
Eduardo Luis
Llorens y Clariana

LA IGUALDAD
ANTE LA LEY

EL ESTADO
Y SUS ÓRGANOS

Edición e introducción de Sebastián Martín

ATHENAICA

EDICIONES UNIVERSITARIAS
EDIÇÕES UNIVERSITÁRIAS

CLÁSICOS E INÉDITOS DEL DERECHO PÚBLICO ESPAÑOL

Directores del Consejo:

Sebastián Martín Martín

Universidad de Sevilla

Víctor Vázquez Alonso

Universidad de Sevilla

Consejo editorial:

Federico Fernández Crehuet

Universidad de Granada

Eloy García

Universidad Complutense de Madrid

Luis Gordillo

Universidad de Deusto

Augusto Martín de la Vega

Universidad de Salamanca

Carlos Petit

Universidad de Huelva

M^a Julia Solla Sastre

Universidad Autónoma de Madrid

Jesús Vallejo Fernández de la Reguera

Universidad de Sevilla

Índice

LEY, JUSTICIA Y DEMOCRACIA EN EDUARDO L. LLORENS	6
1. Un jurista weimarés en Murcia.	6
2. Esbozo de una teoría de la integración	13
3. De jueces y leyes	17
4. La legitimidad política del liberalismo	26
5. Nota sobre los textos	35

LA IGUALDAD ANTE LA LEY

PRÓLOGO	37
I EL PRINCIPIO POLÍTICO DE IGUALDAD	39
El individuo en el Estado	39
Libertad e igualdad.	44
Declaraciones de Derechos.	48
Terminología teológico-política.	51
La igualdad en las Constituciones modernas	55
Liberalismo y democracia.	58
Ciudadanos y extranjeros.	61
La ley	65
La igualdad y la ley	68
Concepto de la igualdad política	72
La igualdad en el Derecho penal.	75
La igualdad en el Derecho tributario	80
Transcendencia política del discernimiento de la igualdad.	84
II EFICACIA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD	92
Francia	92
Categoría política de las Declaraciones de Derechos	92
Obstáculos a la garantía judicial de los derechos individuales	96

Identidad de los órganos constituyente y legislativo	99
Imputación del origen de las normas políticas	100
Posición de los funcionarios judiciales.	102
Diferenciación entre «política» y «justicia»	104
Contraste judicial de la observancia de los principios fundamentales	111
Inconvenientes posibles del contraste judicial	116
Inglaterra	119
La situación hasta fines del siglo XVII; doctrina de Locke;	
límites de la competencia legislativa	119
Norteamérica	124
Origen del contraste judicial de las decisiones legislativas;	
los derechos individuales	124
La igualdad en la Constitución.	130
Jurisprudencia en materias tributarias	136
Suiza	146
Interpretación judicial del principio constitucional de igualdad;	
garantía contra decisiones cantonales	146
Austria	150
El principio constitucional de igualdad y el contraste judicial	
de su observancia	150
Alemania	154
Posibilidad de garantía judicial del principio de igualdad en la	
Constitución de 1919; doctrina y jurisprudencia	154
Italia	160
Confusión de competencias; categoría política de los derechos	
individuales	160
Australia, Canadá, Irlanda	161
Consecuencias del enunciado de principios generales en la	
Constitución cuando se instituye el contraste judicial de la	
constitucionalidad de las leyes	161
Relaciones interestatales	166
La igualdad en la jurisprudencia; sus requisitos y consecuencias;	
proyectos y tratados; los Derechos Internacionales del Hombre	166
España	171
La Constitución y el principio de igualdad.	171
Garantía judicial del principio de igualdad;	
competencia del Tribunal de Garantías Constitucionales	182
ABREVIATURAS BIBLIOGRÁFICAS	197

EL ESTADO Y SUS ÓRGANOS

EL ESTADO Y SUS ÓRGANOS	200
REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA	247

Ley, justicia y democracia en Eduardo L. Llorens

1. Un jurista weimarés en Murcia

En abril de 1932, Llorens viajó a España para asistir a la primera *Semana de Historia del Derecho español* celebrada en Madrid desde el día 25 bajo la presidencia de Claudio Sánchez Albornoz. Venía de Friburgo, donde precisamente había impartido, en la facultad de derecho y como *Privatdozent*, un cursillo sobre «Elementos de Historia del Derecho Español» durante el semestre de invierno de 1931/32. Es probable que asistiese al congreso madrileño a sugerencia de su maestro Heinrich Finke, muy vinculado al Centro de Estudios Históricos y hospitalario orientador científico de los numerosos historiadores del derecho que, recién doctorados o en ciernes de obtener el grado, acudían a la *Albert-Ludwig Universität* en busca de su magisterio. Lo seguro es que, en aquellas fechas, con cuarenta y cinco años, Llorens tenía ya puesta la mirada en la universidad española para lograr asentarse en ella, tras más de dos décadas trabajando de lector, periodista y analista internacional entre Hamburgo y Friburgo.

La excusa de su asistencia al encuentro de historiadores del derecho bien pudo darla la participación en el mismo del profesor friburgués Claudius Freiherr von Schwerin, que trató en él de la *Relaciones entre las Fórmulas Visigóticas y las Fórmulas Andecavenses*. También acudió al mismo el constitucionalista Konrad Beyerle, muy apreciado por Llorens, precisamente por defender la continuidad sustancial entre las viejas libertades medievales y los modernos derechos individuales, tesis que propugnó en la propia Asamblea Constituyente de Weimar, de la que fue miembro, derivando los derechos fundamentales, no de la revolución francesa o

norteamericana, ni siquiera del *common law*, sino de la historia política de Aragón. Pero, aparte de su desempeño como corresponsal de los ponentes alemanes de historia jurídica, Llorens pudo en aquella ocasión reforzar sus contactos con otros profesores españoles, procedentes de otra disciplina, la del derecho político. Allí se cruzó, en efecto, con Fernando de los Ríos, también constitucionalista y entonces ministro, con Adolfo Posada, el patriarca, recién jubilado, de la asignatura, y con Nicolás Pérez Serrano, discípulo de Posada, profesor en la Universidad Central, director de la recién fundada *Revista de Derecho público* e impulsor de un proyecto de revitalización de la disciplina, centrado, entre otros aspectos, en la incorporación de un profesorado distinguido por su competencia doctrinal, sus conocimientos de derecho constitucional comparado y su pericia para la construcción dogmática y técnico-jurídica en el contexto del nuevo Estado traído por la República.

Llorens no era entonces un desconocido para el público español de especialistas en derecho. Desde 1928, había sido colaborador puntual de la muy difundida *Revista de Derecho privado*, donde enviaba reseñas de obras alemanas y en cuyas páginas publicó estudios solventes sobre el poder judicial en Alemania y la organización del notariado en los países angloamericanos. También Pérez Serrano contribuía asiduamente a dicha publicación, por lo que su firma debía resultarle bien conocida. No es de extrañar que estuviesen en contacto con anterioridad a su visita a España en el mes de abril de 1932, y que Pérez Serrano ya hubiese informado a Llorens sobre sus planes de renovación de la asignatura, abriéndole un horizonte de posibilidad profesional que este comenzaría a aprovechar preparando una monografía sobre una de las cuestiones centrales del Estado republicano, el régimen autonómico, que ya tenía avanzada para el mes de febrero de ese año. Lo demuestra el hecho de que ya hubiese firmado, en el mes de enero de ese año, las oposiciones que acabaría ganando y para las que necesitaba presentar una monografía sobre la disciplina que aspiraba a impartir. Comoquiera que sea, lo cierto es que, conocidos o no con anterioridad, tras ese encuentro de abril de 1932 comienzan a darse pruebas de estrecha colaboración entre ambos juristas.

En esa misma primavera, ve la luz en el fascículo correspondiente de la *Revista de Derecho público* dirigida por Pérez Serrano la primera parte de un artículo de Llorens sobre la «crisis constitucional en Alemania». A su regreso a Friburgo, ofertó en el semestre de verano de 1932 un curso sobre la «Estructura económica de España» y, para el siguiente periodo lectivo, ofreció otro sobre «Elementos del Derecho político español». Para prepararse los materiales de este cursillo solicitó a la Junta de Relaciones Culturales, dependiente del Ministerio de Estado, una pensión con la que sufragar una nueva visita a España. A mediados de octubre vino a consultar el Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes y la doctrina producida en torno a la Constitución republicana, pero hubo de marcharse, por motivos de salud, apenas tres semanas después, aunque su permiso no expiraba hasta Navidad. Curiosamente, en ese mismo mes de octubre se verificó la oposición a la cátedra de derecho político de la Universidad de Madrid, que ganaría, mercedamente y sin rival, Nicolás Pérez Serrano. En su ejercicio de cátedra, fechado en ese propio mes, el profesor de la Central citaba, todavía en su versión inédita, la monografía de Llorens, que titulaba incorrectamente *La autonomía y su importancia en el Derecho público* y le servía para invocar un ejemplo de constitucionalista español contrario a la doctrina clásica, monista de la soberanía. Se encontraba, pues, al tanto de los avances realizados por su colega de Friburgo.

Esta serie de contactos y colaboraciones era coherente. Se produjo en un contexto de preparación por parte de Llorens de las oposiciones a la cátedra de derecho político, vacante en la Universidad de Murcia, convocadas, como se ha dicho, a primeros de 1932. El 8 de junio de ese año se publicaba la lista final de aspirantes, donde, junto a Llorens, figuraban Sabino Álvarez Gendín, Francisco Ayala, Epifanio Lorda, Francisco Félix Montiel y José Viani Caballero. Celebradas finalmente durante el mes de marzo de 1933, solo se presentó Viani, que no fue digno contrincante de Llorens. El tribunal que juzgó los ejercicios, nombrado desde mayo del año anterior, estaba presidido por Adolfo Posada, tenía como secretario al propio Pérez Serrano y como vocales a Carlos Ruiz del Castillo, Nicolás Rodríguez Aniceto y Carlos Sanz Cid. La competencia profesional de Llorens, su solidez doctri-

nal, su considerable trayectoria como jurista, sumado a su pertenencia ya en aquellas fechas al círculo de constitucionalistas de la Central, en cuya órbita de influencia caían profesores como Sanz Cid, explica que ganase la cátedra de Murcia sin mayor complicación. Ni siquiera la hubo porque Ruiz del Castillo, constitucionalista católico independiente de la constelación krausista y liberal que predominaba en la disciplina, mostrase rechazo ante el desconocido candidato que resultó ganador, pues en el desarrollo de los ejercicios el catedrático de la Universidad de Santiago tuvo oportunidad de apreciar las afinidades electivas que conectaban su concepción conservadora de la sociedad y la política con la mantenida al respecto por Llorens.

El primero de abril, nuestro autor era nombrado catedrático. El mismo día 7 solicitaba una licencia, hasta agosto, con el fin de poder impartir el curso que había ofertado en la Universidad de Friburgo para el verano de 1933, nuevamente sobre «Derecho constitucional español». Autorizada la vuelta a Alemania, terminaría incorporándose a su nuevo destino a principios de curso, ya en octubre. Allí impartiría los tres años académicos siguientes, hasta la suspensión de la vida universitaria provocada por el golpe militar y la guerra ulterior. Fue un periodo prolífico, durante el cual elaboró las dos monografías aquí reeditadas y preparó, hasta casi culminarla, una *Teoría general del Estado*, cuyos borradores se extraviaron debido a la conflagración. Si por algo se caracterizó la breve obra que alcanzó a publicar en este tiempo fue por su solvencia teórica y por su excepcional dominio de autores clásicos y extranjeros. Expresaba con ello un rasgo de época: la europeización del discurso jurídico español, gravitante por entonces en torno a la cultura de los juristas alemanes.

Con sus obras, Llorens trajo a España algunos aspectos fundamentales del debate jurídico-constitucional que venía dándose en la academia germano-parlante desde la década de 1920. Lo mismo acontecía con los otros dos constitucionalistas que ganaron la cátedra durante los años republicanos, los citados Pérez Serrano y Francisco Ayala, conocedores solventes de la doctrina constitucional europea, principalmente la alemana. Pero, en el caso particular de Llorens, su diestro manejo de estas decisivas fuentes extranjeras se debía también a una particularidad biográfica.

Llorens había nacido el 6 de noviembre de 1886 en Reus (Tarragona), hijo de un arquitecto que trabajaba en el Ministerio de Hacienda. Había superado sus estudios de derecho, sin excesivo lustre, en la facultad de Barcelona, y obtenido, con mayor éxito, el grado de doctor en derecho en 1907 por la Universidad Central. Desde muy pronto se hizo evidente su vocación por la economía política, las materias del derecho privado y todo lo relacionado con la llamada por entonces «cuestión social». Para estudiar estos asuntos quiso marchar al extranjero al concluir su doctorado, con una pensión de la recién fundada Junta para la Ampliación de Estudios. Los problemas de financiación sufridos en su arranque por este organismo científico le cerraron el paso a las becas, pero no impidieron que se marchase, con sus propios fondos, a París, a seguir cursos en el *Collège libre des Sciences Politiques* y en la *École des Hautes Études Sociales*. A partir de 1908, Llorens ya vivía fuera de España. Residió en Inglaterra, Alemania, Holanda, Suiza e Italia. En 1911, tenía fijado su domicilio en Berlín, y ya había contraído matrimonio con Anna Kullmann. Sus dedicaciones, al menos parcialmente, todavía eran de tenor jurídico, pues de aquellas fechas data un manuscrito fruto de sus trabajos en el tribunal administrativo de Düsseldorf. Muy poco después volvió a zarpar, esta vez rumbo a América, donde transcurrió casi un año entre Canadá, los Estados Unidos y Centroamérica. A su regreso, en el otoño de 1912, se instaló en París. En la *École des Langues Orientales* siguió cursos de ruso y rumano. Sus dedicaciones habían girado ya al mundo de la filología. Y ahí siguieron: en octubre de 1913 volvió a Alemania, fijó su residencia, ya de forma estable, en Hamburgo, y se dedicó a impartir lecciones de español, como lector, en el *Kolonial Institut* de la ciudad hanseática.

Allí pasó los años de la Gran Guerra. Contaba entonces con veintiocho años. Vinculado al Seminario de Lenguas y Culturas Románicas de la Universidad de Hamburgo dirigido por Bernard Schädell, su actividad profesional se centró en los cursos de lengua y literatura hispanas que dictaba en el Instituto Colonial. Su público se componía no solo de estudiantes, sino principalmente de funcionarios y empleados de la administración colonial y diplomática alemana y de empresas exportadoras

de Hamburgo. De estas dedicaciones procede su *Lehrbuch der Spanischen Sprache*, publicado en 1915 y que sería reeditado en un par de ocasiones. Pero su desempeño no era puramente lingüístico. A través del *Kolonial Institut* se había integrado en un círculo de intereses políticos y comerciales que trataban de lubricar las relaciones institucionales, económicas y, en definitiva, coloniales entre Alemania y América Latina. Y ese círculo se hallaba también en guerra entre 1914 y 1918.

Llorens participó activamente en la guerra de propaganda que se libraba en esos años. Fue asiduo colaborador de *El Herald de Hamburgo*, semanario en lengua española publicado por grupos empresariales locales que tenía la finalidad de dulcificar la imagen de los «Imperios Centrales» en los países castellano-parlantes, contrarrestando las versiones que de la Gran Guerra iban difundiendo con eficacia los servicios exteriores franceses y británicos. También publicó por entonces dos folletos, uno expresamente dedicado a desmentir el relato de los aliados sobre la responsabilidad internacional en el desencadenamiento de la conflagración, y otro redactado, tras la entrada en la misma de los Estados Unidos, con el fin de denunciar el imperialismo norteamericano sobre todo su continente a través de la doctrina Monroe.

Pasada la I Guerra vino un nuevo periodo de repliegue formativo y estancias de investigación, principalmente en Ginebra, del que quizá date su excepcional conocimiento del sistema político y la doctrina jurídica suizos. Solo regresó a Alemania una vez concluida la revolución y el proceso constituyente que trajo la República. Y lo hizo en esta ocasión a Friburgo de Brisgovia. El Ministerio de Cultura de Baden le nombró lector de español de la Universidad de Albert Ludwig para el semestre de invierno de 1921/22. Tal sería el cargo que acabaría desempeñando justo antes de dar su salto a España, pero antes volvió de nuevo a Hamburgo para hacerse cargo de la dirección de *El Herald*, convertido en hebdomadario comercial que ejercía proselitismo cultural alemán en el público latinoamericano. También en esos años se integró en el Archivo de Economía Mundial de la propia ciudad, donde ejerció de ponente corresponsal de los países de América Latina, publicando numerosos estudios y boletines

en su órgano periódico, el *Wirtschaftsdienst*. En enero de 1927 volvió a Friburgo, donde continuó con sus clases de español y se doctoró en filología.

Entre Hamburgo y Friburgo, Llorens había pasado casi veinte años en Alemania. Ciertamente se había dedicado principalmente a materias filológicas y literarias, pero el tenor y los contenidos de sus cursos revelan también una formación permanente en historia política, economía y derecho. Sus colaboraciones a los periódicos y boletines durante aquellos años muestran además su interés académico en cuestiones económicas y jurídicas. Y los artículos que, ya desde Friburgo, comenzó a mandar a revistas españolas no hacen sino corroborar esa impresión. Todo ello se vertió en su producción propiamente en el campo del derecho, donde se hace presente de forma continua el Llorens economista y el filólogo. En ella se aprecia asimismo la mirada social y política que el autor ya había adquirido a lo largo de su periodo alemán, marcada por el liberalismo economicista, el abstencionismo del Estado y el individualismo filosófico. Pero, ante todo, su trayectoria biográfica y profesional nos coloca ante un jurista de directa procedencia alemana justo en el tiempo en el que la cultura jurídica producida en aquel país atraía todas las atenciones ilustradas de Europa. Por eso Llorens, a diferencia de otros juristas célebres de la II República, destacó por ser un profesor formado directamente en la doctrina y en los debates de la ciencia del derecho producida en la época de Weimar, algo que no pudo sino volcarse en su principal monografía, *La autonomía en la integración política*, y en los dos textos aquí rescatados.

Como se ha indicado, a ellos dedicó Llorens buena parte de su labor científica desarrollada siendo ya catedrático de derecho político en Murcia. Fue un periodo fecundo. Enseñó también derecho administrativo y economía política. Pronto ocupó puestos de responsabilidad en su universidad. Fundó en ella, en 1934, un pionero Instituto de Estudios Políticos. El verano de ese año lo pasó en Ginebra, consultando fuentes y bibliografía sobre la Sociedad de Naciones. Publicó numerosas reseñas en las revistas de *Derecho privado* y *Derecho público* y en la recién creada *Revue Internationale de la Théorie du Droit*. En 1935, participó en la Universidad Internacional de Verano de Santander, donde impartió conferencias

sobre democracia, liberalismo y economía junto a su colega y maestro Dietrich Schindler. Al fatídico verano siguiente, Llorens marchó como representante de la Universidad de Murcia al Congreso de Juristas de Mú-nich. Allí estaba el 18 de julio. No dudó un instante en adherirse, desde el extranjero, al bando de los sublevados. Volviendo a dedicaciones pasadas, se entregó de lleno a la guerra de propaganda en favor de la «España de Franco», librándola desde una agencia de prensa propia que fundó durante los años de la guerra civil en Lausanne. Su compromiso inmediato con la causa franquista expresaba la trayectoria seguida por numerosos liberales individualistas y economicistas enfrentados a las presiones de la socialización democrática. Sin embargo, su pronta adhesión al régimen no se tradujo, acabada oficialmente la guerra, en una labor expresa de legitimación doctrinal. Fue depurado, rehabilitado sin sanción alguna y destinado a la Universidad de Barcelona en diciembre de 1939. Pero sus problemas de salud le impidieron continuar con su desempeño académico. Volvió a Suiza en abril de 1940, para tratar de restablecerse de su dolencia cardíaca. Allí pasaría más de dos años, hasta su reingreso, en septiembre de 1942, a la Universidad de La Laguna, donde apenas pudo completar un curso, pues falleció prematuramente el 18 de noviembre de 1943.

2. Esbozo de una teoría de la integración

A comienzo de la década de 1930, la disciplina del derecho político se escindía en dos grandes ramas, una teoría general del Estado y un derecho constitucional comparado. Si la primera atendía a los aspectos fundamentales del Estado moderno —la población, el poder, los fines estatales...—, la segunda estudiaba los elementos característicos del régimen constitucional —su desenvolvimiento histórico, sus instituciones características, los derechos fundamentales...—. Tanto en una rama como en otra el objetivo era la construcción de un saber científico, lo cual impedía ceñirse en exclusiva al dato nacional y a la letra de la legislación. Si el sistema político español formaba parte de una constelación histórica y jurídica más general, solo podía comprenderse rectamente insertado en ella, como

peculiaridad de este modelo. Y siendo el derecho un fenómeno inseparable de los factores sociales, políticos y económicos que participan en la construcción del Estado, no cabía estudiarlo como realidad autorreferencial a través de metodologías formales o abstractas. Encerrarse en la pura letra de la legislación positiva, aproximándose a ella con métodos exegéticos e interpretaciones subjetivas, o con claves puramente formalistas, no servía para construir ciencia del derecho, fin asequible solo cuando se identificasen los principios sobre los que se asentaba el orden jurídico y se construyese, de forma teórica y sistemática, sobre ellos. Tal era el convencimiento. El derecho político quería ser así una disciplina sistemática y dogmática, atenta a la dilucidación de los principios, y de vocación, ya no enciclopédica, porque se ceñía a una dimensión bien delimitada de la realidad jurídico-política, pero sí comparatista y, restringida a su objeto, omnicompreensiva.

Todo ello se aprecia tanto en *El principio de igualdad* como en *El Estado y sus órganos*. En el primer caso estamos ante un ensayo teórico acerca de los derechos fundamentales construido sobre materiales de derecho comparado, que tiene su pilar maestro en el controvertido asunto de las relaciones entre la justicia, los principios generales del derecho y la ley parlamentaria. En el segundo, ante un breve ensayo que intenta fundamentar el estatuto de los servidores del Estado, conectando así con el no menos agudo problema de la legitimidad de la actividad estatal. Son, pues, investigaciones de derecho constitucional comparado y de teoría general del Estado, respectivamente. En ambas se aprecia tanto la proyección sistemática de la materia a la que pertenecen como su tendencia a razonar en el terreno de los principios teóricos, de los cuales el dato legislativo no es más que plasmación específica, carente de pleno significado si no se coloca en relación con los factores sociales, políticos o económicos que rodean su alumbramiento y aplicación.

