir que queden impresas sobre los objetos que palpan sus huellas dactilares.

(74) PIERRE DE LUZ: *Henri V*. París, 1932, página 184.

VII

LA AUTOLIMITACIÓN DEL PODER

No sería completo el estudio emprendido, de las relaciones entre la idea democrática y la evolución hacia el Estado de derecho, si no dedicara breves palabras al examen de un problema todavía hoy discutido con encarnizamiento por los más insignes autores: el de la autolimitación del poder.

Por autolimitación, entiendo—para valerme de la expresión exacta y precisa de Ihering—“la subordinación del Poder del Estado a la ley creada por él”. Hay quien niega que tal subordinación tenga ningún género de valor. Puesto que es sólo el Estado quien puede establecer y formular el Derecho; puesto que es él quien dispone de la fuerza, su subordinación a la ley, aun a la creada por él, es una subordinación voluntaria, y una subordinación voluntaria no puede decirse que sea una verdadera subordinación. Tal es el punto de vista de Duguit (75).

El problema que se plantea es el total del Estado

(75) V. DUGUIT, ob. cit., tomo I, página 489.

de derecho, porque el sistema del Estado de derecho, o, como dicen los juristas alemanes, del *Rechtsstaat*, implica que el Estado no puede obrar respecto de los súbditos ni exigirles cosa alguna que atañe al cumplimiento de sus obligaciones para con él, más que en conformidad a una regla preexistente. El Estado de derecho presupone, pues, una autolimitación, ya que tales reglas preestablecidas es el Estado mismo quien las ha creado; él, quien viene obligado a cumplirlas, y él también quien puede infringirlas o derogarlas.

Insistiendo sobre el tema de la autolimitación en un artículo publicado en 1919 en la *Revue du Droit public*, asevera Duguit que el inventor de la teoría no fué Jellinek, que la perfeccionó y completó, sino Ihering, uno de los jurisconsultos más penetrantes de la Alemania de la segunda mitad del siglo XIX. Me permito discrepar de la opinión de Duguit: la doctrina de la autolimitación del poder está clara, y, a mi entender, muy acertadamente expuesta en Vitoria primero y en Suárez después.

Vitoria, en la reelección de la potestad civil, no afronta con la extensión y la profundidad que Suárez el problema de la obligación que tiene el legislador de observar sus propias leyes; pero le dedica, con su acostumbrada sobriedad, algunas oportunas reflexiones, que revelan un acabado conocimiento del asunto. ¿Obligan, se pregunta Vitoria, las leyes a los legisladores, mayormente a los Reyes? La contestación se divide en dos partes. En la primera, asevera Vitoria que "injuria a la República el legislador si, siendo él

parte de la República, no lleva parte en la carga, según su persona, cualidad y dignidad". En la segunda, se incluye para justificar la afirmativa un nuevo argumento. "La misma obligación tienen las leyes dadas por el Rey que si fueran dadas por la República toda. Luego también, si son dadas por el Rey, obligan al mismo Rey" (76).

Después de la contestación dada en esa forma categórica a la pregunta, añade Vitoria a modo de corolario la afirmación de que el derecho de gentes "no sólo tiene fuerza de pacto y acuerdo entre los hombres, sino que la tiene de ley". Por eso es el mundo "como una universal República, y no le es lícito a un reino querer no estar sujeto al derecho de gentes". Vitoria, pues, no sólo afirma la necesidad de la autolimitación, sino que sobre ella y no sobre el espontáneo consentimiento de las personalidades nacionales obligadas, edifica el Derecho internacional.

Suárez consagra al examen del problema de la autolimitación un largo capítulo, el último del libro III de su tratado de las leyes. El tema general del capítulo es éste: "Si el legislador es obligado por sus leyes". Suárez no sólo examina y procura resolver la cuestión; puede decirse que la agota. Parte Suárez para su análisis, lo mismo que Vitoria, del carácter universal de la ley: "La ley de la comunidad, dice, obliga a toda la comunidad". Por esa razón, ya ale-

(76) VITORIA: *Reelecciones teológicas*. Traducción de Torrubiano. Madrid, 1917, tomo III, página 30.

gada por Vitoria, la ley obliga también al legislador como parte que es de la comunidad.