En ambos textos se aprecian no solo las señas de identidad de la disciplina en que se inscriben, sino también las cualidades personales de su autor. Muy pronto se advierte que estamos ante una «pluma personalísima», tal y como la calificó Francisco Ayala en su reseña sobre *El principio de*

igualdad. Su particularidad expresiva no era mera cuestión de estilo; procedía tanto de un escrúpulo filológico como de la singularidad del sistema teórico en el que sus reflexiones se engastaban. Aunque a veces pudiese dañar la claridad de su discurso, la obra de Llorens se encuentra atravesada por esa tentativa de corrección lingüística. A ello se sumaban las consecuencias de su dominio de varias lenguas: en sus escritos vemos empleada bibliografía y fuentes legales alemanas, austriacas, suizas, italianas, inglesas, australianas, canadienses, norteamericanas, francesas, belgas y, por supuesto, latinoamericanas. Solía traducir todos los pasajes de lengua extranjera en el cuerpo del texto, e incluso lanzar alguna fundamentada proposición de traducción para célebres fórmulas jurídicas, como hace en su *Principio de igualdad* con el conocido lema *due process of law*. La competencia lingüística de Llorens —doctor en la materia por la Universidad de Friburgo con un ensayo sobre *La negación en el castellano antiguo*— se ve también en su manejo insistente de las autoridades clásicas y medievales. La inserción del derecho constitucional moderno en la tradición política occidental era, de hecho, uno de sus signos distintivos. Y una muestra evidente de cómo, en muchos casos, la reflexión liberal se concebía a sí misma, no como consecuencia de la revolución francesa y los ideales de la Ilustración radical, sino como fruto maduro de una tradición intelectual que abarcaba desde el derecho romano a la escolástica bajomedieval.

Como se ha indicado, su léxico peculiar se debía, además, a la teoría social, política y estatal que subyacía a sus planteamientos. Podría denominarse su sistemática como una «teoría de la integración», si ello no llevase al equívoco de confundirla con la *Integrationslehre* de Rudolf Smend, doctrina en auge en los años veinte y treinta de la cual, sin embargo, Llorens no era en absoluto epígono, como algunas veces se ha creído. El principio fundamental de toda su teoría, de matriz liberal-clásica, se resumía en la creencia en la coordinación espontánea y voluntaria de todos los intereses individuales y colectivos. De esta rediviva *mano invisible* había que partir para delimitar el campo de posibilidades de la acción política, y también para ponderar el grado de legitimidad de las decisiones estatales. Siendo sencillo el presupuesto, las consecuencias teóricas eran abundantes, y re-

querían, a juicio del autor, un léxico peculiar. La propia sociedad quedaba denominada como «integración social» y el Estado como «integración política», es decir, como «fase» o «momento» de dicha integración social, cualificado por su carácter político, esto es, por su finalidad de procurar, a través de decisiones normativas, la mejor coordinación de los intereses, o lo que es lo mismo, la satisfacción del «interés general». De este modo lograba excluir de su teoría del Estado, al referirse al famoso «elemento personal» del mismo, la controvertida categoría de la «nación», para referirse tan solo a los individuos, las «colectividades» con sus peculiaridades culturales y sus respectivos intereses.

Sobre tales bases también conseguía eliminar otra referencia básica de la teoría estatal convencional: la soberanía. La sociedad era fruto de una armonía voluntaria entre los intereses, cuya efectiva consecución dependía del grado de cultura de los diferentes actores sociales, no de su imposición por parte del Estado. Siguiendo concepciones premodernas, a las autoridades públicas no les correspondería entonces crear el derecho, sino solo «declarar las normas», cuya juridicidad dependería de su adecuación efectiva a esa libre concurrencia de arbitrios individuales. De ahí que distinguiese entre «normas jurídicas», o reglas de justicia efectivamente acordes con la fisonomía de la coordinación espontánea, y «normas políticas», fruto de una decisión adoptada por una autoridad estatal, cuya eficacia dependería de lo que se aproximasen a lo justo. Por eso la misión de los poderes públicos era siempre el «discernimiento» de los diferentes intereses en pugna, con el fin de hallar la disposición jurídica más «congruente» con la situación concreta en orden a propiciar la «coordinación» de los intereses, impulsando así el proceso de «integración social». Solo en ocasiones excepcionales, que Llorens designaba como de «inordinación», esto es, de negación del orden, el Estado había de recurrir a mecanismos de «coordinación forzosa», o, en última instancia, de «subordinación». Ahora bien, la eficacia de este último recurso solo podía ser puntual y transitoria, pues jamás podría suplantar la esencia de la dinámica social, su permanente discurrir a través de la convergencia voluntaria de intereses privados. Con este enfoque, continuar manteniendo el equívoco con-

cepto de la soberanía, tan propenso a legitimar poderes heterónomos, resultaba para Llorens absurdo y contraproducente. Por eso prefería hablar de «autodeterminación», es decir, de la capacidad de decisión autónoma que tenían los órganos declaradores del derecho para elegir entre las varias modalidades jurídicas de coordinación posibles.

«Integración», «coordinación», «autodeterminación», «discernimiento», «normas jurídicas y políticas» o «congruencia» conforman así campos semánticos especialmente denotados en la obra de Llorens. De ahí la aparente complejidad de su obra. De ahí también algunas de sus consecuencias más salientes, como la de —nuevamente al modo premoderno— no distinguir esencialmente entre las diferentes funciones del Estado, pues a todos sus órganos les correspondía siempre una misma tarea, aun desenvuelta según procesos diferentes y en situaciones dispares: la de ponderar los intereses en juego, hallar el modo más justo de componerlos a través de un norma, general o concreta, y contribuir con ello a afianzar el proceso de integración. Esto llevaba además a otra consecuencia: la indistinción conceptual entre todas las expresiones normativas de la actividad estatal, que Llorens denominaba, según se ha expresado, «normas políticas». Como se verá seguidamente, estas eran algunas de sus principales hipótesis al tratar de la naturaleza de los órganos del Estado. Cumple antes identificar los temas abordados y supuestos en su estudio sobre la igualdad.

3. De jueces y leyes

El primero de los textos aquí rescatados procede de una conferencia que impartió el autor en el Colegio de Abogados de Alicante, en enero de 1934. Constituía también la primera (y a la postre la última) de las publicaciones del Instituto de Estudios Políticos fundado por él mismo en la Universidad de Murcia. Su objetivo era aparentemente modesto: «dilucidar el significado y la garantía del principio de igualdad enunciado en el art. 2º de la Constitución española de 1931». Pero el análisis aparentemente exegético de este «principio político» pronto se convierte, como apreciará el lector,

en un extenso estudio de teoría jurídico-política, en una investigación exhaustiva de derecho comparado e historia constitucional, en un sólido ejercicio de análisis legal y jurisprudencial, en un examen histórico-crítico del proceso constitucional republicano y, por último, pero de modo fundamental, en un alegato en favor de determinadas posiciones políticas.

La monografía de Llorens muestra con claridad que, pese a todas las confusiones introducidas con posterioridad, el liberalismo genuino se identificó, ante todo, con el principio de la igualdad natural de los individuos, y no, como corrientemente se piensa, con el de la libertad. Antes al contrario, su constante preocupación por identificar y conservar las claves del orden social hizo que el liberalismo siempre fuese propenso a contemplar con recelo el valor de la libertad, por su peligrosa proximidad al caos en los casos, frecuentes, en que se manifestaba sin la imprescindible autocontención. La habitual identificación del principio de igualdad con un mínimo de equiparación material explica la posterior enajenación del liberalismo respecto de este valor. Pero, en su arranque, y todavía en los años treinta, se tenía claro que había sido el axioma de la igualdad natural de los hombres el que había proporcionado la clave maestra para abolir el sistema de *ancien régime* y remplazarlo por el régimen constitucional. Para evitar equívocos, y defender esta proposición desde el punto de vista liberal, solo se requería distinguir esa igualdad natural, con su consecuencia de la igualdad formal ante la ley, de la muy diferente igualdad material, del todo impracticable debido a las diferencias insoslayables de aptitudes que distinguían a los hombres entre sí.

La propia Declaración de los Derechos de 1789 lo proclamaba en su primer artículo, al reconocer, junto a la igualdad originaria de todos los individuos, la legitimidad de las «distinciones sociales», siempre y cuando se fundasen «en la utilidad común». Y esa utilidad quedaba garantizada por una división satisfactoria del trabajo, ajustada a los diferentes dones que, por naturaleza, correspondían a cada persona. La igualdad liberal era, pues, una «igualdad de derechos» y frente al poder público. Establecerla, según recordaba Ramón de Salas en 1821, resultaba «muy fácil»: «aboliendo toda exención, todo privilegio, todo monopolio, no haciendo clases,

corporaciones y categorías de ciudadanos, está conseguida». Cosa bien diferente era la «igualdad de las riquezas», que De Salas estimaba «inasequible», pues «nunca la ley podrá hacer que un hombre no sea más fuerte que otro, más diestro, más laborioso y más económico». Otro liberal español bien noto, Laureano Figuerola, en 1859, resumía en una certera fórmula este binomio de igualdad natural y distinción meritocrática propia del liberalismo constitucional: «A cada uno según su capacidad; a cada capacidad según sus obras; he aquí la fórmula de la igualdad adoptada por las modernas constituciones», una fórmula que no era en absoluto de equivalencia mecánica sino de «proporcionalidad».

La identidad originaria de todos los hombres obligaba a obtener un trato homogéneo por parte de las autoridades públicas, sin discriminaciones por razón de casta o clase, por eso el principio de igualdad proporcionaba la base misma de la libertad. Era la que permitía emancipar al hombre de las arbitrariedades del poder. Además, solo afirmando previamente que los hombres eran iguales entre sí por su propia naturaleza, y concibiéndolos de este modo a todos por igual como seres de razón, podía afirmarse después, con carácter universal, el propio valor de la libertad. El principio de igualdad era, ni más ni menos, que la condición de posibilidad del principio de libertad, esto es, el fundamento inexcusable de todos los derechos del individuo. Esta conexión explica que tratar de la igualdad ante la ley implicase, a su vez, examinar el entero problema de los derechos fundamentales. Además, esta concepción liberal de la igualdad, severamente corregida por las diferencias de aptitudes y por la idea de proporcionalidad, permitía no solo distinguir este principio de su acepción socialista, sino también de su declinación democrática. La igualdad, en efecto, era fundamento de las libertades, pero también de la propia democracia, que presuponía la igual condición de todos los miembros de la comunidad política para la participación en los asuntos públicos, incluso para la toma de decisiones colectivas. Esto contradecía, sin embargo, la tesis liberal a tenor de la cual lo propio de la modernidad era una especialización de las dedicaciones, basada en las facultades específicas de cada cual, que dejaba en manos de los más capacitados la dirección de la colectividad.

En la monografía de Llorens resultan tratados todos estos aspectos, siempre desde la perspectiva liberal individualista que caracterizó su obra: las relaciones entre igualdad y libertad, la vinculación de la igualdad con todos los derechos individuales, la problemática separación consiguiente entre ciudadanos y extranjeros a los efectos de reconocer al sujeto titular de los derechos, la distinción política entre la igualdad liberal y la democrática, etc. Los supuestos teóricos de los que partía convertían la igualdad en el fundamento primero de todo el sistema constitucional, y lo hacían de un modo no desprovisto de polémica, sobre todo si se tiene presente que Llorens formuló sus teorías en plena socialización democrática. El centro más controvertido del asunto procedía de una de las consecuencias de estos planteamientos básicos. Como recordaba el ya citado Ramón Salas, el principio de igualdad, entendido en términos liberales y utilitaristas, suponía que no podía existir razón alguna «para que en una asociación cuyo objeto es la mayor felicidad posible de todos sus miembros, la ley favorezca más a unos que a otros». Las leyes discriminadoras carecían, por tanto, de toda juridicidad; constituían más bien actos de arbitrariedad cometidos por el titular de un poder público. Este posible desafuero de la autoridad llevaba a la necesidad de que existiese un órgano capaz de limitar los abusos posibles de la legislación, de contrastar su compatibilidad con las exigencias interpuestas por el principio de igualdad ante la ley. Es decir, el tratamiento de tal principio llevaba por sí solo al enconado debate sobre las relaciones entre la ley y la justicia, y si dicho principio resultaba reconocido expresamente en la Constitución, esta problemática se transmutaba de inmediato en la espinosa cuestión del control de constitucionalidad de las leyes por parte de los órganos jurisdiccionales.

Tal era entonces la secuencia de los temas abordados en *El principio de igualdad ante la ley*. No resulta obvia por sí sola, menos para un jurista solo centrado en las controversias de actualidad. Hacer dogmática del principio de igualdad implicaba tratar de los derechos, de la fisonomía de la ley, de sus límites infranqueables, del control de su legitimidad por parte de los jueces y de la propia eficacia de la Constitución. Al elegir este asunto como objeto de su investigación, Llorens colocaba por entero la

ciencia jurídico-política española en la polémica doctrinal alemana. Allí se libraba, en efecto, una batalla sin cuartel por determinar los contenidos efectivos de este principio, como supuesto previo para justificar —o deslegitimar— con argumentos jurídicos la decidida pretensión de la judicatura germana de arrogarse la competencia para controlar la constitucionalidad de las leyes parlamentarias, sin que existiese ninguna previsión al respecto en la propia Constitución, y contradiciendo además su propia tradición competencial, bien asentada antes de la guerra.

El debate procedía precisamente de esos tiempos. En la Alemania de Bismarck era convicción consensuada entender que el principio de igualdad proclamado en la Constitución del Reich limitaba solamente a los órganos administrativos y judiciales. Ni al ejecutar las leyes ni al aplicarlas en los tribunales cabía hacer acepción de personas. Habían de ser, pues, funciones homogéneas e impersonales. Regía por entonces en casi toda Europa un legicentrismo que no derivaba ya de los principios voluntaristas de la revolución francesa, sino del postulado romántico que convertía la ley en la manifestación normativa por excelencia de la voluntad de la nación. Esto explica que fuesen precisamente las corrientes jurídicas más progresistas las que expresasen más reparos a la soberanía de una ley entendida en esos términos. Algunos, como los krausistas, revalorizaban frente a ella el valor de la costumbre como auténtica autolegislación del pueblo. Otros, como esos mismos krausistas, o como los seguidores de la *Freirechtsbewegung*, proponían atribuir a los jueces un margen de arbitrio muy superior al consentido por la propia administración de justicia, en orden a atemperar la rigidez de la ley formal con criterios de equidad.

Las tornas cambiaron tras la I Guerra y la fundación en Alemania, y en otros países europeos, de Repúblicas democráticas y sociales. De acentuada vocación parlamentarista, en todas ellas se fío la transformación de la sociedad a una legislación democrática que había de desarrollar los preceptos fijados en la Constitución. El mecanismo y la superficie institucional parecían idénticos, pero la sustancia y los principios habían cambiado. Se continuaba atribuyendo a la ley la máxima función normativa. Esa misma ley continuaba siendo una decisión adoptada por las cámaras

legislativas. Pero ahora se había ampliado el sufragio, hasta hacerse universal, y se dejaban atrás los vicios oligárquicos y las corruptelas caciquiles del Estado liberal. Ahora también entraban en liza grandes partidos de masas que representaban los intereses de la clase obrera. Y de preservar el orden individualista y propietario existente, la ley pasaba a desempeñar una función de reforma sustancial de las jerarquías privadas, limitando la propiedad, el contrato, la actividad económica o incluso la autoridad parental y marital. Ante semejante viraje del estatuto y funciones de la legislación parlamentaria, los anteriores defensores de la soberanía de la ley se convirtieron en sus primeros detractores.

A este giro intelectual pertenece el debate sobre la igualdad ante la ley en la Alemania de Weimar y, a través de Llorens, en la España de la Segunda República. En él participaron autores de la talla de Carl Schmitt, Gerhard Leibholz, Franz Neumann, Max Rümelin o Hermann Heller. A él estuvo dedicada la edición de 1926, celebrada en Münster, de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Político. El centro de la cuestión consistía en determinar si cabía oponer límites éticos, fundados en principios constitucionales, a las leyes parlamentarias. En caso afirmativo, habrían de ser los órganos jurisdiccionales los encargados de realizar el debido contraste entre la legislación y los principios morales para, en su caso, anularla o desaplicarla. El principio contenido en la Constitución que mejor servía para este fin de limitación judicial de las leyes democráticas era, paradójicamente, el de igualdad, pues si limitaba también al legislador, y no solo a la administración y a los tribunales, implicaba que los parlamentos solo podían hacer leyes generales, homogéneas y no discriminatorias. Es decir, no podían legislar para casos concretos ni tampoco favoreciendo a un sector determinado de la población respecto de otro. La cuestión es que las leyes socializadoras, las que trataban de incrementar el control obrero sobre determinados sectores productivos e incluso las de materia laboral común podían entrar en este tipo de legislación supuestamente vetado por la Constitución.

La invocación conservadora del principio de igualdad ante la ley fue así un recurso jurídico muy empleado, tanto por la justicia como por la

doctrina, para defender el Estado liberal tradicional, basado en la defensa de la libertad económica y la propiedad privada, en el contexto de las Repúblicas sociales y democráticas de entreguerras, que fiaron sus aspiraciones de reforma profunda de la sociedad y la economía a las leyes parlamentarias. A través de estas preocupaciones el debate europeo conectó con las polémicas jurídicas y políticas que se estaban produciendo desde principios del siglo xx en los Estados Unidos. En aquel país, los sucesivos intentos de legislar en materia económica y laboral por parte de los Estados miembros se veían bloqueados por la Corte Suprema, que, alegando principios constitucionales, como la santidad de los contratos o la autonomía de la voluntad, suspendía la vigencia de las leyes que procuraban dignificar la vida de los trabajadores por limitar las libertades económicas. De 1921 data, por ejemplo, *El gobierno de los jueces o la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*, de Edouard Lambert, y en el horizonte mental de los conservadores que arremetían contra la República de Weimar invocando principios de su propia Constitución estaban muy presentes los triunfos de la magistratura reaccionaria estadounidense.

La posición que Llorens ocupó en ese debate se infiere de las premisas de su sistema teórico, ya descritas. Si la misión del legislador era propiciar la integración social declarando normas que favoreciesen la coordinación espontánea de los intereses, las leyes habían por fuerza de adoptarse a ese flujo social marcado por la horizontalidad y la debida proporcionalidad entre las necesidades respectivas. Con un bagaje conceptual que lo aproximaba a la *Interessenjurisprudenz*, corriente que también describía la adopción de normas como una ponderación de intereses en orden a su coordinación, nuestro jurista veía el principio de igualdad ante la ley como un límite material a la acción del legislador, no solo a la ejecución administrativa. Pensaba que «la igualdad en el sentido de proporción, idoneidad, congruencia o justicia» debía inspirar «el contenido de las normas», y por eso obligaba «ante todo al principal órgano legislativo, al Parlamento». Eso era además lo propio de un régimen constitucional, que trataba de proteger las libertades de los ciudadanos frente al poder público en su máximo grado posible, aunque la autoridad fuese la parlamentaria.

Quienes desde las filas del socialismo democrático se colocaban frente a esta interpretación aseveraban, por el contrario, que solo el Parlamento, en tanto que representante de la soberanía popular, estaba llamado a desarrollar con sus leyes el contenido de la Constitución. No era así para Llorens. Como se apreciará seguidamente, para él la legitimidad de las normas no podía basarse en una ficción como la soberanía del pueblo o la voluntad general. La actividad normativa que debía desempeñar el Parlamento no era, en última instancia, de mejor o superior calidad que la realizada por los tribunales, porque, en el fondo, uno y otros, desde el punto de vista jurídico, hacían lo mismo: declarar el derecho más adecuado para la composición de intereses aparentemente contrapuestos. Con semejante argumentación se sustraía toda superioridad a la función parlamentaria sobre la función judicial, al tiempo que se podía atribuir a ésta la capacidad para controlar y contrastar la actividad legislativa de los parlamentos. No es que los jueces, para Llorens, pudiesen dictar sentencias *contra legem* por razones morales privadas o por motivos de equidad. Como los autores de la *Interessenjurisprudenz*, y contra las propuestas más radicales de la *Freirechtsbewegung*, se oponía frontalmente a esta posibilidad. Pero si dentro de la ley vigente el juez contaba con un margen considerable de arbitrio interpretativo, sobre la base de un principio constitucional ya sí que podía oponer motivos fundados para anular o desaplicar una ley que lo contrariase.

Llorens censuraba así a quienes rechazaban el control judicial de la legislación por tratarse de una actividad «política», y no meramente «jurisdiccional» o de «justicia». Para él «política» y «justicia» no podían sino ser términos correlativos. Como se ha dicho, a su juicio, toda actividad desempeñada por un poder público tenía idéntica misión, la de salvaguardar el interés general a través de normas justas. Por tanto, salvo como maquinación maquiavélica con el objetivo de conquistar y conservar el poder, algo que consideraba peligroso para la propia cohesión social, Llorens no atribuía a la política más significado que el de ser una labor dirigida a facilitar la concordia entre intereses privados en contraste. El principio de la separación de las funciones estatales, mecánicamente concebido, no

servía, pues, para prohibir por principio a la justicia el control de las normas del legislativo. Semejante interdicción solo podía proceder del propio sistema político-institucional en cuestión, que por sus fundamentos y preceptos vetase toda injerencia de los órganos judiciales en la actividad del legislador. Llorens era un jurista pragmático, y distaba de adscribirse a una enmienda general al sistema constitucional y parlamentario, como ya hacían en aquel entonces numerosos autores pasados al irracionalismo fascista. Su razonamiento discurría más bien por los cauces típicos del liberalismo, desde los cuales el propio derecho político era comprendido como disciplina «sobre las limitaciones posibles y convenientes de las competencias de los órganos del Estado». Era desde este punto de vista, y no desde el rampante autoritarismo, que Llorens sometía a crítica el constitucionalismo social de entreguerras.