Pero la mayor originalidad de Suárez consiste en haberse planteado el mismo problema que hoy preocupa a los más esclarecidos autores de Derecho, y los divide fundamentalmente en el modo de dar solución al problema de la autolimitación. ¿Nace, se pregunta Suárez, la obligación del legislador, de la ley o de algún principio extrínseco? La respuesta es clara y concluyente. "El legislador es obligado a guardar la ley por la misma ley y por su propia virtud y eficacia. Su pecado es el mismo que el de los súbditos que pecan contra ellas." No por haber derivado la obligación de la misma ley, niega Suárez la existencia para fundamentar la obligación de observarla, de un principio extrínseco. Ese principio no puede ser el pacto; "es Dios mismo dispensador de toda potestad". "Dios quiso, en efecto, que el legislador no tenga potestad para dar leyes, sino con la obligación universal de ellas, por la cual comprenda a toda la República, en cuanto consta de cuerpo y cabeza" (77).

Para comprender todo el enorme valor de la doctrina de Suárez, debe sólo comparársela con dos teorías de la soberanía, expuestas, la una, un siglo antes, en 1579: es la de Juan Bodín; la otra, un siglo después, en 1761: es la de Rousseau. Las dos coinciden, aunque domicilien la soberanía en lugares y personas distintas, en que el Poder no se concibe sino li-

(77) V. SUÁREZ: *Tratado de las leyes y de Dios legislador*. Traducción de Torrubiano. Madrid, 1918. Capítulo XXXV, libro III, tomo III, página 489.

bre de toda restricción. Al poder *affranchi de toute loi* es a lo que se llama soberanía, dice Bodin. "Es opuesto a la naturaleza del cuerpo político que el legislador se imponga una ley superior a su poder", afirma Rousseau. Quedan así enlazados los dos extremos de la cadena del gobierno arbitrario. Rousseau es un epígono de Bodin. Pero Ihering es, a su vez, un epígono de Suárez. Concebido por Ihering el Estado como la suma y el compendio del poder coactivo, que toma el egoísmo y la violencia a su servicio, la organización de ese poder es para el Estado la única razón de existir. Pero la organización del poder coactivo se descompone en dos tareas diversas: la primera, establecer el mecanismo externo de ese poder; la segunda, la disciplina de su acción. La forma de realización del primer elemento es el poder; la forma de realización del segundo es el Derecho. El Derecho tiene necesidad del poder, porque la justicia sin la fuerza sería impotente; el poder tiene necesidad del Derecho, porque la fuerza sin la justicia, sería tiránica. Por el hecho de ejercer el Estado el monopolio de la coacción, no hay otra regla de Derecho que la que dicta el Estado; de ahí que el Estado se someta al Derecho que él mismo crea, y así aparece el fenómeno de la autolimitación como expresión de la fuerza de la ley sinaglamáticamente obligatoria, en forma de sumisión del poder del Estado a la ley hecha por él.

Hasta aquí, se puede decir que Ihering no hace más que registrar y describir un hecho; la dificultad surge cuando se trata de determinar cuál es el motivo de que el Estado obre así y tome y ejerza un verda-

dero imperio sobre sí mismo. Para Ihering, el motivo no es otro que el egoísmo: lo que el insigne autor llama la política bien entendida de la fuerza. Donde el Poder observa el Derecho creado por él, la institución política adquiere verdadera autoridad; el patrimonio nacional; el comercio y la industria se desenvuelven; la fuerza intelectual conquista plenitud de formas; reinan el orden y la paz (78).

El defecto capital de la doctrina de Ihering está en la ausencia de ella de todo fondo ético. Al aseverar que no hay otra regla de Derecho que la que el Estado sanciona; que el Estado está subordinado al Derecho por razón de someterse a él voluntariamente y que la sumisión se realiza sólo por egoísmo, porque el Estado ve en esta sumisión una buena y bien entendida política, queda el Derecho público edificado sobre bases bien frágiles.

Todavía queda más de relieve la inseguridad y la falta de fijeza de la doctrina, cuando Ihering hace en ella la suprema y fundamental reserva de que existiendo "el Derecho para la sociedad y no la sociedad para el Derecho", si excepcionalmente hubiera que hacer eliminación de uno de los dos factores, el legislador y el gobernante estarían, no autorizados, sino obligados a sacrificar el Derecho para conservar la sociedad.

Idéntico reproche que a Ihering puede hacerse, aunque en menor grado, a Jellinek, que ha comple-

(78) V. DUGUIT: *La doctrine allemande de l'autolimitation. Revue du Droit Public*, 1919, página 161.

tado y desenvuelto la doctrina de la autolimitación. Jellinek, que se separa de Ihering en el punto de partida fundamental de no estimar el Estado como el único dispensador de la coacción, creyendo que para prestar eficacia a la regla jurídica el poder material puede ser sustituido por otras garantías, formula el problema de la autolimitación en términos claros y precisos. ¿Cómo?—se pregunta—. ¿Lo que aparece como Derecho para el simple particular, se convertiría en un no Derecho, en una verdadera nada jurídica al tratarse del Estado? “Tal concepción—responde Jellinek—no podría ser realizada más que en una teocracia; un Dios solo o un monarca venerado al modo de Dios, puede exteriorizar las decisiones de su voluntad insondable y siempre verdadera como normas de acción obligatorias para todos, salvo para él mismo.”

Jellinek niega que las reglas de autolimitación sean obligatorias sólo para los órganos y no para el Estado mismo. Manteniéndose estrictamente fiel a la teoría orgánica, con arreglo a la cual el individuo humano, que obra en nombre de una persona colectiva, no tiene como tal órgano existencia distinta de la persona en cuyo nombre obra, de la misma manera que los sentidos no tienen existencia propia distinta de la de la persona individual. Jellinek llega a conclusión análoga a la de Ihering, asegurando que es la inviolabilidad del orden jurídico y la confianza que hace nacer en el espíritu de los particulares y el auxilio que presta a la confianza social y al desenvolvimiento de la cultura, la base principal en que des-

cansa el principio de la autolimitación, si bien tratando de buscar como complementario un motivo sociopsicológico para la subordinación del Estado al Derecho, lo halla en la convicción, profundamente arraigada en la conciencia de los hombres de una época dada, de que tal o cual disposición o decisión existen y son obligatorias como reglas de Derecho (79).

Pero la autolimitación del Poder público, cimentada sólo, ora en la política del interés bien entendido, como quiere Ihering, ora en la convicción de la inviolabilidad permanente del orden jurídico, como asevera Jellinek, es indudable que presta al Derecho público fundamentos muy poco sólidos.

Y, sin embargo, tales observaciones no autorizan para pensar que el principio de autolimitación haya de desecharse, por inútil o por pueril o por defecto de insuficiencia en su construcción jurídica.

Para convencerse de ello, basta hacer notar la actitud ilógica y contradictoria en que se colocan los autores objetivistas, que rechazan como inadmisibile todo criterio de autolimitación. Duguit, que considera la autolimitación como un contrasentido y llega a afirmar que no es más que "una pura broma", no es tampoco partidario de que el poder del Estado carezca de toda limitación jurídica. El ve esa posible limitación, no en decisiones sin valor ni alcance coactivos, del Estado mismo, sino en la espontánea reacción de la colectividad ante la violación de lo que él

(79) V. JELLINEK: *L'Etat moderne et son Droit*. Traducción francesa de Georges Tardis. París, 1913, página 549.

llama la norma social, fundada en la solidaridad y anterior y superior al Derecho producido por el Estado. Siempre podrán hacerse, con razón a esta actitud de Duguit, dos fundamentales reparos. El primero es que, aun reconocido como cierto el hecho de la interdependencia social, no se justifican jurídica y positivamente las obligaciones que son consecuencia de ella: cómo, en una palabra, el simple hecho se convierte en necesidad de derecho. En este punto, la argumentación de Gèny contra Duguit me ha parecido siempre incontestable (80).

Por otra parte, al desechar Duguit la autolimitación y establecer como única limitación jurídica del poder del Estado la movediza y cambiante de la reacción individual contra la violación de la norma de solidaridad, ¿no se sustituye un factor definido, coherente, reflexivo y preciso, por algo inorgánico, indefinido e imposible de precisar? ¿No queda entonces todavía más insegura y frágil la base sobre que descansa el Derecho público?