Lo importante, en definitiva, era realizar un recorrido por las diferentes experiencias constitucionales para apreciar el modo en que en cada una de ellas se había decantado el principio de igualdad, y su secuela necesaria del control de constitucionalidad de las leyes. El lector apreciará que, aun manteniendo la disposición neutral de un técnico en derecho, Llorens, en su recorrido por las diferentes manifestaciones concretas de este principio, apenas puede ocultar sus simpatías por la praxis norteamericana y por las reivindicaciones de la magistratura alemana, como tampoco esconde sus fundadas críticas al debate suscitado en España en torno a la fundación del Tribunal de Garantías Constitucionales. No es tarea de esta introducción adelantar los contenidos específicos expuestos por el autor. Valga, para terminar, recordar que en *El principio de igualdad* se hallan expresados los principios liberales clásicos que, en vísperas del final de la Segunda Guerra, encontrarían su plasmación más célebre y difundida en *The Road to Serfdom* de Friedrich von Hayek, quien, oponiéndose a las exigencias de la «planificación» estatal de la economía, invocaba los límites impuestos por el «Estado de derecho», solo satisfechos si el poder se limitaba a actuar mediante normas formales, generales y abstractas. E igualmente cabe ver en *El principio de igualdad* un buen anticipo de los dilemas supuestos por la popularmente llamada hoy *Drittwirkung*,

o aplicación directa por parte de los tribunales de principios generales contenidos en la Constitución, sobre todo en relación a los derechos y a la interpretación judicial. Frente a lo que hoy ingenuamente pudiera pensarse, la defensa de esta facultad jurisdiccional, más que implicar una mejor protección de los derechos, fue, como muestra el ensayo de Llorens, uno de los mecanismos más eficaces para combatir el constitucionalismo social de entreguerras y la ampliación de los derechos que este quiso, inútilmente, instaurar.

4. La legitimidad política del liberalismo

Por su parte, *El Estado y sus órganos* es la versión escrita, seguramente ampliada y pulida, del discurso inaugural que Llorens pronunció a comienzos del curso académico de 1934/35. En él se aborda una cuestión típica y central de la teoría general del Estado como es la naturaleza y estatuto de los cargos públicos, asunto que había sido puesto en valor por la iuspublicística imperial alemana, muy especialmente por Georg Jellinek. Como sucede en su monografía sobre la igualdad, un problema aparentemente sencillo y bien delimitado acaba por mostrar conexiones estrechas con problemas fundamentales. En este caso, la secuencia argumental que subyace a su exposición puede describirse del siguiente modo. Los titulares de cargos públicos son los autores de decisiones normativas que obligan al resto de la sociedad política, ya sean leyes, sentencias o actos administrativos. Desde una perspectiva ilustrada y liberal, ajena a toda idea de legitimidad dinástica o divina, esta facultad de adoptar normas obligatorias para terceros exigía una explicación más allá del linaje o de la providencia. Si los hombres son iguales por naturaleza, debe existir algún título que permita a unos mandar sobre otros. Tal era la cuestión. De este modo, partiendo de un análisis sobre la actividad orgánica del Estado, se llegaba al problema de la legitimidad del poder, del modo y límites de su ejercicio y de las funciones que éste había de cumplir para poder reclamar justamente obediencia a sus mandatos. De un problema aparentemente secundario como es el estatuto político de los funcionarios públicos se

remontaba hasta cuestiones de orden general tan decisivas como la legitimidad o, de nuevo, la justicia.

En este breve ensayo se muestra con toda claridad un uso intelectual propio de Llorens: el empleo intenso de las fuentes clásicas y medievales. No era gesto de erudición ni detalle puramente formal. Como se ha sugerido, obedecía al convencimiento acerca del carácter unitario de la tradición política occidental y, por tanto, a la presunta identidad de los problemas políticos de fondo que los hombres habían enfrentado desde el comienzo de la era cristiana. Desde el principio, tribunos, oradores y legistas se habían interrogado sobre los motivos que justificaban que unos hombres pudieran declarar normas vinculantes para el resto. Y desde el arranque de la tradición occidental también se habían barajado, en sustancia, las diferentes respuestas que a esta cuestión podían darse todavía a la altura del siglo xx. Así pensaba nuestro autor. Por eso quien maneje hoy *El Estado y sus órganos* encontrará que buena parte del mismo se centra en recorrer categorías, argumentos e interpretaciones del derecho romano y de los juristas del *ius commune*.

Su ensayo, repleto así de referencias bibliográficas, filosóficas e historiográficas, aborda cuatro asuntos específicos. En primer lugar trata, aunque solo de soslayo, de la naturaleza de las «colectividades», es decir, de la fisonomía de la sociedad política. Resultaba un paso necesario desde el momento en que la comunidad, por un lado, necesita de agentes públicos para poder actuar a su través, y por otro, es la destinataria de las normas y decisiones adoptadas por dichos funcionarios. La cuestión es que también en este punto Llorens entraba en uno de los debates más apasionantes de la Europa de entreguerras, cuando, en plena sociedad de masas, se asistió al auge de las asociaciones, los partidos y los colectivos, ascenso que certificó la defunción de la vieja sociedad liberal individualista. Ciertamente es que en *El Estado y sus órganos* solo pueden documentarse sus planteamientos al respecto de forma oblicua, mientras que en otros textos, como *La autonomía en la integración política* o en su propia memoria de cátedra, quedan mejor plasmados. Sin embargo, cumple dejar constancia de cuál era el contexto científico en que se formuló su parecer acerca de la naturaleza

de la sociedad política, sobre todo porque conecta con el segundo de los problemas encarados en su discurso.

Desde fines de la Gran Guerra se comenzó a fraguar y difundir una dirección de pensamiento jurídico-político que impugnaba las certezas del Estado liberal tradicional. Encabezada por el infatigable profesor británico Harold Laski, esta corriente, la del llamado pluralismo, ofrecía una representación de la sociedad bien diversa de la imperante hasta el momento. Llamaba la atención acerca de la importancia decisiva que tenían los colectivos intraestatales a la hora de determinar normativamente la conducta de los ciudadanos. Hasta tal punto era así que los individuos podían sentirse miembros de un sindicato, una confesión religiosa o una asociación cultural de modo más intenso del que se sentían miembros de un Estado. Desde este enfoque, la concepción habitual del Estado como monopolizador de la soberanía y la producción del derecho no podía sino entrar en crisis. De la sociedad como pluralidad irreductible de colectivos políticamente determinantes se derivaba así la negación del *imperium* estatal entendido como poder irresistible.

La posición de Llorens en esta controversia era compleja. Su objetivo era salvar los esquemas fundamentales del liberalismo individualista en un contexto que le era adverso, el de la socialización de las instituciones y la economía. Entendía la sociedad como una universalidad compuesta, igual que los pluralistas, pero pensaba también, como los individualistas, que los colectivos que componían la sociedad no podían ser sustancialmente nada más allá de la suma de sus partes. Las corporaciones quedaban dibujadas en su teoría como intereses individuales convergentes y bien organizados, no como entidades con sustantividad jurídica propia. Y su influencia política, que llegaba en los epígonos del pluralismo a determinar el sujeto de derecho, se reducía en Llorens a las presiones que estos colectivos ejercían sobre los centros de decisión normativa para la defensa de sus intereses legítimos. Todo seguía permaneciendo de este modo dentro de un sistema basado, como sabemos, en la idea de que la cohesión social se cifraba en la coordinación espontánea de los intereses subjetivos.

El punto de coincidencia con los autores pluralistas radicaba en las consecuencias de su teoría. Mientras estos sostenían que, dada la existencia de otras colectividades en el seno de la sociedad, el Estado carecía *a priori* de un plusvalor, Llorens defendía también que los mandatos estatales no contaban por necesidad con una mayoría de justicia respecto de las normas fraguadas en el seno de otros colectivos. En ambos casos, la visión monista y heterónoma de la soberanía del Estado era rechazada de manera terminante. Pero el camino que conducía a Llorens a esa conclusión resulta peculiar. Por un lado, el hecho de que la colectividad no pudiese ser algo cualitativamente superior a sus respectivos miembros impedía mantener el concepto convencional de la soberanía. No cabía que existiese una persona jurídica llamada Estado colocada por encima de las personas que lo componían. Pero, por otro, la función que correspondía desempeñar al Estado y sus órganos, la de salvaguardar el interés general a través de leyes justas, introducía una presunción de validez en favor de sus mandatos que los colocaba por encima de las reglas diseñadas por cualquier colectividad intraestatal. Lo contrario, equiparar sin más las normas jurídicas declaradas por una autoridad pública a las aprobadas por un sindicato o una iglesia implicaba a su juicio promover la disolución social, es decir, alentar la «inordinación» e interrumpir la corriente que permitía a la «integración social» renovarse de modo espontáneo.

La cuestión de la naturaleza del poder público, de la soberanía, es, pues, el segundo de los asuntos que atraviesa el ensayo *El Estado y sus órganos*. El tercero es pura derivación suya: el tema de la legitimidad. Llorens recogía en este particular las sugerencias planteadas por la sociología del poder de Max Weber. El punto de partida incuestionable, también para él, era el referir la legitimidad de la actuación de los órganos estatales a la atribución de competencias realizada por el derecho positivo, el constitucional en primer lugar. Al Estado de derecho correspondía así, sin duda, una legitimidad racional-normativa. Los órganos públicos podían actuar en la medida competencial diseñada por normas formales taxativas. Solo de este modo podía lograrse la seguridad jurídica y personal indispensables para favorecer la coordinación y consolidar la integración social. Pero es-

tos objetivos no se satisfacían solo con exigencias puramente formales o instrumentales. Requerían asimismo del cumplimiento de determinados requisitos éticos y materiales. Era esto lo que distanciaba el concepto de legitimidad del poder mantenido por Llorens al expresado por autores que se colocaban en la senda de Max Weber.

La noción planteada por nuestro autor, y recogida en *El Estado y sus órganos*, era de carácter teleológico. El poder del Estado, es decir, el carácter —en principio— obligatorio de las decisiones adoptadas por sus órganos, se legitimaba por el fin moral que necesariamente habían de cumplir estas: el de salvaguardar el interés general (propiciando a través de normas generales o particulares la coordinación entre los intereses individuales). Aquí se veía la conexión profunda entre esta perspectiva liberal y los planteamientos de los autores escolásticos, que señalaban como límite y como fin de las potestades públicas la protección y promoción del *bonum commune*. Como se ha indicado, solo porque se entendía que los órganos del Estado desempeñaban con sus actos dicha función podía predicarse de ellos cierta superioridad respecto de otros actos individuales y colectivos. Con ello, se desmitificaba por entero uno de los principios fundamentales tanto de la democracia como del autoritarismo, el de la representación política, cuarto y último de los aspectos tratados en su discurso inaugural.

Efectivamente, en los años treinta era habitual seguir explicando la obligatoriedad de las decisiones adoptadas por las autoridades públicas por una razón de principio, y no de finalidad. La explicación tradicional hacía de la ley la expresión normativa de la voluntad general. Su aprobación correspondía a unos órganos, los legislativos, que representaban dicha voluntad de la nación. Ahí se situaba el origen de la legitimidad política. Y a él se ataban las restantes manifestaciones del poder público, pues las sentencias no hacían más que aplicar las leyes y los actos administrativos ejecutarlas, quedando de este modo vinculados al principio de la voluntad general. Con ello se cerraba el sistema y todo el poder, como dictaban las constituciones democráticas de aquel periodo, se entendía que «emanaba del pueblo».

A la altura de la publicación del *Estado y sus órganos* esta interpretación general acerca de la representación política contaba con dos acepciones muy particulares y contrapuestas. Por una parte, se dio un doble replanteamiento desde posiciones democráticas. Partiendo de premisas relativistas y pluralistas, Hans Kelsen, en su *Esencia y valor de la democracia*, defendió una concepción funcional del sistema parlamentario como único capacitado para dar cabida a todas las corrientes políticas existentes en una sociedad y extraer de su concurrencia decisiones políticas eficientes y legítimas. Si a ello se sumaba su concepción racionalista del orden jurídico como *Stufenbau* [construcción escalonada], en la que las normas de rango inferior debían siempre desarrollar y concretar, pero nunca contravenir, las de rango superior para preservar así la unidad necesaria del ordenamiento, se tenía entonces un sistema teórico en el interior del cual quedaba reforzada la soberanía de la legislación parlamentaria sin necesidad de acudir a categorías abstractas como la voluntad general o la soberanía popular. Justo estas categorías fueron las que pretendió salvar Hermann Heller en su magnífico ensayo sobre *El concepto de ley en la Constitución del Reich*. En su razonamiento se primaba, no la aptitud funcional del parlamento para facilitar acuerdos entre posiciones discrepantes, sino su capacidad material para decantar una decisión de carácter unitario que expresase la voluntad del pueblo. La ley, así entendida, no hacía sino expresar el momento en que la comunidad, a través de sus representantes, era capaz de querer de forma unitaria, concretando con ello los principios éticos predominantes en el seno de la sociedad. Contempladas así las cosas, si los órganos estatales, tanto judiciales como burocráticos, debían aplicar o ejecutar en sus decisiones los contenidos de la ley no era por una razón jurídico-formal, como la de garantizar la unidad del ordenamiento jurídico, sino por una razón ético-material, la de proceder la ley de la voluntad popular, es decir, la de representar con sus mandatos el sentir predominante, y por tanto legítimo, de la comunidad.

Estos mismos argumentos fueron retorcidos y adaptados por entonces a los requerimientos de una dictadura. Autores como Carl Schmitt y Gerhard Leibholz reflexionaron sobre la idea de representación en un

contexto de hondas discordias políticas. Llegaron a la conclusión de que los parlamentos eran incapaces de reconducir a unidad la disparidad de opiniones. Por el contrario, lo que en ellos se daba no era una *Repräsentation*, representación puramente política, sino una *Vertretung*, representación meramente individualista de intereses particularistas a despecho del interés nacional. El único facultado entonces para representar de forma unitaria a la nación —a una nación entendida en términos culturales uniformes, no pluralistas—, librándola de las discordias que la escindían, había de ser un líder carismático. Solo él podía *hacer presente* lo que materialmente, la comunidad, *estaba ausente*, salvo en momentos determinados como las aclamaciones y los plebiscitos. Para los autores partidarios de un régimen autoritario, las decisiones políticas se legitimaban también desde el punto de vista de la representación de la nación, pero ni esta se concebía como pluralidad, sino como unidad monolítica a la que no resultaba aplicable el principio de las mayorías, ni aquella podía institucionalizarse en unas cámaras elegidas por los ciudadanos, sino por un líder que encarnase la voluntad y el destino de la comunidad.

La forma de entender la legitimidad del poder de Llorens da buena muestra de su originalidad. Como aclaró en *El Estado y sus órganos*, pensaba que las teorías de la representación se solían apoyar en ficciones sin fundamento. Realizaba con ello una crítica implacable del tipo democrático de legitimidad, pues no concedía existencia real ni a la voluntad general de la nación ni a la soberanía popular. Tampoco atribuía valor sustancial alguno al principio de las mayorías. Si las normas, para ser eficaces, habían de ser justas, teniendo para ello que adecuarse del modo más óptimo posible al flujo de los intereses, entonces criterios mecánicos y formales como el de la mayoría eran insuficientes para sustentar la legitimidad de las leyes. ¿Quién impedía que la mayoría quisiese lo injusto? ¿No era este un peligro especialmente probable en un escenario de incremento de la participación popular? De hecho, pertenecía al gen del liberalismo considerar que una ampliación de la participación a través del sufragio universal, y una entrada de todos los pareceres, sin discriminación por dignidad, en la arena pública, podía inspirar decisiones que, más

que estabilizar la sociedad y favorecer su integración, la desestabilizarían y la disolverían. Para evitar estos peligros, Llorens prefería sustituir el concepto de voluntad general, místico e inasible, por el de interés general, que consideraba objetivo y mensurable, materialmente ponderable a través de un análisis desapasionado de los diferentes intereses en liza.

Si las medidas adoptadas por los órganos estatales eran legítimas no se debía, por tanto, a que estos representasen a la comunidad, por más que se esforzasen en exteriorizar dicha idea a través de liturgias y símbolos. Lo eran, como se ha dicho, porque salvaguardaban el interés común. Por eso, como también se ha señalado, gozaban de una presunción, no absoluta, de validez frente a otras normas de conducta, individuales o colectivas. Y por eso también los efectos de sus decisiones resultaban imputables en principio a toda la colectividad. Era este dato el que, según Llorens, explicaba el estatuto de los órganos públicos: no su representación de la colectividad, sino la «imputación» a ella de sus decisiones. Lo que resolviesen los órganos del Estado obligaba así a toda la sociedad política. Al menos en principio, pues no se trataba de una obligación absoluta e incondicional, sino vinculada al hecho de que esas normas estatales cumpliesen con su fin material de defensa del interés general. Se llegaba así al aparente callejón sin salida típico de la idea liberal de la legitimidad del poder público. Si esta no deriva del carácter representativo de los órganos estatales, ¿cómo detectar la ilegitimidad de sus respectivos mandatos? ¿Cómo es posible saber con exactitud cuándo el órgano estatal no está cumpliendo su fin ético? ¿Cómo detectar cuándo está abusando de su posición de superioridad con el fin de removerlo y de romper la presunción de validez de sus mandatos?

Aparte de las respuestas contenidas en el propio derecho positivo, y en los mecanismos institucionales del Estado de derecho, que permitían invalidar, a través de la función judicial, las extralimitaciones de los órganos en sus competencias, esta serie de interrogantes solo podían responderse en un plano ético general. Pero este plano moral, en el razonamiento de Llorens, era inmanente al propio desenvolvimiento de la sociedad, no formaba una suerte de código moral trascendental.

El principal índice para detectar entonces que el Estado, a través de sus órganos, actuaba ilegítimamente, es decir, no cumplía su finalidad de salvaguardar el interés general, era que en esos casos, en lugar de propiciarse la coordinación de los intereses, se provocaba el desorden y la descomposición de la sociedad. Así, la legitimidad teleológica liberal deducía la injusticia de las normas políticas cuando estas, por las razones que fuese, provocaban en la sociedad inestabilidad y desintegración. Pero esto, en el contexto práctico de la Europa de entreguerras, con los intentos de democratizar la sociedad y la economía que se dieron en aquel momento, tenía unas consecuencias muy determinadas, de las que Llorens era, por cierto, plenamente consciente. Suponía, en efecto, dejar en manos del poder social y económico la eficacia de las normas; fiar la vigencia y la aplicación de las leyes reformistas al libre consentimiento prestado por los sectores que se sentían agraviados por sus preceptos. Así, con semejante idea liberal de legitimidad, normas justas solo podían ser las que se plegasen casi por entero, sin fricciones de relevancia, a la distribución del poder existente y a las jerarquías privadas en circulación. Contrariar el *statu quo*, tratando de transformarlo en sentido igualitario, aboliendo privilegios, invocando tan solo el criterio de mayorías parlamentarias relativas, no salvaba de la resistencia militante que desde el poder social se opondría a semejantes medidas. Y las consecuencias devastadoras de esa oposición serían, en el cuadro teórico de Llorens, no acciones ilegítimas y reprobables por oponerse a las leyes democráticas con métodos violentos, sino la expresión externa más patente de la ilegitimidad de una legislación que había ido más allá de lo que le correspondía. Con semejantes supuestos queda, en mi opinión, bien esclarecida la posición que nuestro autor ocupó, desde el liberalismo clásico, en relación al constitucionalismo social y democrático de entreguerras, y también el hecho de que no dudase un solo instante en apoyar el golpe de Estado del general Franco.

5. Nota sobre los textos

Los textos recuperados se corresponden con las respectivas ediciones de la casa *Revista de Derecho privado* fechadas en 1934 y 1935. Se han alterado solo algunos extremos. Ante todo, para hacer plenamente accesible los textos, se han traducido entre corchetes las expresiones, citas o frases en lengua extranjera o latina que no resultan de por sí autoevidentes. De la traducción de las lenguas modernas se ha ocupado quien suscribe. La versión de los numerosos fragmentos latinos ha sido elaborada gracias a la ayuda de Antonio Maíllo y de mi maestro Carlos Petit, quien también ha vertido al castellano la cita de Hesiodo. En pocas ocasiones se han corregido erratas. En otras se ha pulido la citación a pie de página. Y en otras tantas se ha modificado el tipo de letra, colocando en bastardilla todas las expresiones latinas y todos los títulos de obras referenciados en el cuerpo del texto.

Sebastián Martín

LA IGUALDAD
ANTE LA LEY

Prólogo a la edición de 1934

Con este volumen inicia sus publicaciones el Instituto de Estudios Políticos, recién creado en la Universidad de Murcia. Sirva esta monografía, ante todo, si no de medida, de testimonio, al menos, de mi agradecimiento a la Junta de Gobierno de la Universidad de Murcia, por el apoyo y las facilidades presupuestarias con que ha favorecido el establecimiento del Instituto y la realización de sus primeros trabajos.

El Instituto de Estudios Políticos será un punto de enlace de la actividad de los estudiosos que en la región murciana dediquen su atención a los problemas que suscitan, en general, la naturaleza y las funciones del Estado y, en particular, la fase económica de los intereses colectivos, orientando a los novatos en su iniciación científica, facilitando a todos medios de información y contribuyendo a difundir en conferencias y publicaciones resultados obtenidos por investigadores propios y extraños.

Nunca habrá sido mayor que ahora la intensidad de la discusión acerca de los fines posibles o necesarios del Estado y de los medios más adecuados para cumplir el cometido que se le asigne. Pero no podría afirmarse que el estudio de los supuestos ideológicos y sociales —y entre ellos el de sus factores político y económico—, que condicionan ineludiblemente el éxito de cualquier solución que proponga, haya merecido la consideración a que es acreedor. El Instituto quisiera atraer la curiosidad de los que se interesan por cuestiones políticas y económicas hacia los principios fundamentales, en la seguridad que ningún caso concreto puede ser idóneamente dilucidado sin recurrir conscientemente a los datos científicos generales.

En las páginas que siguen se desarrolla el tema de una conferencia dada por el autor en el Colegio de Abogados de Alicante, el 13 de enero de este año, ampliando la argumentación en que se fundan las conclusiones entonces formuladas. Se exponen los elementos de la cuestión en forma

que vayan manifestándose sus diversos aspectos, concretándolos al objeto de la investigación. En la reseña de las particularidades de la eficacia del principio de igualdad se ha dado prelación de lugar a Francia —que cronológicamente no le corresponde— porque las condiciones de aquel país sugieren pensamientos de más inmediata aplicación a España, reconociéndose, al mismo tiempo, en el curso del trabajo, a las modalidades de la efectividad de las normas constitucionales la importancia decisiva que realmente tienen.