Idéntica objeción puede hacerse a Kelsen, también enemigo de la autolimitación, fenómeno que él compara, por su complejidad y oscuridad, al misterio de la Encarnación, y que pretende resolver con una identificación inadmisible de los conceptos de Derecho y Estado. Pero acontece con Kelsen cosa semejante a la ya conocida y observada respecto de Kant, cuando se le hacía notar que todos los grandes prin-

(80) V. GÈNY: *Science et technique en Droit privé positif*. París, 1921. Tomo II, página 262.

cipios derribados y suprimidos en la *Crítica de la razón pura* reaparecían llenos de vida y de vigor en la *Crítica de la razón práctica*. Derribada y suprimida también por Kelsen, en la unidad de los conceptos de Estado y Derecho, la autolimitación, bien pronto reaparece para convertirse en base de un sistema, con arreglo al cual el Derecho y el Estado “regulan su propia producción”, y establece “órdenes normativos”, cimentados en jerarquías estrechamente ligadas por una subordinación de las unas a las otras; de las normas sucesivas de producción y ejecución, a la norma fundamental, matriz de todas ellas, y todo ello con el objeto de que se resuelva, con “el problema fundamental de la regularidad”, “el de la conformidad del Derecho al Derecho” (81). ¿Se concibe que se pueda ni siquiera pensar en el establecimiento de tal encadenamiento jerárquico de normas, si no hay órganos que previamente lo fijen, autolimitándose y dictando para sí mismos reglas obligatorias?

En realidad, el defecto capital de todos los sistemas de autolimitación es el mismo de los que pretenden alejarse de ella: el prejuicio de querer prescindir, para hallar el último fundamento del Derecho y del Poder, de nociones éticas, metafísicas y abstractas.

No incurría en tales pretericiones ni olvidos Suárez cuando, al tratar de buscar el principio extrínse-

(81) V. KELSEN: *Compendio esquemático de una Teoría general del Estado*. Traducción de Recasens Siches, página 54. Véase también, del mismo autor, *La garantie juridictionnelle de la Constitution* en la *Revue de Droit Public*, 1928, página 138.

co de la autolimitación, por otra parte suficientemente justificada en el carácter universal e inexcluyente de la ley, hallaba en Dios mismo el último fundamento de las obligaciones del legislador, fundamento a la vez objetivo y subjetivo; objetivo, porque dimana de la ley natural; subjetivo, porque cada hombre lleva grabada esa ley en su conciencia.

Los que, como Michoud (82), como Le Fur (83), como el propio Carré de Malberg (84), han aportado al debate del problema de la autolimitación, el olvidado y sin embargo primordial elemento del Derecho natural, han prestado, volviendo los ojos a la doctrina de Suárez, un gran servicio y han proporcionado datos decisivos para el esclarecimiento del problema. "No se sabría negar—dice Carré de Malberg—la existencia de ciertas reglas de justicia, ni tampoco la de ciertas leyes que gobiernan las sociedades humanas, reglas y leyes que son superiores a la voluntad del Estado. El hecho mismo de que el Estado no puede prescindir del Derecho, bastaría a probar que el Estado está subordinado a leyes divinas y naturales, que no tiene el poder de eludir." Ahí está, en esas leyes divinas y naturales, el origen último de la autolimitación, que no bastarían a justificar ni el interés bien entendido del Estado, ni la inviolabilidad permanente del orden jurídico, ya que ni el uno ni la otra son, en definitiva, más que reflejos de un

(82) V. MICHOD, ob. cit., tomo II, páginas 57 y siguientes.

(83) LE FUR: *L'Etat fédéral*, página 438.

(84) V. CARRÉ DE MALBERG, ob. cit., tomo I, páginas 235 y siguientes.

orden preestablecido y que se impone por elevadas razones éticas antes que por razones secundarias de orden positivo.

Hauriou, cuya amplitud de visión, profundidad de entendimiento y originalidad de concepciones son proverbiales, ha hecho, a propósito de la teoría de la autolimitación, una distinción, en el fondo exacta, pero ocasionada, sin embargo, a producir peligrosas consecuencias. Me refiero a la diferenciación que es base de toda la construcción jurídica de este autor entre la autolimitación subjetiva y la objetiva.

Hauriou parte de la idea de que la afirmación de la personalidad jurídica del Estado, base de toda la doctrina del Estado de derecho, no es producción repentina y espontánea, sino obra gradual y progresiva, como toda transición de lo inorgánico a lo organizado, y al fin, llega a exponer la tesis de que, lejos de ser resultado el Derecho del Estado, lo es el Estado del Derecho, en una labor lenta de infiltración en la dominación de hecho, de la personalidad corporativa formada trabajosamente, con el designio final de colocar en el pináculo de la organización un sujeto capaz de derechos y obligaciones, apto para el ejercicio del poder y limitable jurídicamente en sus iniciativas. A la autolimitación subjetiva, es decir, a la que se impone la misma persona del Estado, como un producto espontáneo de su voluntad interna, imposible de intervenir, le concede el autor escaso valor, hasta el punto de afirmar que debe ser objeto de menosprecio. En cambio, a la autolimitación objetiva, resultado de la or-

ganización del poder político por hechos extraños que influyan en las manifestaciones de la voluntad corporativa del Estado, con el objeto de conseguir una moderación del poder, separar y delimitar constitucionalmente sus órganos y someter, en definitiva, el Estado al Derecho positivo, le reconoce Hauriou el valor más alto, estimando que es la más fructuosa en consecuencias. El Derecho ideal está indudablemente por encima del Estado y es notoriamente exterior a él, mientras el Derecho positivo, en tanto que constituye una fuerza viva, es interior al Estado y no constituye más que un aspecto de las diferentes manifestaciones de su soberanía (85).

Donde veo el peligro de esa distinción es en la creencia de Hauriou de que, a sólo lo que él llama la soberanía jurídica, y de ningún modo a la que denomina política, es aplicable la autolimitación objetiva. Llégase así como resultado a sustraer a toda sujeción al Derecho positivo y a todo control jurisdiccional, de la llamada soberanía gubernamental o política, que queda encomendada a la dirección, más nominal que efectiva, del Derecho ideal.

Precisamente por ser la Soberanía política la más creadora, la que está en las cimas, la que establece las reglas fundamentales de organización de las que son las otras desenvolvimiento y consecuencia, es la de más delicado ejercicio y la que debe estar, por su índole, más estrechamente vigilada y cohibida por la intervención jurisdiccional.

(85) V. HAURIOU: *Principes du Droit public*, página 33.

Los sistemas democráticos han propendido siempre a afirmar ese género de soberanía, radicante en el pueblo o en los Parlamentos, con la ilimitación y la plenitud de dominación más incondicionales y absolutas. Lo contrario afirma la doctrina del Estado de Derecho que no puede admitir sino la sumisión a reglas preexistentes de todos los aspectos y de todo el contenido de la organización, sin dibujar, ni arriba ni abajo, ni en la base ni en la cima, ni siquiera con el pretexto de la vecindad al fundo popular, cotos de autocracia, privilegiados y exentos.

VIII

TRADICIÓN NACIONAL. DEBER CIUDADANO Y ESPÍRITU DEMOCRÁTICO

Quien me haya hecho la merced de seguir con atención los razonamientos antes expuestos, acaso pensará que soy desmedido en mis juicios y que combato contra un enemigo, ya vencido, al que ha reemplazado sobre el lugar del combate otro, ataviado de modo diverso y dispuesto para la pelea con diferentes armas. La ideología de Rousseau—se dirá—no es la de la democracia contemporánea, que abomina de sus supuestos dogmas y repugna las consecuencias de ellos. Mas yo digo con entera sinceridad y con plena rectitud de intención que busco y no hallo cuáles pueden ser, si no son los de Rousseau, los principios fundamentales del credo democrático. En forma de tópicos, cien veces repetidos, siguen ellos inspirando los más populares programas políticos y sirviéndoles de fuente principal, casi exclusiva, de conocimiento. Bajo su égida amparadora, sigue brotando un torrente de literatura rebelde, impregnada de servil amor a la soberanía del pueblo; aduladora de sus

más bajos instintos, y de sus latentes envidias para toda superioridad; plena de añoranzas de la vida libre de la Naturaleza; despreciadora de todo lo genuino y nacional; destructora de todas las creencias y de todos los lazos sociales, fuertemente anudados por los siglos; evocadora de la razón contra la tradición y de las luces contra la ignorancia. Protegidas por un léxico siempre igual, por su tono, por su contenido y por su triste eficacia, las revoluciones ganosas, con siempre creciente afán de realizaciones más completas del ideal democrático, se suceden y se parecen siempre.

Una propaganda durante la cual se promete todo lo que se pide y a la cual sigue un mando en el que no se cumple nada de lo que se promete; un estrépito de voces que sucesivamente cantan himnos o claman airadas; primero, delirios gozosos; luego, trágicos delirios; unas cuantas vidas que se siegan; enormes riquezas que se destruyen, y a la sombra de bellas palabras e inflamados discursos, rotación en los honores; viejas aristocracias que se hunden para ser sustituidas por aristocracias nacientes; transportes de propiedad desde los bolsillos no siempre repletos de los que poseían a los vírgenes bolsillos de los que anhelaban poseer, y cambios sólo accidentales en la dominación, que el pueblo está predestinado a sufrir siempre y a no ejercer jamás.