El propósito de la exposición es dilucidar el significado y la garantía del principio de igualdad enunciado en el art. 2º de la Constitución española de 1931. Las consideraciones que sugiere la observación de la realidad política en algunos Estados extranjeros, en cuyas Constituciones se consigna el mismo principio, confirman las conclusiones a que llegaríamos también con el solo examen de nuestro texto constitucional. No parece, pues, necesario, al tratar de los términos del problema en España, repetir en detalle los argumentos ya especificados con referencia a instituciones o circunstancias análogas.

E. L. Llorens

I El principio político de igualdad

El individuo en el Estado

El reconocimiento de derechos individuales en la colectividad política deriva de la valoración del individuo como elemento activo e integrante de coordinación. No es necesario que se tenga al individuo como realidad anterior y superior al grupo de que forme parte para juzgar que se le deben reconocer, con su personalidad, ciertos atributos para que pueda desenvolverse con arreglo a su idiosincrasia. Si nos colocamos en un punto de vista exclusivamente social, podremos admitir que en virtud del bien común conviene que los momentos individuales de la integración se realcen suficientemente para cumplir la misión que les incumbe en beneficio colectivo. La pretensión de rechazar todo valimiento al individuo o de postergarlo esencialmente invocando la superioridad histórica o conceptual de la colectividad es corolario de un monismo abstruso que no advierte en su mezquindad espiritual que niega los mismos supuestos de su argumentación. No se concibe, en efecto, una colectividad que pueda desenvolverse merced a cualidades de que carecen sus individuos.

En el pensamiento político, el reconocimiento de ciertos derechos individuales puede derivarse del concepto del origen teocrático de la autoridad o de la doctrina lógica del pacto. En ambos aparecen primero como un límite a la competencia de los que asumen el «poder» y se concretan en el «*ius resistendi*»¹. En el mundo cristiano se enunció desde los primeros tiempos este dualismo en la naturaleza del fundamento de las competencias: «Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios». Pero

1 Cf. H. PLANITZ, *Zur Ideengeschichte der Grundrechte*, en NIPPERDEY III, 600 y sig.

al mismo tiempo se proclamó que no hay potestad que no venga de Dios. San Agustín repite la contestación de los apóstoles al Sumo Sacerdote: «Hay que obedecer a Dios más que a los hombres»²; y admite el mérito de la desobediencia a la ley que favoreciere el error contra la verdad: «*quicumque ergo legibus imperatorum, quae contra veritatem Dei feruntur, obtemperare non vult, acquirit grande premium* [por consiguiente, quien no obedezca las leyes de los poderosos que se dictan contra la verdad de Dios tendrá su recompensa]»³. Y pues «*lex esse non videtur quae iusta non fuerit* [parece que no hay ley que no haya sido injusta]»⁴, es un deber el desobedecerla. Santo Tomás añadió una distinción entre leyes políticas injustas, en general, y leyes contrarias a las «leyes naturales». De éstas dice que «*nullo modo licet observare, quia sicut dicitur [act. IV] obedire oportet Deo magis quam hominibus* [de ningún modo es lícito cumplirlas, conviene obedecer a Dios más que a los hombres]», mientras que las demás «*non licet observare, nisi forte ad vitandum scandalum et turbationem* [no es lícito cumplirlas, a no ser en todo caso para evitar el escándalo y la turbación]»⁵. Persiste, pues, la opinión de Cicerón: no hay más que un criterio para distinguir una ley buena de una ley mala⁶: la naturaleza. Un precepto universal, recuerda San Agustín, en el tiempo y en el espacio, es «no hagas a otro lo que no quieres que te hagan a ti»⁷. He aquí el reconocimiento de la igualdad y la condición primordial de los derechos de la personalidad.

2 *Act. Ap.*, 5, 29.

3 *Epist.* 185, 8.

4 *Sermo.* 326, 2.

5 1^a-IIae, q. XCVI, a. 4.

6 *De legibus*, 2, 2.

7 *De doctrina christiana*, 3, 14. Cf. KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1, 1, 2: «*Die Regel der Urteilskraft unter Gesetzen der reinen praktischen Vernunft ist diese: Frage dich selbst, ob die Handlung, die du vorhast, wenn sie nach einem Gesetze der Natur, von der du selbst ein Teil wärest, geschehen sollte, sie du wohl als durch deinen Willen möglich ansehen könntest* [La regla de la capacidad de juicio bajo las leyes de la razón práctica pura es la siguiente: pregúntate si la acción que te propones, si sucediera según una ley de la naturaleza de la que tú fueras parte, podrías contemplarla como perfectamente posible merced a tu voluntad]».

Por otra parte, del concepto epicúreo del origen contractual del Estado y del Derecho, formados para la protección mutua de los individuos⁸ procede la definición «*lex est quod populus iubet atque constituit* [la ley es lo que el pueblo ordena y decide]»⁹, que sirvió a su vez de punto de partida a Marsilio de Padua, quien designó como causa eficiente de la ley al *populus* o a su mayoría, por medio de elección o en asamblea¹⁰. Entre los que ejercen la función legislativa y el *populus* existe, pues, una concesión, una relación de delegación o mandato, un contrato o pacto¹¹. Los monarcómacos, y los

8 Cf. L. RECASENS SICHES, *Las teorías políticas de F. de Vitoria*, 1931, 18-19.

9 Hipías definía la ley: «Lo que los ciudadanos han decidido de común acuerdo respecto a lo que se debe hacer y lo que se debe evitar». JENOFONTE, *Memorabilia*, 4, 4,13; cf. GAIO, 1, 3.

10 «*Causam effectivam, instituentem et determinantem reliqua officiorum seu partium civitatis... dicimus legislatorem, secundariam vero quasi instrumentalem seu executivam dicimus principantem per auctoritatem huius a legislatore sibi concessam, secundum formam sibi traditam ab eodem, legem videlicet, secundum quam semper agere ac disponere debet quantum potest actus civiles... Dicamus seu legislatorem seu causam legis effectivam primam esse populum seu civium universitatem* [Llamamos legislador a la causa eficiente, que instituye y determina los oficios y partes de la ciudad; al príncipe le llamaremos causa secundaria o instrumental y ejecutiva, en virtud de la autoridad que le ha sido concedida por el legislador y según la forma en que se deposita tal autoridad en sus manos, esto es, mediante la ley, que es el parámetro al que el príncipe se somete en lo que toca a su quehacer civil. Digamos que el legislador o la causa eficiente primera o creadora de la ley es el pueblo, esto es, la colectividad que forman los ciudadanos]». *Defensor pacis*, 1, 12 y 1, 15.

11 La doctrina católica se inclinaba en la Edad Media a explicar la delegación por medio de una traslación, según la cual las competencias de gestión colectiva se habían transmitido definitivamente al que ejercía la potestad política. La protestante deriva más bien de la opinión de Marsilio de Padua: «*Populus maior principi*». Para la doctrina católica, en los regímenes democráticos el cuerpo de ciudadanos designa el titular del ejercicio de las competencias, pero no le transmite la potestad. León XIII: «*Designatur princeps, non conferuntur iura principatus, neque mandatur Imperium sed statuitur a quo sit gerendum* [Al designar al príncipe no le conferimos los derechos del principado ni le encomendamos el imperio, sino que estatuímos quién debe administrar]». La explicación que atribuye al ejercicio de autoridad origen divino es probablemente la primera en el tiempo en cuanto se trató de fundamentar la imposición de las normas. Es la que Platón (*Leyes* 3, 9) da para recomendar la designación de los titulares por la suerte, pues deciden entonces el favor de los dioses, y la fortuna, que viene a ser lo mismo. Psicológicamente, la atribución divina de la supe-

calvinistas en general, desarrollaron este pensamiento, que ha venido a ser, en esa forma, el punto de partida de importantes doctrinas políticas posteriores, después de haberse manifestado primero en una tendencia de emancipación del individuo en materias de religión. Th. Hobbes, que fundó sistemáticamente el Estado en el contrato, lo definió: «Contrato es la transmisión recíproca de derechos entre dos o más personas»¹².

rrioridad de hecho de algunos individuos, no pudiéndose derivar de un acto de voluntad de los declaradores de las normas ni de los que han de orientar por ellas la coordinación de su conducta, ni siendo factible señalar un origen humano a las cualidades que predisponen para el ejercicio de la autoridad, puede aproximarse tanto a la percepción de la verdad como las demás doctrinas, fundadas en otras consideraciones. Por eso escribe CH. Maurras (*Enquête sur la monarchie*, disc, pré.) que «toda idea de Derecho es divina... no puede recibir su carácter absoluto más que de una divinidad, sea cual fuere». Todos los derechos son divinos: el del padre, el del propietario, el del comerciante y el del trabajador, lo mismo que el del jefe político. Pero lo que es de origen divino es la potestad, no su personalización en un individuo determinado. San Juan Crisóstomo, en su *Homilía* 23 sobre la *Epístola a los Romanos*, argüía: «No hay potestad que no venga de Dios. ¿Qué decís? ¿Todos los príncipes han sido por tanto instituidos por Dios? No es eso lo que digo. No hablo de los mismos príncipes, sino de la calidad, de la potestad. Es necesaria la existencia de gobiernos y que no esté todo entregado a la anarquía y la casualidad, he aquí lo que yo atribuyo a la sabiduría divina. Por eso el apóstol no dice «todo príncipe viene de Dios», sino, hablando de la calidad: «toda potestad viene de Dios». Cf. M. DE LA BIGNE, *Traité général de l'État*, I, 1929, 281 y sig.

¹² *De cive*, I, 9. Hobbes y Spinoza derivaban el Estado de un pacto, pero mientras el primero fundamentaba en el pacto la monarquía absoluta, el segundo explicaba por el pacto los regímenes democráticos. Cf. la declaración del juez Hosmer en la sentencia del caso *Goshen v. Stonington* (4 Conn. 209, del año 1822): «*With those judges who assert the omnipotence of the legislature in all cases where the constitution has not interposed an explicit restraint, I cannot agree. Should there exist... a case of direct infraction of vested rights too palpable to be questioned, and too unjust to admit of vindication, I could not avoid considering it as a violation of the social compact, and within the control of the judiciary* [No puedo estar de acuerdo con esos jueces que afirman la omnipotencia de la legislatura en todos los casos donde la constitución no ha interpuesto una restricción explícita. Podría darse un caso de infracción directa de derechos establecidos demasiado palpable para ser cuestionado, y demasiado injusto para admitir su defensa, que no podría evitar considerarlo una violación de la integración social, sometida al control de la judicatura]».

En esta idea del pacto, cuya supervivencia se observa hoy todavía algunas veces en la explicación de la naturaleza del Estado llamado federal, no es de extrañar que se suponga que el pueblo pueda reservarse ciertos derechos. Esta hipótesis preside la redacción de los dos *Agreements of the People* de 1647 y 1649¹³. La resolución del Parlamento inglés destituyendo al rey Jacobo II en 1688 le reprocha la violación del «*original contract between the king and the people*». La existencia de ciertos derechos o competencias reservados al pueblo al constituir una colectividad política es una de las bases del sistema constitucional norteamericano¹⁴. En el Proyecto de Constitución Federal redactado por Pi y Margall y aprobado en la Asamblea Nacional del partido

13 V. el texto del *Agreement* de 26 de octubre de 1647 en G. JELLINEK, *Erklärung*, 78 y sig. Del segundo *Agreement*, de 15 de enero de 1649: «*The Representatives have, and shall be understood to have, the supreme trust in order to the preservation and government of the whole; and that their power extended, without the consent or concurrence of any other person or persons, to the erecting and abolishing of Courts of Justice and public officers, and to the enacting, altering, repealing and declaring of laws, and the highest and final Judgment concerning all natural or civil things, but not concerned things spiritual or evangelical* [Los representantes tienen, y debe entenderse que tienen, la confianza suprema en orden a la preservación y el gobierno de la totalidad; y que su poder se extiende, sin necesidad del consentimiento o concurrencia de cualquier otra persona o personas, a la puesta en planta y a la abolición de los Tribunales de Justicia y de los cargos públicos, a la aprobación, enmienda, derogación y declaración de las leyes, y al más alto e inapelable juicio en lo concerniente a las cosas naturales o civiles, a excepción de las cosas espirituales o evangélicas]». Cf. GARDINER, *The constitutional documents of the Puritan revolution*, 1906, 359 371.

14 Constitución, art. 10: «*The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people* [Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidos por ella a los Estados, se reservan a los Estados respectivamente, o al pueblo]». Cf. SUÁREZ, *De leg.*, III, cap. 9º: «*Sequitur etiam in principe supremo esse hanc potestatem eo modo et sub ea conditione sub qua data est et translata per communitatem; ratio est clara quia haec est veluti conventio quaedam inter communitatem et principem et ideo potestas recepta non excedit modum donationis vel conventionis* [También se deduce que esta potestad es así en el príncipe supremo y bajo esta condición bajo la que se le dio y trasladó por la comunidad; la razón es clara, porque esta es como un cierto acuerdo entre la comunidad y el príncipe y de ahí la potestad recibida no se sale del límite de lo dado o convenido]».

reunida en Zaragoza, en 1833, había un artículo que decía: «Todas las facultades que no hayan sido expresamente delegadas por los municipios a las regiones pertenecen a los municipios, todas las que no hayan sido delegadas por las regiones a la Federación pertenecen a las regiones, todas las que no hayan sido delegadas por el pueblo a los poderes públicos de los municipios, de las regiones o de la Federación pertenecen al pueblo».

Libertad e igualdad

Se trata, por tanto, de un enunciado que es, con mira al pasado, una protesta, y con mira al porvenir, un programa. Este es el sentido de los *Agreements of the People*, de las declaraciones de las colectividades regionales norteamericanas cuando se segregaron del Imperio Británico y de la Declaración de Independencia de Norteamérica. Se trataba, y así suele suceder, de tendencias de emancipación que, por no hallar una divisa mejor, pugnaban por adquirir eficacia política bajo la invocación de la libertad, aunque realmente no se lograra más que desplazar el origen de sus limitaciones, ya que éstas son siempre ineludibles en la convivencia. No se trataba de realizar la Libertad, así en sentido absoluto, que, sinónimo de inordinación, habría de degenerar en su antítesis más gravosa, sino de modificar la imputación de sus limitaciones, si bien eso no se ha comprendido luego por ciertos sedicentes liberales.

Al querer garantizar en la convivencia política la libertad individual, estableciendo cuáles límites es conveniente fijar, se comprendió que la libertad de cada individuo se desenvuelve más adecuadamente cuando se considera condición activa y pasiva de la de los demás¹⁵. De esas tenden-

15 Declaración de Derechos de 26 agosto de 1789, art. 4º: «*La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui; ainsi l'existence des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits* [La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudica a los demás; así, la existencia de los derechos naturales de cualquier hombre no tiene más límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos]».

cias centrífugas y centrípetas en los diversos intereses individuales resulta precisamente la coordinación, causa y efecto de la solidaridad de intereses primordiales constantes, que es la característica de las integraciones políticas. El ordenamiento que se impone a la actividad de los individuos se realiza para asegurarles el máximo de libertad social. Este ordenamiento se inspira en una elucidación de la congruencia social, en una ponderación de intereses en su aspecto individual y colectivo, cuya valoración circunstancial se concreta en los dictados de la que Aristóteles llamó «justicia distributiva». Por eso la justicia es, tanto desde el punto de vista individual como desde el punto de vista colectivo, la óptima realización de la libertad.

La valoración recíproca de los múltiples intereses que se manifiestan en la colectividad para determinar el grado de su importancia depende, entre otros, de factores de calidad y de difusión. Aquéllos suponen el discernimiento previo de la naturaleza humana, de sus fines necesarios y posibles, de los medios más adecuados para su consecución; la difusión es, en parte, fenómeno real, efectivo, y, en parte, sólo calculable en función de la probable comprensión de todos o de fracción importante de los miembros de la colectividad con respecto a la conveniencia de la deforma de ciertos intereses. Por eso se dice que la política es un arte. Lo es, en uno de sus aspectos: arte de elucidar lo posible. La iniciativa del legislador se nos presenta como un experimento social, cuyos resultados no se pueden prever con exactitud. El sistema de normas ha de completar, combinar y asegurar el proceso de continuidad y de estabilidad en que se desenvuelve incesantemente toda integración. Únicamente así se produce la seguridad, que constituye el requisito indispensable de toda convivencia; la seguridad, que implica la realización constante de uno de los términos de la triple redundancia con que expresó Ulpiano la naturaleza del Derecho: *suum cuique tribuere*.

Así se explica que la justicia, en política, se designe por el término de igualdad¹⁶, porque caso que estos conceptos no fueran idénticos, la igual-

16 KELSEN, *Staatslehre*, 368.

dad sería la máxima aproximación asequible de la justicia. La igualdad sugiere, en otra de sus acepciones, la de coincidencia de cualidades, medidas y valoración y de aquí las discrepancias que surgen cuando se trata de realizarla. Cabe afirmar que el porvenir de las colectividades políticas depende de la compensación que se logre establecer entre la desigualdad fundamental de los individuos y las aspiraciones de igualdad política.

Aristóteles enseñaba que el derecho es algo proporcional y expresaba esta proporcionalidad de, por lo menos, cuatro partes, con la fórmula $a : b = c : d$. El orden de los términos debía poderse alterar sin que se destruyera la proporcionalidad: $a : c = b : d$, etc. Todo lo que es antiproporcional es al mismo tiempo antijurídico. «Han de evitarse el exceso y el defecto en la medida de las cosas, los privilegios y la postergación; la igualdad se halla en medio de las ventajas de una parte y las desventajas de otra; esto es lo que llamamos Derecho». «Por esto acudimos al juez en casos dudosos. Acudir al juez es lo mismo que decir que acudimos a la justicia, pues el juez ha de ser la justicia viviente. El juez restablece la igualdad», es decir, el Derecho. Es más: el «derecho político» se da «donde un número de hombres colocados en pie de igualdad viven en comunidad... Entre hombres, cuando no se da el supuesto de libertad o de igualdad, no hay “derecho político”»¹⁷.

La igualdad, en cuanto es expresión de la justicia, rehúye una mecanización o equivalencia aritmética de las normas sin consideración al valor relativo de los intereses para los individuos y la comunidad¹⁸. El concepto

¹⁷ *Eth.*, 5, 6 y 5, 7.

¹⁸ En la igualdad tributaria suele estatuirse la proporcionalidad del gravamen con los recursos del contribuyente. Art. 13 de la Declaración de Derechos de 1789: «*Pour l'entretien de la force publique et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable; elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés* [Es indispensable una contribución común para el sostenimiento de la fuerza pública y para los gastos de la administración, que debe ser igualmente repartida entre todos los ciudadanos en razón de sus respectivas facultades]». Ver, en este mismo libro, «La igualdad en el Derecho tributario».

de la personalidad ya implica en algún modo requisito de igualdad¹⁹. Esta idea deriva del panteísmo, que considera el espíritu humano como un fragmento del espíritu divino. Por esta razón entendían los estoicos que todos los hombres son hijos de Dios, todos hermanos entre sí, sin diferencias intrínsecas de categoría²⁰. Este concepto fundamental de igualdad cualitativa halló reconocimiento parcial en el derecho romano²¹ y es uno de los principios esenciales del cristianismo. «No hay ya judíos o paganos, siervos o libres, hombres o mujeres, pues todos sois unos en Jesucristo», escribe el apóstol San Pablo a los galateos²².

Sobre las diferencias aparentes que observamos entre los hombres impera la justicia inmanente, aunque a veces incomprendible para nosotros. Para el legislador humano no existe esta presunción y, por tanto, después de establecer que todos son iguales ante el legislador, como lo son ante Dios, de quien se supone que aquél deriva su potestad, pueden deducirse dos consecuencias: la ley ha de aplicarse a todos por igual; la ley ha de poseer atributos que hagan equitativa su aplicación y ejecución. Ambas tesis se contienen en el que podríamos llamar primer proyecto de Constitución en sentido moderno que conocemos, el «Agreement of the People»

19 «*Der Mensch und überhaupt jedes vernünftige Wesen existiert als Zweck an sich selbst, nicht bloss als Mittel zum beliebigen Gebrauche für diesen oder jenen Willen, sondern muss in allen seinen sowohl auf sich selbst als auch auf andere vernünftige Wesen gerichteten Handlungen jederzeit zugleich als Zweck betrachtet werden* [El hombre y, en general, todo ser racional existe como un fin en sí mismo, no solo como medio para cualesquiera usos de esta o aquella otra voluntad; antes bien, debe en todos los sentidos, tanto en las acciones consigo mismo como también en las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado siempre, y al mismo tiempo, como fin]». KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, sección 2^a, ed. acad., 428.

20 EPICTETO 1, 3, 1; 1, 5, 3; 2, 8, 2; 3, 22, 12. SÉNECA, *De beneficiis*, 3, 28.

21 D., 50, 17, 32 (ULPIANO): «*Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt* [En lo que atiene al derecho civil, los esclavos se consideran como una cosa; no así por el derecho natural, porque, en lo que a él toca, todos los hombres son iguales]. Cf. ULPIANO en D. 1, 1, 4. Inst., 1, 2, 2: «*iure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur* [en efecto, según el derecho natural, todos los hombres nacían libres desde el principio]», 3, 28.

22 3, 28.

de 28 octubre 1647. En ese *Agreement*, que determinaba las competencias del Parlamento, se estatúa en primer lugar, que en todas las leyes había de obligarse por igual a todas las personas y que ni la propiedad, ni la categoría, ni privilegios, grados, nacimiento o lugar conferían exención del curso ordinario del procedimiento legal al que están sujetas otras personas y añadía que «puesto que las leyes han de ser iguales, han de ser buenas y no evidentemente destructoras de la seguridad y del bienestar del pueblo»²³.

Declaraciones de Derechos

La Declaración de Independencia de Norteamérica proclama luego en el siglo XVIII que «todos los hombres son creados iguales y están dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables».

La Declaración de Derechos de Virginia, del 12 junio de 1776, establece en su artículo primero «que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes»²⁴, y en el art. 4º repudia todo «emolumento o privilegio exclusivo o separado» a no ser en consideración a servicios públicos, impone una serie de limitaciones al ejercicio de la función legislativa ordinaria, y consigna en el art. 15 «que ningún gobierno libre ni los beneficios de la libertad pueden ser conservados en un pueblo, excepto por una firme adhesión a la justicia, moderación, templanza, frugalidad y virtud, y con recurso frecuente a los principios fundamentales». Otra alusión a la igualdad contiene esta Declaración, en lo relativo al «libre

23 Cf. GARDINER, *History of the Great Civil War*, 1898, III, 392 y sig.

24 «*Men being, as has been said, by nature all free, equal and independent...* [Como se ha indicado, los hombres son, por naturaleza, todos libres, iguales e independientes...]. Con estas palabras empieza el cap. 4º (On the beginning of political societies) del libro 2º de *Two Treatises of Civil Government*, de John Locke, publicado en 1690. Y antes habla escrito Suárez: «*Ex natura rei omnes homines nascuntur liberi et ideo nullus habet iurisdictionem politicam in alium, sicut nec dominium* [Por propia naturaleza, todos los hombres nacen libres y por ello nadie tiene jurisdicción política sobre otro, así como tampoco dominio]». *De leg.*, III, c. 2, § 3.

ejercicio de la religión, de acuerdo con los dictados de la conciencia», al cual tienen igual título todos los hombres²⁵. El aspecto religioso es prominente en las Declaraciones de Derechos norteamericanas, pero no debe atribuírsele exclusiva importancia²⁶.

En aquellas Declaraciones y en otros documentos anteriores se habían consignado garantías de la personalidad, ajenas al aspecto religioso y, por otra parte, en Norteamérica la intolerancia religiosa subsistió, después de las garantías establecidas en las cartas coloniales, en resoluciones posteriores de aquella época. Se comprende que el prevailecimiento absoluto de ciertas religiones con tendencia de exclusiva y total primacía anule la igualdad política en una integración²⁷, y por este motivo se extremó el

25 V. el texto en G. JELLINEK, *Erklärung*, 81 y sig. Trad. A. G. Posada, 228 y sig.

26 Como hace G. JELLINEK, *Erklärung*, cap. 7º: «*Die Religionsfreiheit in den anglo-amerikanischen Kolonien als Ursprung der Idee, ein allgemeines Menschenrecht durch Gesetz festzustellen* [La libertad religiosa en las colonias angloamericanas como origen de la idea de un derecho humano universal consagrado por la ley]», 42-56. En la traducción de A. G. Posada, págs. 113 y sig. Cf. REUMONT, *Protestantismus und Toleranz im 16. Jahrhundert*, 1911, 350 y sig. La idea de la libertad del pensamiento es anterior a las Declaraciones y al protestantismo.

27 Porque una religión, esto es, los que asumen la competencia de declarar sus dogmas o preceptos, pueden reivindicar la última resolución acerca de «lo justo y lo injusto». Cf. este pasaje de E. GIL Y ROBLES (*Tratado de Derecho Político según los principios de la filosofía y el derecho cristiano*, I, 1899, 160, 166): «El Estado (*stricto sensu*) tiene la obligación de ser católico, porque es un órgano de la nación o sea del Estado en su acepción más amplia; y por los mismos fundamentos de credibilidad natural y sobrenatural que las demás personas componentes de la sociedad civil, no está él tampoco exento del deber de profesar y practicar en la proporción y esfera correspondiente la religión revelada por Jesucristo... No habiendo más religión verdadera y buena que una, la que predicó Jesucristo y de la que hizo depositaria a su Iglesia, todas las otras religiones son falsas, hijas de las pecadoras fantasías del hombre y de las sugerencias del demonio; luego en el orden sobrenatural la libertad de conciencia es el derecho al error, el derecho al mal, a la condenación eterna». Cf., sin embargo, la encíclica *Immortale Dei*, de León XIII: «*Revere si divini cultus varia genera eodem iure esse quo veram religionem, Ecclesia iudicat non licere, non ideo tamen eos damnat rerum publicarum moderatores, qui magni alicuius aut adipiscendi boni, aut prohibendi causa mali, moribus atque usu patienter ferunt, ut ea haeant singula in civitate locum* [Si la Iglesia prohíbe ciertas

enunciado de los principios relativos a la libertad llamada de conciencia con repudiaciones absolutas que, aunque generalmente mitigadas, subsisten en nuestros días.

También los artículos adicionales a la Constitución norteamericana mencionan, de 1789 a 1791, ciertas facultades o libertades de los ciudadanos, que no pueden ser coartadas por ningún órgano constituido. El primer artículo adicional estatuye que el «Congreso no hará ninguna ley referente al establecimiento de una religión cualquiera o que prohíba su libre ejercicio, que limite la libertad de palabra o la de la prensa, el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a presentar peticiones al gobierno para la rectificación de perjuicios ocasionados». En general, «ninguna persona... será privada de la vida, libertad o propiedad sin los debidos requisitos jurídicos (*without due process of law*)²⁸, ni será empleada propiedad privada para fines públicos sin justa compensación»²⁹. Se garantiza además a todos los individuos la igual protección de las leyes (*equal protection of the laws*)³⁰. En la Constitución de 1787 se habían garantizado ya algunos aspectos del derecho de libertad y de la igualdad política³¹.

En la Europa moderna encontramos el principio de igualdad consignado en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciu-

formas de culto diferentes a las ortodoxas, no debe condenar a los gobernantes que, para conseguir un bien superior o evitar algún mal, permiten que existan esos cultos en alguna ciudad]».

28 V. infra (Capítulo Norteamérica).

29 Art. ad. 5°.

30 Art. ad 14.

31 ART. I: «*The privilege of the writ of habeas corpus shall not be suspended, unless when in cases of rebellion or invasion the public safety may require it. No bill of attainder or ex post facto law shall be passed. [...] No title of nobility shall be granted by the United States...* [El privilegio de solicitud de habeas corpus no se suspenderá, a menos que la seguridad pública lo exija en casos de rebelión o invasión. No se aprobará ningún *bill of attainder* ni leyes retroactivas ... Los Estados Unidos no concederán ningún título de nobleza]». ART. I°: «*No State shall... pass any bill of attainder, ex post facto law, or law impairing the obligation of contracts, or grant any title of nobility* [Ningún Estado aprobará ningún *bill of attainder*, ley retroactiva o ley que entorpezca el cumplimiento de los contratos, ni concederá título alguno de nobleza]».

dadano, de 1789: «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos». En el art. 6º se decía: «La ley debe ser la misma para todos, sea que proteja, sea que castigue. Siendo iguales a sus ojos todos los ciudadanos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad y sin más distinción que la de sus virtudes y talentos».

No se exceptúa en aquel texto a ningún órgano del Estado de la observancia de este principio, el cual no entraña una igualdad absoluta, que sería la mayor de las desigualdades, antes bien se reconoce, como decía Aristóteles, que la verdadera igualdad no puede determinarse sino con relación a un principio exterior a los individuos; principio de conveniencia o justicia³². Se comprende, por tanto, que en el art. 13 de la Declaración de 1789, que establece también la igualdad en la contribución a los gastos públicos, se haga referencia a la proporción de los recursos de los ciudadanos.

La fórmula hoy corriente en la Europa continental, que se usa en el art. 2º de nuestra Constitución, figura por primera vez en el art. 3º de la Declaración de 1793: «Todos los hombres son iguales por naturaleza y ante la ley»³³.

Terminología teológico-política

El origen de esta expresión ha de buscarse en la terminología teológica. Cicerón había definido la ley: «*ratio summa quae iubet ea quae faciendae sunt prohibetque contraria* [La máxima razón que ordena lo que se ha de hacer

32 «Se cree que el Derecho es igualdad, y es cierto, pero igualdad para iguales, no para todos. Y se cree asimismo que la desigualdad es Derecho, y también es cierto, pero no para todos, sino para desiguales». Pol., 3, 9; cf. también Pol., 3,12; 5, 11.

33 H. Aldag opina que entre el significado de las declaraciones de igualdad de 1789 y 1793 existe gran diferencia. No advierte que la segunda es más bien una aplicación política de la primera. *Gleichheit*, 15.

y prohíbe lo contrario]»³⁴, precisando el significado de los dos primeros vocablos: «*ratio summa Iovis* [la razón máxima de Júpiter]»³⁵. San Agustín acepta esa definición de Cicerón: «*illa lex, quae summa ratio nominatur... est ratio divina* [aquella ley, que se denomina razón máxima ... es la razón divina]»³⁶ de manera que «*lex est ratio divina et voluntas Dei* [la ley es la razón divina y la voluntad de Dios]», «*ordinem naturalem conservari iubens, perturbari vetans* [la que ordena que se conserve el orden natural, la que impide que sea perturbado]»³⁷. Pero al mismo tiempo admite San Agustín un elemento exclusivamente racional humano: «*lex est ratio hominis naturaliter in corde conscripta* [la ley es la razón del hombre escrita naturalmente en el corazón]»³⁸. La razón divina y la razón humana del legislador aparecen, pues, confundidas en el origen de la ley. «El que pide que la razón mande», había explicado ya Aristóteles, «pide que Dios y las leyes manden; el que quiere que sea el hombre el que domine, añade el animal. Porque el capricho es algo bestial y la cólera perturba a los hombres mejores entre los gobernantes. La ley es, por tanto, la razón pura, sin pasión»³⁹. No extrañará, pues, que escribiera San Pablo en su *Epístola a los romanos*: «Todos han de

34 *De leg.*, 1, 6. Platón alega en las *Leyes* un supuesto parentesco entre los términos νόμος y νόος; 12, 8.

35 *De leg.*, 2, 4.

36 *De libero arbitrio*, 1, 16; *Contra Faustum*, 22, 27.

37 *Contra Faustum*, 22, 27.

38 *Epístola* 57, 15. Cf. Santo Tomás, *Summa Theologiae*, 1, 2, q. 93, a. 3 ad 2: «*Lex humana in tantum habet rationem legis, in quantum est secundum rationem rectam; et secundum hoc manifestum est quod a lege aeterna derivatur. In quantum vero a ratione recedit, sic dicitur lex iniqua; et sic non habet rationem legis, sed magis violentiae cuiusdam* [La ley humana tiene fundamento jurídico en tanto en cuanto observa la recta razón; y según esto es claro que se deriva de una ley eterna. Pero en cuanto se aleja de la razón, se denomina ley injusta, y de este modo no tiene fundamento jurídico, sino que implica un acto de violencia]».

(4) Demóstenes, apud Marciano, D., 1, 3, 2.

Esprit des lois, 1, 3; *Ib.*, 1, 1: «*Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses* [Las leyes, en su significación más común, son las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas]».

39 *Pol.*, 3, 16.

estar sometidos a la autoridad, ya que no hay potestad que no proceda de Dios; donde hay una potestad, ha sido ordenada por Dios. Quien, por tanto, desobedece a la potestad instituida, desobedece la orden de Dios»⁴⁰. La razón divina y la humana coinciden también en la terminología política: «*lex est, cui omnes homines convenit obtemperare cum propter alia pleraque tum máxime, quod omnis lex inventum est et donum dei, placitum vero sapientium hominum coercitioque peccatorum tam voluntariorum quam non voluntariorum, civitatis autem pactum commune, secundum quod convenit vivere quicumque in ea sunt* [la ley es lo que todos acuerdan cumplir, máxime cuando todo cuanto está en la ley es un regalo divino y una orden de hombres sabios para reprimir a los pecadores, quieran o no quieran; un pacto común de la ciudad, según el cual acuerdan convivir todos sus pobladores]»⁴¹.

Montesquieu decía que «la ley, en general, es la razón humana en cuanto gobierna todos los pueblos de la tierra, y las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser más que los casos particulares a los que se aplica esta razón humana»⁴². Y Desmeuniers explicó en la Asamblea Nacional de 1789 que la expresión «la ley... anuncia el acto al cual deben estar sometidos todos los pueblos»⁴³. Al decir ahora que todos son iguales ante la ley, se entiende lo mismo que se quería significar cuando se atribuía el origen directo de las normas a la *ratio divina*⁴⁴.

40 13, 1-2.

41 Demóstenes, apud Marciano, D., 1, 3, 2.

42 *Esprit des lois*, 1, 3; Ib., 1, 1: «*Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses*».

43 Cf. H. HELLER, en *Veröffentlichungen*, 3, 104.

44 Esta «ratio» es, ni más ni menos, la «lógica de la naturaleza», la congruencia entre los elementos perceptibles que determinan nuestra conducta. Adquiría así la razón en los iusnaturalistas racionalistas un carácter absoluto, del que nos da Grocio reiterado testimonio: «*Est autem ius naturale adeo immutabile, ut ne a Deo quidem mutari queat. Quamquam enim immensa est dei potentia, dici tamen quaedam possunt, ad quae se illa non extendit... Sicut ergo ut bis duo non sint quatuor ne a Deo quidem potest effici, ita ne hoc quidem, ut quod intrinseca ratione malum est, malum non sit* [Es el derecho natural tan inmutable que ni siquiera Dios lo puede cambiar. Pues, a pesar de que es inmenso su poder, se puede decir que existen cosas a las que su poder no alcanza...

Sería sorprendente que este principio, de tan antiguos antecedentes, no hubiera tenido eficacia política antes de las revoluciones norteamericana y francesa. A pesar de que suele atribuirse su valimiento a esas revoluciones y a algunos precedentes ingleses, su realización es, probablemente, en una u otra forma, hecho muy anterior, con las consuetas transformaciones y los eclipses que se observan en la evolución social. E. Wohlhaupter y R. von Keller han expuesto algunos antecedentes medievales de las modernas Declaraciones de Derechos⁴⁵.

Como dos no son cuatro y Dios no puede hacer que lo sean, igualmente, lo que es intrínsecamente malo no puede hacer que sea bueno]. Dios es el autor de la «ratio» y como no ha de contradecir su naturaleza, tampoco puede incurrir en contradicción: «*Ius naturale est dictatum rectae rationis, indicans actui alicui ex eius convenientia aut disconvenientia cum ipsa natura rationali ac sociali, inesse moralem turpitudinem, aut necessitatem moralem, ac consequenter ab auctore naturae Deo talem actum aut vetari, aut praecipere* [Derecho natural es el dictado de la recta razón. Nos indica cuándo una acción es en sí moralmente repudiable o necesaria, según su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional y social, y, por consiguiente, cuándo tal acción está prohibida u ordenada por Dios, autor de la naturaleza]» (*De iure belli ac pacis*, 1, 1, 10). Obsérvase, por tanto, una asociación ideológica entre los conceptos expresados por los términos «Dios», «derecho natural», «razón», «ley», que explica el sentido absoluto ocasional del vocablo «ley» en la literatura política. Carl SCHMITT, *Politische Theologie*, 1934, 49: «*Alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre sind säkularisierte theologische Begriffe* [Todos los conceptos centrales de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados]».

45 E. WOHLHAUPTER, *La importancia de España en la historia de los derechos fundamentales*, 1930. R. v. KELLER, *Freiheitsgarantien für Person und Eigentum im Mittelalter*, 1933. Keller cita, entre otros, el siguiente documento bávaro de 1355, en que un duque se obliga en estos términos: «*Mer verhaissen wir in..., das wir nieman an seinen leuten und gueten noch an in selben ân recht nicht anfallen sollen, weder edel noch unedele, reich noch arme in steten oder in mergkten und uberall in unserem lande... Wir sollen yeden man lassen bleiben bei seinen rechten und eren und auch bei seinen brieven, die er hab von unsern vordern seligen und von uns* [Prometemos que nadie agredirá a la gente en sus bienes o derechos, sea noble o vasallo, rico o pobre, en las ciudades o en los mercados, que esté en todas nuestras tierras... Dejaremos que cualquier persona permanezca con sus derechos y honores y también con sus cartas, que ha recibido de nuestros antepasados y de nosotros]».

La igualdad en las Constituciones modernas

Puede afirmarse que las Constituciones modernas no contienen más que principios, normas, garantías, destinados a asegurar en lo posible la realización de la igualdad, determinando los órganos encargados de declarar las modalidades de la convivencia política y de velar por la salvaguardia de una proporción razonable entre los intereses cuya defensa asume la colectividad⁴⁶. R. v. Mohl colocaba la igualdad en el primer plano del «Estado de derecho». Los ciudadanos «tienen ante todo derecho a la igualdad ante la ley, esto es, a la consideración de los fines de la vida de todos, sin diferencia de circunstancias personales, y a la aplicación objetiva de las normas generales, sin distinción de rango, posición, etc., de los individuos»⁴⁷. El requisito de igualdad, en la medida asequible en un momento dado, es tan inherente al concepto del Estado, que sin ella no puede decirse que pueda existir un Estado en la acepción moderna de la palabra. La expresión «Estado de derecho» implica una redundancia; donde no hay Derecho no hay Estado. No hay nada que añadir a lo que dijo Platón en las *Leyes*: «No consideramos verdaderos Estados ni leyes legítimas las colectividades y los actos que no existen para el bien común, para el Estado en su totalidad; una legislación que sirve únicamente los intereses de un partido no podemos llamarla asunto del Estado, sino acto de partido y al que, determinado por esa legislación, llamaren Derecho, le negamos en absoluto todo fundamento a ostentar ese nombre»⁴⁸.

La igualdad, expresión de la justicia política, ocupa por tanto posición preeminente entre los derechos individuales reconocidos en las Constituciones. Hauriou agrupa los derechos enunciados en las Declaraciones en una clasificación, que comprende la igualdad, la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión y en una «superclasificación»,

⁴⁶ De la declaración correspondiente en la Constitución alemana de 1919 escribe R. Thoma que es el «leitmotiv de la Constitución». *Handbuch*, II, 624.

⁴⁷ *Encyklopädie der Staatswissenschaften*, 1859, 327.

⁴⁸ 4, 7.

que coloca en la cúspide de esos derechos la libertad y la igualdad⁴⁹. Pero la libertad no es un derecho social propiamente dicho, sólo podría existir en el «estado de naturaleza» si éste fuera en realidad concebible⁵⁰. La igualdad, por el contrario, es el requisito por excelencia de la convivencia y en este sentido está por encima de los demás derechos llamados individuales; puede aplicársele el calificativo de «fundamental». Su observancia no interesa tan sólo a los individuos considerados aisladamente, sino a la integración total en cada uno de los momentos de su evolución. Kelsen atribuye a la idea de igualdad un valor negativo, pues surgiría en virtud de la tendencia heteronómica del hombre consciente de su propio valor a rebelarse contra la autoridad de toda «plusvalía» en cualquier otro individuo que requiere obediencia para las normas que declara⁵¹. Hemos de recordar, sin embargo, que más negativo sería aún el supuesto *status naturalis*. A la larga, la igualdad se nos presenta como la condición esencial de la seguridad y, en este aspecto, que es el más importante, es el factor positivo por excelencia de la estabilidad progresiva en las integraciones sociales.

En el siglo XVIII la proclamación de la igualdad representó una reacción liberal contra la existencia de los privilegios y de las trabas de la

49 Droit. const. 638.

50 Morley ironiza en su libro sobre Rousseau (2, 3) el absurdo de la teoría de Hobbes y Rousseau, que supone en la humanidad un estado prístino de naturaleza que se distinguía por la libertad omnímoda del individuo: «¿Cómo puede ser que nazca libre el hombre? Si nace en aislamiento, parece instantáneamente. Si en una familia, desde el primer momento de su vida está sujeto a un estado de relación social, por muy rudimentaria que sea su forma; la medida de su libertad en ese estado depende de las circunstancias. En Roma y Atenas había poca libertad, pues las leyes y la opinión pública dejaban al padre el arbitrio de abandonar a su hijo recién nacido... Tampoco en los tiempos anteriores, de los patriarcas hebreos, nacía libre: Abraham tenía el derecho de sacrificar a su hijo y Jefe a su hija». El hombre sólo es libre en sociedad y el ejercicio de su libertad condiciona la libertad de los demás y está condicionado por ella. H. KELSEN, *Staatsform und Weltanschauung*, 1933, 10-11. Cf. también, del mismo autor, *Marx oder Lassalle*, 1924, 1 y sig.

51 *Staatslehre*, 321.

actividad individual que eran una de las características de los regímenes autocráticos y de la anquilosis de la división en estamentos⁵². Más adelante se unió a este pensamiento un ideal democrático, en la forma que había ensalzado Rousseau, que aspiraba a la participación de todos los miembros de la colectividad en la declaración de sus normas, en el supuesto que esta participación aseguraba de por sí la igualdad y, por tanto, la justicia. Establecíase con este procedimiento, en efecto, una de las bases de la integración, favoreciendo la coordinación espontánea, porque cada individuo, al ver que los demás asumen la defensa de intereses que percibe como particulares suyos, contribuye consciente a la satisfacción de los intereses de los demás miembros de la colectividad.

52 Preámbulo de la Constitución de 1791: «*L'Assemblée nationale, voulant établir la Constitution française sur les principes qu'elle vient de reconnaître et de déclarer, abolit irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits. Il n'y a plus ni noblesse, ni pairie, ni distinctions héréditaires, ni distinctions d'ordres, ni régime féodal, ni justices patrimoniales, ni aucun des titres, dénominations et prérogatives qui en dérivait, ni aucun ordre de chevalerie, ni aucune des corporations ou décorations pour lesquelles on exigeait des preuves de noblesse, ou qui supposaient des distinctions de naissance, ni aucune autre supériorité que celle des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions... Il n'y a plus ni vénalité, ni hérédité d'office public. Il n'y a plus, pour aucune partie de la nation, ni pour aucun individu, aucun privilège, ni exception au droit commun de tous les Français. Il n'y a plus ni jurandes, ni corporations de professions, arts et métiers. La loi ne reconnaît plus ni vœux religieux, ni aucun autre engagement qui serait contraire aux droits naturels, ou à la Constitution [La Asamblea nacional, queriendo establecer la Constitución francesa sobre los principios que ella ha reconocido y declarado, ha abolido irrevocablemente las instituciones que hieren la libertad y la igualdad de los derechos. Ya no hay nobleza, ni procerato, ni distinciones hereditarias, ni distinción de órdenes, ni régimen feudal, ni justicias patrimoniales, ni ninguno de los títulos, denominaciones y prerrogativas que de ellas derivaban, ni ningún orden de caballería, ni ninguna de las corporaciones o condecoraciones para las que se exigían pruebas de nobleza, o que suponían distinciones de nacimiento, ni ninguna otra superioridad que la de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Ya no hay venalidad y transmisión hereditaria del oficio público. Ya no hay, para ninguna parte de la nación, ni para ningún individuo, ningún privilegio, ni excepción al derecho común de todos los franceses. Ya no hay ni cofradías, ni corporaciones de profesiones, artes y oficios. La ley no reconoce ya ni los votos religiosos, ni ningún otro compromiso que sea contrario a los derechos naturales o a la Constitución]*».