La democracia — dice Kelsen — es sencillamente una forma, un método de creación del orden social. en el cual no pueden darse ya valores absolutos. La adopción de una forma o de un método político no

resuelve, es verdad, de ningún modo el problema evidentemente mucho más importante del contenido del orden social (86). Pero, en cambio, puede ser la incorporación a la vida de una filosofía relativista. A la igualación en la política del valor del voto de todos, corresponde una igualación en el respeto para las opiniones de todos, es decir, una política de compromisos, de equilibrios, de neutralidad, de transacción, de agnosticismo, de suspensión del juicio, de tolerancia, de cortesía me atrevería a decir, si no fuera tomando esta voz sabor cada día más pronunciadamente aristocrático.

Pero la democracia relativista no es costumbre que sea cosa parecida a eso. La afirmación de la relatividad de todos los valores no suele ser más que la máscara que oculta el desamor a los ajenos y el anhelo inconfesable del prevalecimiento de los propios. La relatividad, cuando dice neutralidad, por ejemplo, no proclama la imparcial y austera equidistancia entre las confesiones religiosas, sino la elevación del descreimiento al rango de intolerante religión civil; cuando dice libertad, no cuida de asegurar la ajena, sino de agigantar la propia hasta convertirla en opresión; cuando dice igualdad, no quiere elevar a los menesterosos hasta la cima de los privilegiados, sino que hace descender a los privilegiados al valle humilde de los menesterosos.

En el curso de la Historia, la tradición nacional

(86) V. Kelsen: *La démocratie, la nature, sa valeur*, página 113.

es una relatividad, como almacén que es de cosas contradictorias; de glorias y de vergüenzas; de ilusiones y de desalientos; de grandeza y de decadencia; de generosidades y de miserias del vivir humano... Frente a lo absoluto de las fórmulas, sobre el gobierno, extraídas de los libros por los pensadores, la auténtica de cada país es una aproximación a lo que Aristóteles y Santo Tomás llamaron gobiernos mixtos. Y alrededor de ella va cada pueblo haciendo la lenta elaboración de su fisonomía propia y de su propio derecho. Los gobiernos no son en la Historia exclusivamente monárquicos o republicanos, aristocráticos o democráticos, libres o despóticos, sino alternativa o sucesivamente todo eso, como conviene a la situación, al momento histórico, al genio nacional. De los Estados Unidos, la primera organización política que se atrevió a afirmar bajo la forma republicana el principio capital de la unidad de mando, ¿no ha dicho Summer Maine que era una Monarquía que se disfrazaba bajo la forma de una República? De idéntico modo, la Monarquía histórica de España albergaba en su seno, hasta el siglo XVIII, principios de organización bien opuestos: republicana en su base de libertad municipal, era monárquica sólo en su cima. De muchos regímenes modernos podría aseverarse también que republicanos sólo en la cima, son absolutistas en su base de Municipios esclavizados y de ciudadanos desposeídos de sus derechos más caros por el sectarismo y la centralización jacobinos.

El Estado de Derecho deberá contar, como fac-

tor esencial, con el auténtico sentir nacional, porque las naciones son, no meros agregados de partes, sino cuerpos vivos y fundaciones a perpetuidad. “En esta fundación—decía Taine—, a la que todos los nacionales han aportado su ofrenda, la intención de los innumerables bienhechores no es dudosa. Han donado bajo la condición de que la fundación quedaría intacta y de que cada usufructuario sucesivo no sería más que administrador. Si uno de estos usufructuarios, por presunción y ligereza, por precipitación o parcialidad, compromete el depósito que le ha sido entregado, daña a sus antecesores, de los cuales frustra los sacrificios, y a sus sucesores, de los cuales defrauda las esperanzas” (87).

La democracia, cautiva del gobierno de hecho de los hombres de hoy, no es capaz de organizar la defensa, cada día más necesaria, de la nación, contra las ligerezas, contra la precipitación, contra el egoísmo de los nacionales. No se equivocaban en eso los autores de *El Federalista* cuando, al proponer para la República de los Estados Unidos la institución de un Senado, la razonaban afirmando que el sentimiento nacional es la piedra angular del edificio constitucional y que “un Cuerpo numeroso e inestable no lo poseerá jamás en suficiente grado”, y sí, en cambio, “una asamblea bastante duradera para que el orgullo y la situación de sus miembros queden ligados a la reputación y a la prosperidad de la nación” (88).