Liberalismo y democracia

La tendencia liberal o la democrática pueden prevalecer en la realización del principio de igualdad, según que se considere que es misión del Estado realizar directamente cierta clase de igualdad o que es más útil y en último término más eficaz que el Estado se limite a establecer condiciones políticas que coloquen a todos los individuos en situación de aprovechar determinados beneficios de la sociabilidad. Sucede, sin embargo, que la tendencia liberal y la democrática no actúan de modo esencialmente distinto, pues la igualdad liberal puede realizarse creando una situación de igualdad real o material⁵³. Tal es el caso en la igualdad material que en algunas colectividades políticas se establece entre los hijos «legítimos» y los «ilegítimos»⁵⁴. No cabe duda que la igualdad material puede facilitar la equiparación potencial de los miembros de la integración, aunque no exista seguridad absoluta de que el resultado corresponda a las esperanzas. La tentativa de instituir políticamente una igualdad o igualización material tiene al mismo tiempo por consecuencia una merma de las posibilidades relativas de otros individuos, las cuales se consideran privilegios perjudiciales, incompatibles con la solidaridad política. Esta es la interpretación de ciertas medidas que coartan o destruyen el derecho de apropiación de bienes que se dan en cantidad limitada. La tendencia liberal o la democrática influyen en el concepto de igualdad que los constituyentes tratan de llevar a la práctica⁵⁵. La igualdad tiene tendencia liberal en la Constitución norteamericana y democrática en la española.

53 No se puede aceptar la división del concepto de igualdad en personal y real de manera que queden deslindados esos dos aspectos, inseparables, de la igualdad, como pretende H. NAWIASKY, *Veröffentlichungen*, 35 y sig. Cf. Fr. STIER-SOMLO, *Gleichheit vor dem Gesetz*, en NIPPERDEY I, 193 y sig. No existe verdadera igualdad personal sin igualdad real, y viceversa.

54 Estos vocablos ofrecen un curioso ejemplo de inversión terminológica. Si se hubiera de aplicar al caso el calificativo de «legítimos» o «ilegítimos», parece que habría de referirse a los padres, no a los hijos.

55 Cf. H. KELSEN, *La démocratie; sa nature; sa valeur*, 1932, trad. de Ch. Eisenmann, 1 y sig.

R. Thoma señala que es inmanente en la democracia radical la tendencia igualitaria. La gestión de todos los intereses colectivos habría de ser encomendada a todos los ciudadanos por riguroso turno o designando por la suerte a los titulares del ejercicio de las funciones. La democracia radical económica equivale al comunismo⁵⁶. En la declaración de las decisiones en una democracia radical se impone el plebiscito como última instancia, y, donde parece necesaria una delegación, se reservaría el pueblo la competencia de destitución de todos los titulares de funciones colectivas. Esta igualdad que se trataría de imponer en la colectividad política vendría a ser un correctivo a la naturaleza, una reacción negadora de las desigualdades reales⁵⁷. Podría obtenerse el resultado perseguido si el contenido de lo político fuera todo lo social, toda la actividad social de todos los individuos de una colectividad determinada⁵⁸, y si la mera declaración de las normas políticas llevara aparejada consigo su constante y segura eficacia. Ninguno de estos dos supuestos se da en la realidad. No podemos prometernos en lo político, ni en cualquiera otro aspecto de la convivencia social, éxito completo y duradero del propósito de suplantar a la naturaleza. Dejando aparte la desigualdad física, vemos que las diferencias en la consciencia de la responsabilidad social, la laboriosidad, el

56 R. LAUN, *Démocratie*. 1933, 154: «*Quand on tient compte du fait que la répartition de la propriété signifie la répartition de devoirs à l'obéissance, il faut dire: Toutes les démocraties de l'histoire et du temps présent se trouvent généralement à peu près aussi éloignées que les États non démocratiques de l'idéal de l'égalité des citoyens devant les devoirs d'obéissance* [Cuando tenemos en cuenta el hecho de que el reparto de la propiedad significa repartir los deberes de obediencia, hay que decir: todas las democracias de la historia y del tiempo presente están más o menos igual de alejadas que los Estados no democráticos del ideal de la igualdad de los ciudadanos ante los deberes de obediencia]».

57 [R. THOMA], «*Der Begriff der modernen Demokratie in seinem Verhältnis zum Staatsbegriff, Prologomena zu einer Analyse des demokratischen Staates der Gegenwart* [El concepto de la democracia moderna en sus relaciones con el concepto del Estado. Prolegómenos a un análisis del actual Estado democrático], en *Hauptprobleme der Soziologie, Erinnerungsgabe für Max Weber*, 1923, II, 39 y sig.

58 G. JELLINEK, *Staatslehre*, 91-92.

talento, la aptitud técnica, la previsión, la prudencia, la moderación, la generosidad, el sacrificio, sólo pueden ser compensadas —y, únicamente, a la larga, por la educación— en parte, nunca en su totalidad.

Por esta razón no puede afirmarse, como expresa R. Thoma, que el liberalismo democrático es antiigualitario. Reconoce esta doctrina las desigualdades existentes y procura reducir la distancia entre los extremos fomentando el bienestar de los menos favorecidos. El criterio político respecto a las desigualdades sociales ha de orientarse por la conveniencia o utilidad individual y social en cada caso, que siempre coincide con la justicia. No se ha demostrado que las diferencias en riqueza, categoría o rango social sean, en principio, desconvenientes para el individuo y la colectividad. Es una cuestión de mérito y medida.

El producto del trabajo en una colectividad puede ser distribuido entre los que trabajan o entre todos sin distinción. El criterio de distribución puede ser vario: a) dar a cada individuo una cantidad igual del producto; b) establecer la cantidad del producto proporcionalmente a la participación temporal en el trabajo; c) a la participación en la cantidad de la producción; o, d) en la calidad de la producción; e) proporcionalmente a las necesidades de cada individuo; o, f) a la calidad de los servicios prestados a la colectividad⁵⁹. Podrá llegarse a un acuerdo en la repudiación de las consecuencias extremas de ciertos juicios de valor, pero aunque existiera conformidad fundamental en los principios, es improbable que se consiga unanimidad al dilucidar las modalidades concretas de su aplicación.

No puede decirse con fundamento que la tendencia a igualar lo inigualable sea más eficazmente igualitaria que los esfuerzos encaminados a corregir la desigualdad de lo igualable.

El principio de la igualdad ante la ley se anuncia en regímenes muy diversos y puede implicar una posición del individuo, con respecto a los órganos colectivos, distinta en cada caso. Lo encontramos consignado en Constituciones de tan diferente carácter como las Cartas constitucionales francesas

59 Cf. J. STUART MILL, *Utilitarianism*, cap. 5°.

de 1814 y 1830, en la Constitución belga de 1831, en la prusiana de 1850, la suiza de 1874, el proyecto de Constitución federal española de 1873, la Constitución italiana de 1876, la alemana de 1919 y la española de 1931⁶⁰. Son explicables las dudas suscitadas por la diversidad de circunstancias. Este enunciado, en apariencia tan sencillo, tan claro, encierra una serie de problemas relacionados con lo más fundamental de la estructura del Estado.

Ciudadanos y extranjeros

Suele expresarse este principio en las Constituciones modernas, refiriéndolo, como se hizo en las Declaraciones francesas posteriores a la del 1793, a los ciudadanos del propio Estado, y así leemos en la Constitución española de 1931: «Todos los españoles son iguales ante la ley».

Carl Schmitt, que entiende que la esencia de «lo político» es la distinción entre «amigo» y «enemigo», quiere dar a esta fórmula una interpretación restrictiva, suponiendo que están diferenciados los derechos individuales (fundamentales) absolutos y los que Schmitt denomina «derechos democráticos de ciudadanía». Éstos se basan «en la idea democrática de la igualdad y han de disfrutarlos todos los ciudadanos en la misma medida». Y añade: «No rigen, naturalmente, para los extranjeros, porque de otro modo dejan de existir la comunidad y la unidad política y desaparece el supuesto esencial de la existencia política, la posibilidad de distinción entre amigo y enemigo»⁶¹. Esta diferenciación nos retrocede a los «tiempos heroicos» de la protohistoria. Es cierto que Platón comparaba el Estado a un mastín que acoge con alborozo y meneando la cola a los amigos, ladrando amenazador a los enemigos, entendiendo por tales a los extranjeros, pero eso era en el supuesto —erróneo, por lo demás— que la

60 LEIBHOLZ, *Gleichheit*, 14, nota 2, da una relación de las Constituciones que enuncian el principio de igualdad. V. también las referencias en el índice alfabético de la colección de Daresté (nueva ed. por J. Delpech y J. Laferrière). Cf. los textos reunidos por A. AULARD y B. MIRKINE-GUETZÉVITCH en *Les Déclarations des Droits de l'Homme*, 1929.

61 *Verfassungslehre*, 1928, 166-169; *Der Begriff des Politischen*, 1933, 7 y sig.

distinción entre φίλος y ἔχθρός corresponde a la de ἀγαθόν y κακόν. En la Constitución española no se condicionan ciertos derechos individuales a la cualidad de ciudadanía en virtud de esa añeja distinción, sino por razones de oportunidad. El espíritu de los constituyentes fue, en este punto, propenso a reconocer la igualdad general. Y a pesar de que el título 3º de la Constitución ostenta el epígrafe «Derechos y deberes de los españoles», en él se reconocen ciertos derechos a todos los habitantes del territorio español, sin el requisito de la ciudadanía.

Entre los «derechos democráticos» coloca Schmitt el de igualdad ante la ley, consignado en el art. 109 de la Constitución alemana de 1919. El requisito de igualdad estaría, pues, adscrito a la pertenencia a una colectividad política determinada. He aquí la ideología profética de Schmitt: «La democracia política no puede basarse en la falta de diferenciación entre todos los hombres, sino únicamente en la pertenencia a un pueblo, pudiéndose calificar esa pertenencia en virtud de momentos muy distintos: ideas de comunidad de raza, religión, destino común y tradición. La igualdad, que corresponde a la esencia de la democracia, se dirige, por tanto, hacia dentro y no hacia fuera: en un Estado democrático todos los ciudadanos son iguales. De esto se deduce para la consideración política y jurídico-estatal que quien no es ciudadano no es tomado en cuenta para esta igualdad democrática... En cuanto el extranjero recibe tratamiento igual, no se trata de asuntos políticos, sino de consecuencias de derechos de libertad generales, de espíritu liberal, en materias no políticas (propiedad privada, protección jurídica, etc.)»⁶². Schmitt termina esta exposición, en la que incurre en su habitual anfibología al emplear el término

62 SCHMITT (primero en *Verfassungslehre*, 164 y sig., después, con modificaciones, en *Handbuch*, II, 590 y sig.) y W. JELLINEK (*Verwaltungsrecht*, 200 y sig.) desenvuelven, siguiendo a R. Thoma, «Grundrechte und Polizeigewalt [Derechos fundamentales y poder de policía]», en *Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Oberverwaltungsgerichts*, ed. por TRIEPEL, 1925, 191 y sig., una clasificación de los derechos «individuales», «fundamentales», «subjetivos públicos» o «garantías constitucionales» más detallada que la ya referida de Hauriou. Aunque no siempre corresponde el detalle de la sutil diferenciación

«político»⁶³, haciendo referencia a la misma Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en la cual, afirma, se dice primero que todos los hombres son libres e iguales por naturaleza, pero en cuanto se refiere a «derechos estatales y políticos» no habla ya del «hombre» sino del «ciudadano».

Ni en los *Agreements of the People* ni en la Declaración norteamericana de 1776, redactada por Jefferson, se establece limitación en este sentido; tampoco se menciona en la Declaración de Derechos de Virginia distinción ninguna entre «propios» y «extraños» con referencia a la igualdad. Los documentos que conocemos relativos a la Declaración francesa de 1789 no dejan lugar a duda —y en ello confirman sus precedentes ideológicos— acerca de su carácter universal. Desmeuniers manifiesta en la Asamblea: «Es preciso hacer una Declaración de Derechos que preceda la Constitución francesa, es decir, una declaración de principios comunes a todos los gobiernos»⁶⁴. Y en el preámbulo de la Declaración se lee: «Los representantes del pueblo francés han resuelto exponer en una declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre... a fin de que los actos del poder legislativo y los del poder ejecutivo, mediante la comparación, en todo momento, con el fin de toda institución política, sean, en su virtud, más respetados». En el título 1º de la Constitución de 1791, cuyo epígrafe es «Disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución», se establece: «El poder legislativo no podrá hacer leyes que coarten y obstaculicen los derechos naturales y civiles [sc. cívicos] consignados en este título». La especificación de las personas a quienes se dirige la Constitución se hacía con referencia concreta a los miembros de la colectividad política, pues, a pesar de la tendencia de universalidad, un órgano del Estado francés no podía hacer una

a características reales de cada derecho, las distinciones conceptuales de los autores alemanes tienen a veces alguna realidad política.

63 V., sobre la terminología de Schmitt: M. KRAFT-FUCHS, «Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre», en *Zeitschrift für Öffentliches Recht* [Observaciones de principio a la teoría de la constitución de Carl Schmitt], 1930, 514 y sig.

64 Arch. parl., 1ª serie, VIII, 334.

Constitución para el mundo entero, no porque entendiera que ciertos derechos habían de ser monopolio de los ciudadanos, sin respeto a la equidad, a la igualdad relativa, sino porque había de establecerse una correspondencia entre los derechos y los deberes, condición de la solidaridad⁶⁵.

En lo que no perturbe esta correspondencia, es general el reconocimiento de los derechos individuales. Conviene recordar a este respecto la fórmula de este principio en algunas Constituciones. Del preámbulo de la Constitución argentina de 1860: «Nos, los Representantes de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las Provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la Unión Nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino...». En el art. 16 se declara: «La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales, ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra consideración que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas».

65 Del «Projet de Déclaration des Droits» que Sieyès presentó a la Asamblea Constituyente: *«Il existe une différence entre les droits naturels et civils et les droits politiques. Elle consiste en ce que les droits naturels et civils sont ceux pour le maintien et le développement desquels la société est formée, et les droits politiques ceux par lesquels la société se forme et se maintient. Tous les habitants d'un pays ont droit à la protection de leur personne, de leur propriété, de leur liberté, mais tous n'ont pas droit à prendre une part active dans la formation des pouvoirs publics. Les femmes, du moins dans l'état actuel, les enfants, les étrangers, ceux encore qui ne contribueraient en rien à soutenir l'établissement public, ne doivent pas influencer activement sur la chose publique* [Existe una diferencia entre los derechos naturales y civiles y los derechos políticos. Consiste en que los derechos naturales y civiles son aquellos para cuyo mantenimiento y desarrollo se forma la sociedad, y los derechos políticos son aquellos a través de los cuales la sociedad se forma y mantiene. Todos los habitantes de un país tienen derecho a la protección de su persona, de su propiedad, de su libertad, pero no todos tienen derecho a tomar parte activa en la formación de los poderes públicos. Las mujeres, al menos en el estado actual, los niños, los extranjeros, incluso aquellos que no contribuyen en nada a sostener los establecimientos públicos, no deben influir activamente en la cosa pública]». Cf. LOCKE, 1. c., II, § 86.

Éste es el criterio general en Hispanoamérica⁶⁶. Uruguay (1917), art. 148 de la Constitución: «Los hombres son iguales ante la Ley, sea preceptiva, penal o tuitiva, no reconociéndose otra distinción entre ellos sino la de los talentos o las virtudes». Chile (1925), art. 10: «La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: 1° La igualdad ante la ley. En Chile no hay clase privilegiada». Brasil (1891), art. 72. «*A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:...* § 2°: *Todos são iguaes perante a lei. A República não admite privilegios de nascimento, desconhece fóros de nobreza e extingue as ordens honorificas e regalias, bem como os titulos nobiliarchicos e de conselho*». Lo mismo sucede en Norteamérica. Los artículos adicionales 5°, 6° y 14 amparan también a los extranjeros, pues se emplea la expresión «any person»⁶⁷.

La distinción entre ciudadanos y extranjeros obedece a necesidades de correlación y responde a la igualdad relativa de su situación en la colectividad política, no a exclusión u hostilidad sistemática que derive de la misma naturaleza de la integración.

La ley

Cuando se estatuye la igualdad ante «la ley», ¿cuál es el significado que ha de atribuirse al término «ley» en el sistema de normas políticas de una colectividad?

Una doctrina, que obtuvo predicamento en el siglo XVIII, por motivos políticos, entiende que «ley» significa «precepto general y de duración indefinida». Tal es la definición que dio el proyecto de Constitución jacobina de 1793⁶⁸. Precepto general, esto es, que se dirige a una pluralidad no concreta de personas y que, por lo tanto, abarca una pluralidad de casos

66 V. la nota de E. S. Zeballos a la pág. 191 del vol. I del *Manual de Derecho Internacional Privado*, 1928, de A. WEISS y J. MATOS, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 1922, 139-208.

67 Cf. WHARTON, *Conflict of laws*, 1905, 65; MOORE, *International Law Digest*, I, 2 y 7.

68 Secc. 2ª, art. 4º: «Les caractères qui distinguent les lois sont leur généralité et leur durée indefinie». Cf. *Veröffentlichungen*, 4, 98 y sig.

posibles. Precepto duradero, porque, lejos de ser meramente circunstancial, y por su mismo carácter de generalidad, excede las necesidades momentáneas, que habrían de atenderse con disposiciones de otra índole. Insisten en esta distinción de «ley» y «medida» los que en nuestra época desean poner correctivo a los excesos o la negligencia de los Parlamentos. Unos, de ideas antiliberales y antidemocráticas, como Carl Schmitt, que considera el Parlamento como una institución anacrónica y deficiente⁶⁹; otros, como Jèze, quieren distinguir entre las normas generales, leyes, y las demás normas particulares, para preconizar la atribución a los tribunales del contraste de estas últimas⁷⁰, aun en régimen, como el francés actual, que se supone no admite fiscalización judicial de las decisiones del Parlamento.

La distinción entre normas generales y particulares ofrece el inconveniente de ser imprecisa y por tanto poco apta para fundamentar un criterio doctrinal o práctico. El límite entre disposiciones generales y disposiciones particulares es imposible de trazar. Toda disposición en apariencia particular responde, si bien se examina, a un criterio general. Esta distinción, que desde el punto de vista teórico carece de fundamento suficiente, es todavía menos sostenible en su aspecto histórico. Las competencias del Parlamento han surgido en lucha tenaz con exponentes de monarquías y oligarquías que se atribuían competencia única normativa en el Estado y esa limitación a las competencias en regímenes autocráticos se ha verificado asumiendo los Parlamentos de modo exclusivo ciertas competencias o imponiendo la participación y el consentimiento parlamentarios para su ejercicio. Eso ha sucedido principalmente con las decisiones, sea cual fuere su forma, que implican obligaciones tocantes a la vida, la libertad y la hacienda de los ciudadanos o limitaciones de las competencias de órganos de colectividades políticas intraestatales. A esa modalidad histórica de la evolución del Parlamento se deben competencias que, según

69 Cf. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 1926, 41-64, 77-90.

70 *Les principes généraux du droit administratif*, 1914, cap. 8°. Cf. BARTHELEMY/DUEZ, *Dr. const.*, 728.

la clasificación ya tradicional de las normas, no podrían ser calificadas de legislativas.

Cuando no se define en la Constitución qué es «la ley», ningún órgano constituido del Estado tiene ya competencia para determinar el significado exclusivo y único de este término. Y, sin embargo, de la significación de esta palabra dependen aspectos importantísimos de la estructura política. El contenido de «la ley» sirve, de una parte, para delimitar la extensión de la competencia del órgano a que se atribuye la facultad legislativa; de otra parte, para señalar todas las decisiones que han de ser declaradas por medio de una ley y que, por tanto, están sustraídas a la gestión de todos los órganos constituidos, aparte del legislativo. Si no se expresa en la Constitución el alcance de «la ley», su contenido se regirá por la tradición, las modalidades generales de la distribución de competencias, la eficacia de las diversas tendencias políticas, la influencia de la doctrina científica, etc.

En el sistema constitucional español el concepto de la ley puede deducirse de la variable terminología de la Constitución. La Constitución no define la ley; pero dice, aunque con expresión en exceso simplista, que la potestad legislativa se ejerce por medio del Congreso, es decir, que el Congreso es órgano al que compete principal y normalmente la función legislativa. El Reglamento de las que fueron Cortes Constituyentes, al anunciar los requisitos para la formación de una ley, no contenía referencia relativa a su contenido general o especial. El criterio constitucional español es, pues, puramente formal. Es ley la decisión de las Cortes aprobada con los trámites establecidos en la Constitución o, en su defecto, en el Reglamento de las Cortes, y promulgada, en su caso, por el presidente de la República.

El término «ley», usado en sentido genérico, se aplica al conjunto de normas políticas⁷¹. La misma significación que en el art. 2º tiene en el art. 91 de la Constitución. «Los jueces son independientes en su función. Sólo

71 LEIBHOLZ, *Gleichheit*, 35: «Gesetz im Sinne des Art. 109 ist jede Rechtsnorm. Gleich vor dem Gesetz bedeutet somit gleiche Bewertung durch das Recht in allen seinen Erscheinungsformen [Ley, en el sentido del art. 109 de la Constitución, es toda norma jurídica. Igualdad ante la ley significa, por tanto, una valoración idéntica a través del derecho en todas sus expresiones]».

están sometidos a la ley». Es decir, están sometidos en primer lugar a la Constitución, como se indica en el art. 100, aunque no tengan competencia para decidir por sí acerca de la inconstitucionalidad de las leyes. Pero pueden decidir, provisionalmente, en favor de la constitucionalidad, pues sólo han de dirigirse al Tribunal de Garantías Constitucionales cuando estimen que una ley que habrían de aplicar es contraria a la Constitución.