(87) V. TAINE, ob. cit., tomo I, página 222.

(88) V. *Le Federaliste*, ob. cit., página 522.

No quiero dejar de citar acerca de esto un olvidado precedente

En el Estado de Derecho, la ciudadanía tomará un nuevo aspecto: no puede ser un derecho, cimentado sobre la base del electorado, sino un deber, emanado del sentimiento patriótico y cumplido por cada cual desde el puesto que ocupe y al que le llamen sus aptitudes y su competencia. De la misma manera que la democracia no es la demofilia ni siquiera la demopelia, tampoco ejerce el monopolio de la ciudadanía. La ciudadanía es sólo patriotismo civil, contrapuesto al marcial de las canciones y de los himnos y al hiperestésico que vocea, manotea y se agita exaltado en los días solemnes y en las horas de aflicción, pero endosa diariamente a los demás la carga que le incumbe.

Tampoco debe confundirse con una organización democrática la existencia, cada vez más necesaria y más útil, de un espíritu democrático fundado sobre la debida y creciente incorporación de los nacionales

español, el proyecto de Constitución de 1929, en cuya elaboración tuve una parte de la que no me arrepiento. Véase lo que dice de ella el profesor alemán Carlos Schmitt: "En el proyecto de Constitución española publicado en julio de 1929 por el Gobierno dictatorial se instituía un Consejo del Reino, como: instrumento del Poder armónico; garantía de la independencia judicial; moderador de la Cámara legislativa; salvaguardia de la Constitución frente al Gobierno y a las Cortes; posible órgano de soberanía en circunstancias culminantes; clave y ornamento de todo el organismo político al cual presta estabilidad y decoro. Tratábase de un interesante ensayo de asociar al Rey (cuya misión esencial era, según el artículo 43, la función moderadora) con la autoridad políticamente neutral de un Consejo de Estado y de la Corona. En las Constituyentes españolas anteriores (1812, 1837, 1845, 1869, 1876) no se emplean todavía los mencionados giros." (Carl Schmitt: *La defensa de la Constitución*, traducción española de Manuel Sánchez Sarto. Barcelona, 1931. *La teoría política del Poder neutral*, página 165.)

a la vida de la nación. Keyserling, en su libro sobre Norteamérica, hace notar que, siendo los Estados Unidos el pueblo más refractario al socialismo, es seguramente el país en que predomina el espíritu social sobre todos los otros móviles de la vida (89). De la misma manera que el socialismo se ha aliado al menos social de todos los sistemas sociales, la democracia vive vinculada al menos democrático de todos los sistemas democráticos.

Alguien calificará mis conclusiones imputándolas a la labor de un espíritu reaccionario. Me avengo, sin dificultad, a serlo. La vida es empuje alternativo de reacciones prudentes y de acciones descompasadas. Cuando el médico contempla al enfermo postrado y agonizante—exclamaba por los días de 1868 Monescillo—, no dice al mal: “¡Avanza! ¡Avanza!”, sino “¡Ya vendrá la reacción! ¡Ya vendrá la reacción!” Luchemos todos por que el día en que inevitablemente sobrevenga, no sea una nueva represalia, sino amplia vida jurídica que, impregnada del sentido nacional y alentada por el espíritu cristiano, impulse a los pueblos a su bien y abra una era nueva de fraternidad y de paz.

He dicho.

(89) V. KEYSERLING: *Norteamérica libertada*. Traducción española de Baeza. Madrid, 1931, página 228.

ÍNDICE

PÁGS.

LA IDEA DEMOCRÁTICA Y LA EVOLUCIÓN HACIA EL ESTADO DE DERECHO:

I.—El gobierno arbitrario y el gobierno legal.....	7
II.—Las dos tendencias del llamado régimen constitu- cional	17
III.—Democracia y autocracia.....	31
IV.—Soberanía popular y soberanía nacional.....	43
V.—La teoría del mandato representativo y la teoría del órgano jurídico.....	55
VI.—La garantía jurídica de los derechos individuales.	71
VII.—La autolimitación del Poder.....	89
VIII.—Tradición nacional. Deber ciudadano y espí- ritu democrático.....	103