Si no se llegara a esta conclusión, resultaría que las normas constitucionales no pertenecerían por su carácter intrínseco al sistema político de una integración como una de sus bases normativas, pues no obligarían a todos los órganos constituidos. Estaría eximido de aceptarlas como factor fundamental de coordinación el órgano constituido más importante en los Estados de régimen parlamentario, el órgano principal de la función legislativa, al cual están sometidos directa o indirectamente todos los demás. Mientras no exista una garantía para remediar los excesos en el ejercicio de la competencia de los órganos constituidos, el acatamiento de las decisiones del constituyente será aleatorio y circunstancial⁷². Pero si bien el supuesto de la eficacia de una Constitución escrita es su calidad primaria y primordial en el sistema de las normas políticas, símbolo, factor y requisito de la integración, no es necesario para obtener este convencimiento establecer un principio de jerarquía de las normas, que no alcanza nunca realización en la práctica, porque las normas no contienen ni regulan eficazmente todos los aspectos de la convivencia política. Dentro del sistema de normas —que no equivale al sistema político— la Constitución instituye los órganos de gestión de los intereses colectivos y distribuye entre esos órganos las competencias que se juzgan necesarias.

La igualdad y la ley

Y estas consideraciones nos llevan a examinar el problema que vamos a tratar de resolver. La igualdad a que se refieren las Constituciones en los

72 G. JELLINEK, *System*, 96.

términos referidos, ¿puede ser una igualdad meramente exterior y posterior a la ley?; ¿es una igualdad de aplicación y ejecución, o queda implicado en la expresión constitucional el requisito de igualdad en la misma ley?

E. Kaufmann⁷³ y G. Leibholz⁷⁴ creen que si el enunciado de que tratamos, que es en la Constitución alemana de 1919 literalmente idéntico al del art. 2º de nuestra Constitución, hubiera de referirse sólo a la ejecución de las leyes, sería un truismo innecesario, ya que es evidente que las leyes han de aplicarse y ejecutarse por igual sin consideración a la categoría de las personas. Esta alegación, sin embargo, no nos convence. Hay en las Constituciones, frecuentemente, normas y principios que responden hasta tal punto a la opinión de la mayoría, o dominante, que su formulación parece superflua. Pero no lo es, siquiera como remembranza de principios anteriores o como parte que explica y sustenta otros principios o normas. Es cierto que debe suponerse la ejecución universal constante de las leyes, pero la experiencia y la observación actual nos enseñan que no es aún superflua en nuestras colectividades políticas la enunciación de este principio. Si quisiéramos examinar la naturaleza lógica de cada precepto constitucional, pocos quedarían cuya inclusión pudiera ser exigida por la novedad. El mismo carácter de truismo tiene la fórmula de la obligación de atenerse a la igualdad cuando se dirige a los órganos de la ejecución que cuando obliga a los de la legislación. Claro es que el principio de igualdad obliga a la «Administración» también en sus competencias «discrecionales»; impone obligación de actuar a los funcionarios del ministerio fiscal; ha de inspirar las resoluciones de los jueces, los autos de procesamiento, las decisiones relativas a la libertad provisional con fianza o sin ella, los trámites; en los centros administrativos ordena el despacho de los asuntos, excluye el privilegio o la preterición de personas, poblaciones, comarcas y grupos de todas clases, y, finalmente, debe regir la actividad de los órganos encargados de la función financiera.

73 *Veröffentlichungen*, 3, 6.

74 *Gleichheit*, 30-31.

Que la igualdad no puede ser un requisito de la mera ejecución de las leyes se advierte porque si la igualdad en el sentido de proporción, idoneidad, congruencia o justicia ha de regir en la integración política, es imprescindible que inspire el contenido de las normas, pues no puede ejecutarse con igualdad una ley injusta. Sería absurdo exigir la igualdad en la ejecución si no la hubo en la declaración de la norma y esa exigencia habría de quedar frustrada necesariamente. Un sistema de normas en el que cada una de ellas no se ajuste a la igualdad ha de adolecer inexorablemente de contradicciones en las que se acusa en cada caso la desigualdad. El único criterio que excluye las contradicciones y la desigualdad es el de la justicia⁷⁵.

Además, la ley no es en las modalidades de la convivencia política un fenómeno esporádico e instantáneo. Es el producto de un proceso de elaboración en varias etapas, a la manera de la armazón piramidal de la Constitución estructurada según las ideas de Sieyès en el año VIII, y todos los que participan en esa elaboración, desde el instante de los primeros preparativos y de la iniciativa, pasando por la deliberación y la discusión, con sus distintas votaciones, hasta llegar a la aprobación final, han de tener presente el principio constitucional de la igualdad en que han de ser colocados los ciudadanos ante la ley que se está elaborando. Por eso obliga el principio de igualdad a todos los órganos que instituye la Constitución y ante todo al principal órgano legislativo, al Parlamento.

Esta obligación existe aunque no se mencione expresamente en la Constitución. Ya señaló Aristóteles que el sentido de la justicia es lo único que distingue al hombre de los brutos⁷⁶; no la sociabilidad, que se observa también en ciertos animales, y San Agustín, insistiendo en la doctrina de

75 «Lo justo es igual para todos, lo injusto implica simultáneamente una desigualdad individual». Informe de la Facultad de Derecho de la Universidad de Berna, del 1º de diciembre de 1868, en un conflicto entre funcionarios eclesiásticos y el cantón de Schaffhausen. Cf. BURCKHARDT, *Kommentar*, 26.

76 *Pol.*, 1, 2.

Cicerón, profirió aquella célebre invectiva: ¿Qué es un Estado sin justicia sino un magno latrocinio?⁷⁷

Este requisito de igualdad proporcional en las decisiones adquiere importancia política considerable cuando en un sistema constitucional se instituyen órganos con competencia concurrente o fiscalizadora del ejercicio de las decisiones de un órgano de la función legislativa y de la función gubernativa. Competencia concurrente es la de cada uno de los órganos colegiados de la función legislativa en el sistema bicameral; competencia concurrente y fiscalizadora tenía el Senado francés del año VIII; competencia fiscalizadora ejercen la judicatura en Norteamérica y los tribunales constitucionales de índole análoga, y de semejante naturaleza es la del Tribunal de Garantías Constitucionales en España.

No ha de disimularse la importancia de las consecuencias de este sistema de estructura política. La competencia legislativa implica la facultad constitucional de discernir la óptima modalidad política de la congruencia de los intereses individuales y colectivos. Si la apreciación del Parlamento respecto a la proporcionalidad en la regulación y compensación de los intereses no es definitiva, en los casos en que no lo sea, el verdadero «legislador» no será el Parlamento, sino el órgano a quien se atribuya la competencia de contrastar los fundamentos de la decisión parlamentaria.

Hay Estados en que aunque se suponga válido el principio de igualdad, a pesar de no estar enunciado expresamente en las leyes constitucionales, como en Francia, no ha previsto la Constitución de modo indubitable un órgano al que incumba rectificar desvíos ocasionales del Parlamento. Otros Estados, como Suiza, reconocen explícitamente en la Constitución la igualdad ante la ley, pero tampoco han instituido, por ahora, un órgano que pueda asegurar, en defecto de las Cámaras, la observancia constante de este o de otro cualquiera principio constitucional. Hay también Estados que, como Australia, han creado un órgano contrastador de la gestión legislativa, pero que, deliberadamente, no han incluido en la Constitu-

77 *Opus imperf. contra Iulianum*, 1, 34, 36.

ción principios generales cuya interpretación y aplicación pueda quedar al arbitrio de aquel órgano fiscalizador. Y hay, por otra parte, Estados, y entre ellos figura España, en que se han instituido órganos que, en diversas circunstancias, pueden anular por distintos motivos y con determinados trámites una decisión legislativa del Parlamento.

La garantía de la igualdad ante la ley con respecto, exclusivamente, a los órganos «ejecutivos», administración y judicatura, es reminiscencia de la estructura política de los regímenes autocráticos, en los cuales significaba el mínimo de garantías para los súbditos. Y aun en algunas integraciones políticas de régimen autocrático surgió ya la idea de derechos fundamentales para limitar la competencia del autócrata. En las monarquías constitucionales, la participación del Parlamento en las decisiones que afectan la vida, la hacienda y la libertad de los súbditos suele considerarse garantía suficiente en cuanto implica limitación de las competencias legislativas y gubernativas del titular de la Corona. Un órgano legislativo, especialmente si es unicameral, sin contraste de sus decisiones, suele propender a servir de apoyo a una dictadura o a ejercerla por sí.

Concepto de la igualdad política

H. Nawiasky observa la evolución del concepto de igualdad desde fines del siglo XVIII hasta principios del XX: primero igualdad personal, subjetiva, luego igualdad en la aplicación de las normas, y, últimamente, igualdad objetiva o de calidad. Esas tres etapas de la evolución del concepto coexisten en la doctrina contemporánea⁷⁸. De este hecho, no se deriva, como Nawiasky afirma, que el estudio comparado de las normas no puede arrojar luz alguna sobre nuestro problema, al contrario: la evolución se verifica primero en la doctrina, que las normas incorporan en mayor o menor grado. Y la doctrina no surge y se desenvuelve aislada en un país; se forma en el continuo contraste de opiniones, en la acción y reacción

78 *Veröffentlichungen*, 3, 26.

recíprocas de las corrientes del pensamiento científico. Esta es la razón de la oportunidad del método histórico-comparativo en las ciencias políticas. Sin término de comparación no es posible colocar en el espacio y en el tiempo una de las etapas del incesante desenvolvimiento de las ideas.

Advertimos en las Declaraciones de Derechos que si bien se reconoce la igualdad y, ocasionalmente, su equivalencia con la justicia, en ninguna de ellas se trata de definir en qué consiste la igualdad relativa o proporcional que se trata de garantizar. R. Brunet escribe, con respecto a Francia: «Invocado constantemente, admitido casi unánimemente, aplicado sin cesar, el principio de igualdad no ha sido nunca formulado de manera precisa en una de nuestras leyes. El legislador, desde 1789, lo ha considerado intangible, lo ha rodeado de un respeto tal que basta, para que una reforma se imponga a su criterio, que se derive de la idea de igualdad, y, sin embargo, no ha definido jamás esta idea. Hoy todavía, después de cien años, el solo texto que formula el principio igualitario es la Declaración de Derechos de 1789»⁷⁹.

Tampoco ha podido interpretarlo de una manera definitiva y precisa la Corte Suprema norteamericana. El oportunismo anglosajón se manifiesta en una declaración del juez Day, formulada en nombre de la Corte: «Esta Corte ha tenido frecuente ocasión de deliberar acerca del significado de la cláusula “debidos requisitos jurídicos”, y siempre ha declinado dar un significado preciso, prefiriendo dejar su alcance a la decisión judicial en cada caso concreto»⁸⁰.

79 R. BRUNET, *Le principe d'égalité en droit français*, 1910, 142.

80 100 U. S. 3. Cf. MOODY en el caso *Twining v. State of New Jersey* (211 U. S. 78), de 1908: «*This court has always declined to give a comprehensive definition of [the conception of due process of law], and has preferred that its full meaning should be gradually ascertained by the process of inclusion and exclusion in the course of the decisions of cases as they arise* [Este tribunal ha declinado siempre dar una definición completa de la noción “debido proceso legal”, porque ha preferido que su significado pleno sea gradualmente establecido por el proceso de inclusión y exclusión en el curso de las decisiones de los casos que surjan]». Ver capítulo «Norteamérica» en este mismo libro.

El órgano legislativo puede infringir el precepto de igualdad aprobando una ley general y suspendiendo luego su aplicación en un caso especial no previsto en la norma general sin complementar la ley con una disposición general referente a la pluralidad existente o posible de casos como el que ocasionó la excepción. Si no se declara la excepción con carácter universal y constante, podrá implicar desigualdad la primera norma general o la excepción posterior, en cuanto no está asegurada la regularidad de una excepción que no se generaliza para lo futuro. También se infringe el concepto de igualdad aplicando a circunstancias idénticas criterios normativos diferentes o aplicando un mismo criterio a circunstancias de hecho distintas.

Estas infracciones presentan siempre carácter de arbitrariedad, porque se atribuye a circunstancias inexistentes una consecuencia política o se vicia la relación lógica entre las circunstancias y su apreciación y manifiestan la tendencia de favorecer a un individuo, grupo o clase, o, con mayor frecuencia en nuestra época, una preterición o desventaja de un individuo o un grupo, de lo que resulta indirectamente un privilegio para los demás individuos y grupos. Este criterio parece de fácil aplicación, pero en la extraordinaria complejidad de los fenómenos sociales se suscitan dificultades frecuentemente insolubles de manera satisfactoria. Al explicar el concepto de igualdad respecto al derecho de apropiación, escribe Duguit: «Todo hombre tiene el derecho de llegar a ser propietario, mas no tienen todos los hombres el derecho de poseer la misma cantidad de riqueza. Pero todos los propietarios, pequeños o grandes, habrán de ser protegidos por la ley exactamente de la misma manera y con la misma energía»⁸¹. Es cierto, pero la dificultad estriba en la interdependencia de los dos términos del problema, en coordinar «el derecho de todo hombre de llegar a ser propietario» y la «protección de la propiedad ya existente».

Al dilucidar las circunstancias de los diversos intereses, raros serán los casos en que los titulares de la función legislativa no sepan alegar algún

81 *Dr. Const.*, III, 631.

conato de motivo para una ley más o menos arbitraria, de acuerdo con el pensamiento maquiavélico: «proponendo cosa in apparenza non honesta, scusarla come necessaria, come praticata da altri, come propria al tempo, che tende a buon fine, e conforme all'opinione de' molti». Es comprensible que no se admita por parte de los titulares del órgano que toman una decisión la injusticia posible o cierta de la misma⁸².

La igualdad en el Derecho penal

En las normas políticas que tienen por objeto asegurar la coordinación individual por el medio supletorio, incierto y accidental, de sanciones aplicables a determinados casos de infracción de ciertas normas concretas, se percibe también que es uno de los criterios subjetivos posibles el que procede a la calificación de algunos casos de inordinación y de la proporcionalidad entre esos casos y la sanción aplicable, la cual no suele precisarse de antemano para todos los casos posibles, antes bien se deja a los órganos competentes cierta latitud de subsunción y de discernimiento, que se considera imprescindible en momentos que tanto afectan a la libertad y la vida de los individuos.

Esta idea de la proporcionalidad entre los delitos y las penas ha preocupado desde muy antiguo a los observadores de la actividad política. Sin

82 Cf. E. F. BOWMAN, *An Introduction to Political Science*, 1931, 312. Otras veces, no tan raras como se cree, se desprende de las manifestaciones de los titulares del órgano legislativo algún motivo ajeno a la justicia. Robespierre, en un discurso sobre la pena que había de aplicarse a Luis XVI: «Vosotros no sois sus jueces, sois —y no podéis ser otra cosa— hombres de Estado, representantes de la Nación. No tenéis que pronunciar una sentencia en favor o en contra de un hombre, sino que habéis de tomar una medida de bien público, habéis de ejecutar un acto de previsión nacional». En la sesión de las Cortes Constituyentes de 13 octubre de 1931, un miembro del Gobierno dijo con referencia a un precepto constitucional: «Frente a las órdenes religiosas no podemos oponer un principio eterno de justicia, sino un principio de utilidad social y de defensa de la República». *Diario de Sesiones*, 1670 a. Sobre la supuesta diferencia entre los conceptos de «justicia» y «utilidad social», cf. J. STUART MILL, *Utilitarianism*, capítulo 5º: On the distinction between justice and utility.

remontarnos a otros precedentes, Montesquieu dedica a ese tema uno de los capítulos del famoso libro sobre el «Espíritu de las Leyes»⁸³ y Beccaria, que se inspiró en gran parte en la doctrina de Montesquieu, también incluye algunas observaciones en su disertación *De los delitos y de las penas*. «El que teme el dolor obedece las leyes», opinaba Beccaria⁸⁴. Para que hubiera proporción entre los delitos y las penas, Beccaria entendía que es «necesario reprimir los más peligrosos con las penas más severas, y reservar castigos más suaves a los menos importantes». Pero, en esta materia, como en las demás, no podremos percibir la medida absoluta de la justicia, y por eso añadía: «Sobre todo se debe tener presente que en la aritmética política es preciso sustituir el cálculo de las probabilidades a la exactitud matemática que no puede verificarse en ella». Y, sin embargo, «si se destina un castigo igual a dos acciones que ofenden desigualmente a la sociedad, no tendrán los hombres ningún obstáculo para dejar de cometer la que les acarree más ventajas, aunque sea la más criminal»⁸⁵.

A estas doctrinas, que se inspiran, según la propia expresión de sus mantenedores, en un «interés colectivo» que conciben como algo esencialmente diferenciable del individual, se asocian las que se proponen el afianzamiento de un régimen político existente, tales las que proclaman la «repudiación definitiva del individualismo y de su concreción política, el liberalismo», como escribe Schlegelberger, actual secretario de Estado en el ministerio alemán de Justicia. La consecuencia de esta actitud colectivista en un régimen político que trata de realizar autocráticamente

83 Libro VI, cap. 16: «De la juste proportion des peines avec le crime»: *«Il est essentiel que les peines aient de l'harmonie entre elles, parce qu'il est essentiel que l'on évite plutôt un grand crime qu'un moindre, ce qui attaque la société, que ce qui la choque moins* [De la justa proporción entre las penas y los crímenes. Es esencial que las penas guarden armonía entre sí, porque es esencial que se evite más un delito grave que uno menos grave, lo que más ataque a la sociedad que lo que menos]».

84 Trad. De J. Rivera, con un estudio preliminar de Q. Saldaña, 1930, 96.

85 *Ib.*, 177-180.

el socialismo⁸⁶ es que en el Derecho Penal «el legislador ha abandonado la opinión liberal de que la pena está destinada ante todo a mejorar a los criminales. La pena ha vuelto a ser medio de desenvolver el poder del Estado, medio de represalia, de expiación y de intimidación. La repudiación del punto de vista liberal respecto al fin del Estado ha traído consigo la creación de nuevos criterios de valor. El nuevo derecho reacciona con severísimas penas contra delitos que ponen en peligro la seguridad del pueblo y del Estado»⁸⁷.

Cuando se trata de realzar algún aspecto circunstancial de un interés particular o de contribuir a debilitar los factores de coordinación en un sistema social actuando sobre su fase política, se recomienda el «derecho protector de los criminales». El diputado Prof. Jiménez de Asúa expuso una de las modalidades de este modo de enjuiciar esos problemas en su discurso «informativo sobre el alcance de las enmiendas introducidas en el Código penal de 1870»⁸⁸: «Cuando el concepto expiatorio sea raído para siempre del alma de las gentes; cuando la pena deje de ser pena y se convierta en un tratamiento correctivo, educador; cuando sea un sistema como el empleado con los enfermos o con los niños, entonces nacerán las sentencias indeterminadas y acabarán los Códigos, del mismo modo que no hay Códigos hoy para los Médicos ni para los Maestros; serán simplemente normas que establecerán la temibilidad del sujeto y su tratamiento quedará abandonado a la libre actividad de los hombres científicos»⁸⁹. Ese «derecho protector» está reservado a ciertos regímenes: «el sistema de la Escuela Positiva, que despoja de garantías, sólo tiene auténtica vida en un régimen socialista o existencia torcida en regímenes dictatoriales. En un medio liberal, burgués y capitalista, sólo son concebibles Códigos de características clásicas, porque están pendidos en garantía de libertad;

86 KELSEN, *Staatslehre*, 328. Todo régimen autocrático tiene un elemento «socialista», pero no siempre viceversa.

87 Cf. *Frankfurter Zeitung*, 6 febr. 1934. Pág 1, col. 3.

88 Código penal ref., 114. Cf. Diario de Sesiones, 8493 b-8500b.

89 Cód. penal ref., 118-119.

porque el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* —mellado en Rusia por la analogía— salvaguarda a los ciudadanos contra los abusos de la pena-castigo. Mientras se viva en regímenes liberales y democráticos de tipo burgués, no hay que pensar ni en derecho protector ni en derecho positivista, sino en Códigos de tipo ecléctico, a lo sumo, en que vengan emparejadas las aspiraciones de la ciencia y las garantías de la libertad. Y mientras España no sea otra cosa que una «República de trabajadores de toda clase» [en bastardilla en el original], bajo un régimen de libertad y democracia de carácter burgués, esos Códigos eclécticos serán los únicos viables. Pero estemos seguros de que más pronto o más tarde morirá el Derecho punitivo y en su reemplazo vendrá el «Derecho protector de los criminales», que Dorado Montero predijo y que yo postulo con tenacidad y convencimiento»⁹⁰.

Ya se ve que el sistema de sanciones ideadas para ciertos casos de inordinación —no existe ni puede existir un sistema predeterminado que los incluya todos— puede facilitar desde luego la defensa eficaz (o ser sólo un simulacro de garantía de consolidación) de un régimen político cualquiera. El criterio oportunista de la atribución de las penas se manifiesta de modo singular en los delitos de «alta traición»⁹¹ y en sus análogos «contra la forma de gobierno, contra la Constitución, contra el Estado», cuya figura en el sistema normativo cambia con el predominio de unos u otros grupos, intereses u opiniones en la fase política de la vida social.

90 Ib., 220-221. Cf. el texto del discurso parlamentario citado, Diario de Sesiones, 8500a-8500b.

91 Cf. P. NOGITO, *I reati di Stato con speciale riguardo all'alto tradimento esaminati nella legislazione, nella giurisprudenza e nella storia*, 1893, especialmente las definiciones del cap. 1º

Código penal de 1870	Código penal de 1932
Tít. 2º Delitos contra la Constitución	Tít. 2º Delitos contra la Constitución
Cap. 2º Delitos contra la forma de Gobierno	Cap. 1º, sección 3º Delitos contra la forma de Gobierno
<p>Art. 181. Son reos de delito contra la forma de Gobierno establecida por la Constitución los que ejecutaren cualquiera clase de actos o hechos encaminados directamente a conseguir por la fuerza o fuera de las vías legales uno de los objetos siguientes:</p> <p>1º Reemplazar al Gobierno monárquico constitucional por un Gobierno absoluto o republicano.</p> <p>2º Despojar en todo o en parte a cualquiera de los Cuerpos colegisladores, al Rey, al Regente o a la Regencia de las prerrogativas y facultades que les atribuye la Constitución.</p>	<p>Art. 167. Son reos de delito contra la forma de Gobierno establecida por la Constitución los que ejecutaren cualquiera clase de actos encaminados directamente a conseguir por la fuerza o fuera de las vías legales uno de los objetos siguientes:</p> <p>1º Reemplazar al Gobierno republicano establecido por la Constitución por un Gobierno monárquico o por otro anticonstitucional.</p> <p>2º Despojar en todo o en parte a las Cortes o al Jefe del Estado de las prerrogativas o facultades que le competen.</p>

Las penas suelen calcularse en proporción con el peligro que se supone amenaza la estabilidad del régimen político establecido, aunque su aplicación efectiva dependa de circunstancias ajenas a la voluntad de los declaradores respectivos. Es a este efecto instructiva la argumentación en favor del mantenimiento o restablecimiento de la pena de muerte⁹².

92 A. DE MARSICO, I delitti contro lo Stato nella evoluzione del Diritto pubblico, en *Studi di Diritto penale*, 1930, 133-135, explica la ley que restablece la pena de muerte en Italia: «Essa è il prodotto preciso di due fattori più che politici, storici. Primo: lo spirito militare, in conformità del quale la nostra nazione si organizza, e che ebbe la sua ufficiale espressione giuridica quando in Parlamento la nazione fu definita un esercito permanentemente mobilitato per conseguire i suoi fini. Secondo: la complessa figura dell'attuale Capo del governo, in cui funzioni politiche e prerogative militari, talune nuovissime, il simbolo di tutti i poteri dello stato ed il condottiero, si fondono inseparabilmente. In concorso di questi fattori, la pena di morte, anche passando —per i reati per i quali è prevista dalla legge speciale— nel codice penale, attinge la sua legittimazione in elementi, o principi, del diritto penale comune e di quello militare insieme. In un sistema giuridico, o per la tutela di valori od interessi cui i fattori stessi non fossero applicabili, alla pena di morte

La igualdad en el Derecho tributario

En materias tributarias, en las cuales parece que la proporcionalidad que condiciona la igualdad, por tener expresión en cantidades conmensurables, habría de ser discernible con relativa facilidad, es precisamente donde se manifiesta la extraordinaria dificultad de determinar la proporción útil y justa del aporte de los individuos y sus asociaciones a los gastos de las colectividades políticas⁹³. El primer obstáculo que se presenta en todo

*verrebbe meno la necessaria legittimazione... Il vincolo di devota fedeltà fra cittadino e patria, già illanguiditosi in vane affermazioni legislative, torna ad essere condizione di ogni diritto, a sostenere ed a troncane la vita del cittadino come la più vitale arteria nell'organismo delle sue potestà giuridiche. L'immenso problema della pena di morte, nell'ardore del rinnovamento e nella poesia del sacrificio, si ridesta. Educare nell'individuo il cittadino, preparare nella pace ogni possibilità di vittoria, nella concordia all'interno la potenza all'estero e custodire nella nazione il primato di Roma: ecco per noi, oggi, con la frase di Jhering, lo scopo del diritto [Ella es el preciso producto de dos factores, más que políticos, históricos. Primero: el espíritu militar, en conformidad con el cual se organiza nuestra nación, y que tiene su expresión jurídica oficial cuando, en el Parlamento, la nación fue definida como un ejército permanentemente movilizado para conseguir sus fines. Segundo: la compleja figura del actual Jefe del Gobierno, en cuyas funciones políticas y prerrogativas militares, algunas novísimas, se funden inseparablemente el símbolo de todos los poderes del estado y el líder. En concurso con estos factores, la legitimación de la pena de muerte, aun aprobada en el código penal para los delitos para los cuales está prevista por la ley especial, atiende a elementos, o principios, del derecho penal común y del militar, conjuntamente. En un sistema jurídico sin tales atributos, o para la tutela o intereses a los que esos mismos factores no fuesen aplicables, la necesaria legitimación de la pena de muerte decaería... El vínculo de fidelidad devota entre ciudadano y patria, que ya había languidecido en vanas afirmaciones legislativas, vuelve a ser condición de todo derecho, a sostener y a entroncar la vida del ciudadano como la arteria más vital en el organismo de sus potestades jurídicas. El inmenso problema de la pena de muerte, en el ardor de la renovación y en la poesía del sacrificio, vuelve a despertar. Educar en el individuo el ciudadano, preparar en la paz toda posibilidad de victoria, en la concordia interna la potencia en el extranjero y custodiar en la nación el primado de Roma: he aquí, para nosotros, hoy, dicho con la frase de Jhering, el fin del derecho]». Cf., acerca del oportunismo de Jhering, M. HAURIUO, *Sources du droit*, 16.*

⁹³ Adam Smith se refería expresamente a la posibilidad aproximada de la proporción entre los recursos y los aportes individuales a los gastos del Estado: «*The subjects of every*

intento de elucidación de la igualdad en materias tributarias es, como en todos los demás aspectos de la convivencia política, la determinación previa de la posición de los individuos con respecto a la colectividad, y viceversa. Es cierto que los gravámenes tributarios en sus diversas formas tienen por objeto subvenir a los gastos de la gestión de los órganos colectivos⁹⁴, pero hay en esos gravámenes un elemento inmanente a toda norma política y es el propósito de conseguir por medio de la tributación la realización de ciertas ideas relativas a la posición de individuos y colectividades intraestatales en el Estado. Ese dualismo, que A. Wagner calificaba de «financiero» y «político-social»⁹⁵, se reduce en realidad a aspectos de un mismo problema, y no son los únicos que en él se acusan.

No parece fundado un criterio tributario meramente «financiero», porque en todo gravamen ha de inquirirse qué clase o grupos de individuos habrán de soportarlo. Este hecho es inseparable del cálculo del rendimiento de la tributación y por tanto no puede existir tributación que no tenga un aspecto «político-social». Resulta, sin embargo, que no se ha averiguado satisfactoriamente, hasta ahora, sobre quién recae en definitiva cada gravamen en su totalidad o en cada una de sus partes ni cuáles son sus efectos económicos. Esta insuficiencia, causada principalmente

State ought to contribute towards the support of the government, as nearly as possible in proportion to their respective abilities [Los súbditos de cualquier Estado deben contribuir al sostenimiento del gobierno en proporción, lo más exacta posible, a sus habilidades respectivas]». *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, 5, 2, 2. Pero cf. ib. 5, 1, 2: «*It is not very unreasonable that the rich should contribute to the public expense, not only in proportion to their revenue, but something more in proportion* [No es demasiado insensato que los ricos deban contribuir al gasto público, no solo en proporción a sus ingresos, sino en proporción algo mayor]».

94 «*Taxes are a portion of the produce of the land and labour of a country placed at the disposal of the government* [Los impuestos son una porción del producto de la tierra y del trabajo de un país a disposición de su gobierno]». D. RICARDO, *The principles of Political Economy and Taxation*, cap. 8°.

95 *Finanzwissenschaft*, II, 1890: «*Die Principien der Gerechtigkeit oder der gerechten Steuer-Verteilung* [Los principios de la justicia o de la justa distribución de los impuestos]», págs. 372 y sig.

por la extraordinaria diferenciación de las circunstancias económicas en el espacio y en el tiempo, que dificulta en extremo la colección de datos estadísticos, impide desde luego establecer con razonable seguridad de justicia los detalles de los sistemas tributarios, tanto más cuanto merced al desconocimiento de la incidencia, en la complejidad de gravámenes que pesan sobre cada individuo, es difícil, si no imposible, darse cuenta del aporte exacto de cada uno a los gastos públicos y, por tanto, aunque se perciba vagamente que la distribución de los aportes adolece de desigualdad, no se puede señalar concretamente en qué consiste y proponer el remedio para corregirla.

Esta dificultad se agrava por las discrepancias que se manifiestan acerca de la naturaleza de los gravámenes tributarios y de los fines que principal o accesoriamente con ellos se persiguen. Si se considera que esos gravámenes son a manera de una prima de seguro o deben estar en función de los servicios que derivan de su aporte los que se supone que los soportan, su medida y distribución será distinta de la que se estatuiría si predominara un concepto colectivista. Lo cierto es que ni es posible acertar a distinguir por exclusión de los demás los individuos que se benefician de un servicio, ni tampoco la proporción que a cada uno corresponde, ni, menos aún, fijar una equivalencia monetaria de cada servicio. Por eso se dice que la característica de los gravámenes tributarios es la ausencia de *quid pro quo*⁹⁶. También varía la medida del gravamen si las normas tributarias han de mantener la estructura social económica existente o si se desea

96 F. W. TAUSSIG, *Principles of Economics*, 1921, cap. 66, 1. A. de Viti de Marco define, todavía, el impuesto: «precio que cada ciudadano satisface al Estado para cubrir los gastos de aquella parte de servicios públicos generales de que disfruta», y afirma que incurren en error los que creen «que no son posibles valoraciones individuales de la utilidad de los servicios públicos generales», pero su comparación con la «economía privada» y el ejemplo que aduce del billete que se adquiere para asistir a una función de teatro, caso en el que supone «no se conoce o puede determinarse la parte de utilidad» muestran precisamente que su tesis carece de fundamento. *Economía financiera*, trad. de P. Ballesteros, 1934, 111, 120-121.

que corrijan sus desigualdades, reales o aparentes, alegando también la primacía del «interés colectivo» o simplemente la necesidad de establecer o restablecer la justicia⁹⁷.

Los argumentos que se aducen en favor del carácter proporcional, progresivo, regresivo o degresivo de los gravámenes tributarios⁹⁸ no son convincentes en todas sus partes. Desde luego, como indica J. Stamp, esos gravámenes deben ser examinados desde los puntos de vista del contribuyente, del Estado y de la eficacia económica general; el resultado es un compromiso que se entiende es la mejor solución asequible en las circunstancias de cada caso⁹⁹. Para asegurar en lo posible la igualdad tributaria, conviene personalizar los gravámenes y a este respecto el impuesto sobre la renta es el que puede estructurarse con mayor aproximación a la justicia¹⁰⁰. El fraccionamiento de las competencias tributarias dentro de una misma colectividad política autodeterminante, como sucede en las integraciones de régimen autonómico, hace absolutamente imposible el aprovechamiento de la determinación de la incidencia de esos gravámenes y obstaculiza por tanto gravemente el discernimiento de la deseable proporcionalidad¹⁰¹. Porque, como alega A. C. Pigou, dependiendo el

97 El presidente Marshall declaró en el caso *McCulloch v. State of Maryland* (4 Wheat. 431): «*The power to tax involves the power to destroy*». La desigualdad económica sirve de fundamento a otras muchas desigualdades en la vida social, y por eso se explica la lucha política a ese respecto, aunque no sea ni el único ni el más importante de la convivencia. G. JELLINEK, *Staatslehre*, 108. La llamada «igualdad fiscal» fue la «grande conquista de la Revolución francesa, la única inmediata y definitiva, pues las demás fórmulas de igualdad en que se basa nuestra organización política moderna son, frente a ella, de fecha muy reciente; la igualdad ante el impuesto de la sangre, es decir, el servicio militar obligatorio, data de 1872, y la igualdad ante el derecho de voto, o sea el sufragio universal, remonta a 1848». (Y aún no existe para las mujeres.) L. TROTABAS, *Précis de science et législation financières*, 1933, 154.

98 H. DALTON, *Principles of Public Finance*, 1932, 85 y sig.

99 *The Fundamental Principles of Taxation in the light of modern developments*, 1929, 5.

100 Cf. E. R. A. SELIGMAN, «Readjustments in Taxation», en *The Annals of the American Academy of Political and Social Sciences*, 1915, 1 y sig.

101 J. STAMP, 1.c., 21-22; LLORENS, *Autonomía*, 252 y sig.

bienestar del pueblo del sistema total de la conveniencia política, y debiendo existir igualdad más bien en el nivel cultural que en el sacrificio monetario consentido¹⁰², las competencias tributarias que no tienen en cuenta esta necesidad son esencialmente arbitrarias.

En materia tributaria, pues, como en todas las demás de índole social, existe un momento subjetivo susceptible de conducir a diversas apreciaciones de la idoneidad del contenido de las normas.

La declaración respectiva de los titulares de un órgano, sea cual fuere, será discutible desde el punto de vista científico. Por eso conviene, en la determinación del órgano a que incumba la decisión final, rodear la actuación de los titulares de garantías de información, imparcialidad y contraste que hagan probable la congruencia psicológica y económica de las normas¹⁰³.

Transcendencia política del discernimiento de la igualdad

Cuando se dice que «la igualdad consiste en el igual reconocimiento de los derechos a la protección de los intereses»¹⁰⁴ la petición de principio de la definición revela la dificultad de establecer un criterio general. Para percibir más fácilmente cuál puede ser su contenido, propone G. Jellinek que se conciba como negación de las diferenciaciones que existían anteriormente y que, según él, consistían en una gradación normativa de los intereses de las clases y de las religiones. Como en su época la Constitución alemana no tenía instituida ninguna garantía del reconocimiento de la igualdad, creyó G. Jellinek que «la igualdad en todas sus formas no puede formar jamás el contenido de un derecho individual. Es derecho objetivo y su efecto en la esfera jurídica individual es puramente incidental». Sin embargo, el mismo autor admite, en contradicción con esa

102 *A Study in Public Finance*, 1928, 60.

103 E. R. A. SELIGMAN, «Social Aspects of Economic Law», en *Publ. of the American Econ. Ass.*, 3ª serie, 1904, 49 y sig.

104 G. JELLINEK, *System*, 135.

tesis general, combatiendo su formulación por Gerber¹⁰⁵, que «en virtud de la creación del Tribunal Federal suizo, del Tribunal Supremo austríaco, de los tribunales administrativos en varias regiones alemanas y en Austria, el interés individual, que estaba oculto en las fórmulas legislativas de los derechos fundamentales [entre los cuales incluye los de libertad, igualdad, apropiación y propiedad] ha sido expresamente reconocido y protegido»¹⁰⁶.

Leibholz explica que «la igualdad política se rige por la conciencia jurídica circunstancial en el espacio y en el tiempo, a la cual ha de adaptarse la gestión del legislador, y por la justicia. A la igualdad se opone la arbitrariedad, imposible de determinar de antemano objetivamente, que se manifiesta cuando se alega en lo principal un motivo irrazonable»¹⁰⁷.

Triepel invoca también la opinión jurídica general en el espacio y en el tiempo, el convencimiento de que circunstancias diferentes de hecho requieren regulación diversa, y admite que la igualdad se determina parte por el contenido del «derecho positivo», parte «por principios inmanentes del ordenamiento jurídico». «Si se establece una diferencia con un fundamento que no reconoce ninguna persona razonable y justa», se infringe el principio de igualdad¹⁰⁸.

H. Aldag viene a decir lo mismo con otras palabras: indica que se infringe el principio constitucional de igualdad cuando la norma o su aplicación se inspira en principios que no tienen relación lógica con las circunstancias¹⁰⁹.

Hauriou enumera algunas aplicaciones del principio de igualdad: 1ª la igualdad social (lo que Nawiasky llama igualdad personal), cuyo corolario

105 Gerber afirmaba que los derechos individuales «eran derecho objetivo, prohibiciones dirigidas al Estado, no derecho subjetivo, concesiones al individuo». (Cf. G. JELLINEK, *System*, 101-102).

106 *System*, 135.

107 *Gleichheit*, 76, 77, 87.

108 *Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien*, 1924, 29 y sig.

109 *Gleichheit*, 42.

es «la supresión de todos los órdenes, las castas y las distinciones que se fundan en el nacimiento»; 2ª la igualdad en el disfrute de los derechos individuales (y alude a las congregaciones religiosas, postergadas en Francia en varios respectos); 3ª la igualdad ante la justicia, esto es, igualdad de pena a igualdad de delito (en esta acepción habría de incluirse la supresión de los fueros particulares); 4ª la igualdad contributiva, proporcional; 5ª igual admisión a los empleos públicos, y 6ª igualdad en el servicio militar. A esas aplicaciones han de añadirse las que derivan de la supresión de diferenciaciones basadas en la religión y la raza, siempre con vigencia exclusiva en el territorio metropolitano¹¹⁰.

F. Fleiner deriva del principio de igualdad en la Administración tres reglas generales: 1ª «Cuando ha sido transferida a la autoridad administrativa la atribución de regular cierta materia por decreto no se puede sustituir el decreto por órdenes singulares». 2ª «La autoridad, sin previa autorización expresa de la ley, no puede conceder legítimamente al ciudadano, de una manera particular, “privilegios” que amplíen sus facultades jurídicas en forma que excedan la medida común, ni atribuirle deberes especiales». 3ª «La autoridad ha de observar también el principio de la igualdad ante la ley cuando actúa en el ejercicio de la potestad discrecional. En caso de igualdad de relaciones de hechos efectivos y de relaciones jurídicas, no se puede tratar a un ciudadano o a una clase de ciudadanos de distinta manera que a los demás»¹¹¹.

Se infringe el principio de igualdad, escribe Carl Schmitt, cuando «el legislador declara normas concretas o particulares, esto es, medidas, en lugar de leyes, haciendo leyes por motivos individuales contra una persona determinada o contra una pluralidad determinada de individuos»¹¹². Tal es, en síntesis, el sentido de un dictamen de este autor relativo a sendas proposiciones de ley de las fracciones comunista y demócrata del Parla-

110 *Dr. Const.*, 639 y sig.

111 *Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. de S. Álvarez Gendín, 1933, 111 y sig.

112 *Verfassungslehre*, 155.

mento alemán relativas a los bienes de las dinastías que habían reinado en Alemania¹¹³.

El problema de la igualdad fue objeto de discusión en la asamblea de los profesores alemanes de Derecho público que se reunió en Münster de Westfalia en 1926. Erich Kaufmann recordó que «el Estado no crea Derecho, crea leyes; el Estado y la ley se hallan sometidos al Derecho». H. Nawiasky distinguió, como hemos referido, entre igualdad personal o subjetiva e igualdad real u objetiva. A su juicio, la Constitución alemana de 1919 no garantizaba más que la igualdad personal, y sólo por excepción la real. Para inquirir las modalidades de la igualdad objetiva sería preciso proceder a un juicio de valor y todos esos juicios son siempre subjetivos¹¹⁴.

M. Rümelin condensa su opinión en una frase: «Hay igualdad cuando sería irrazonable hacer una diferencia»¹¹⁵.

No es menos subjetivo el concepto de arbitrariedad. R. v. Jhering indica que «no todo abuso de la competencia legislativa implica arbitrariedad; una ley mala, inadecuada, no es por este motivo necesariamente arbitraria. Nos servimos de esta expresión para dar a entender que la disposición legislativa no está de acuerdo con los principios generales de derecho que inciden en nuestra conciencia o que la misma legislación ya ha realizado»¹¹⁶. Este último criterio ya puede reclamar cierta objetividad, pues las excepciones de las normas deberían estar muy bien fundamentadas si no han de merecer el reproche de la diferenciación arbitraria a que se exponen los declaradores de las normas cuando no se consideran obligados por ellas, porque no perciben con claridad su posición y el interés colectivo: «¿Qué motivo puede inducir a la fuerza a subordinarse a la ley? El mismo motivo que basta para determinar al hombre a dominarse a sí

113 *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung* [Independencia del juez, igualdad ante la ley y garantía de la propiedad privada en la Constitución de Weimar], 1926.

114 *Veröffentlichungen*, 3, 25 y sig.

115 *Gleichheit*, 15.

116 *Der Zweck im Recht*, I, 1893, 351.

mismo: el interés propio. El dominio propio lleva en sí la recompensa... El Derecho es la política bien entendida de la fuerza»¹¹⁷.

Y es que la idea de igualdad, que equivale a la de la congruencia absoluta entre los individuos, los fines y los medios, es inasequible a la percepción humana. Opinaba Platón que «la igualdad única verdadera y óptima no es fácilmente discernible a todos, pues el juicio relativo a ella reside en Zeus y los hombres sólo participan en él en exigua medida»¹¹⁸. Por eso comentaba modestamente R. Stammler que la justicia era a manera de la estrella polar, a la que sigue el navegante, no para alcanzarla, sino porque le indica el rumbo de su viaje¹¹⁹.

Laun se refiere a las tres actitudes posibles frente a este problema: «positivismo, creencia en un legislador supremo (Dios) o admisión de la autonomía del derecho». Al interpretar una norma, legal o constitucional, «hemos de preguntarnos: ¿Qué efecto tiene la ley o la Constitución en el ciudadano, en su conciencia y en su sentimiento del derecho?... No importa lo que ha pensado acerca de la ley el diputado durante la discusión parlamentaria. Lo que hemos de preguntar es: ¿qué efecto tiene la norma legal en las masas? No se trata de investigar lo que los legisladores hayan querido con el art. 109 [de la Constitución alemana de 1919]; esto no es decisivo para lo que nosotros sentimos como derecho. Hemos de darnos cuenta de que cada uno se construye su ideología jurídica en virtud de su experiencia subjetiva, y que sólo podemos elucidar algo de valor relativamente general partiendo de la coincidencia de una gran mayoría»¹²⁰. En todas las doctrinas, la interpretación de los principios generales se rige en último término por un sentimiento subjetivo, por el convencimiento de la idoneidad de ciertos enunciados como fundamento de la estructura política. Encontramos el enunciado de la igualdad ante la ley en Estados con régimen de monarquía hereditaria y con régimen republicano demo-

117 *Ib.*, 376-378.

118 *Leyes*, 6, 5.

119 *Wirtschaft und Recht*, 1914, 578.

120 *Veröffentlichungen*, 3, 45.

crático parlamentario, lo vemos proclamado en regímenes liberales y en regímenes de dictadura y advertimos que se supone efectiva su eficacia en países que niegan a la mujer el derecho de sufragio o que emplean un sistema electoral del que es ajena la proporcionalidad que algunos afirman que única y verdaderamente puede calificarse de igualitaria.

Aunque se reduzca, en último término, la imputación del principio de igualdad a un estado de conciencia individual o colectiva, habrá de tenerse en cuenta que las expresiones de las necesidades de la convivencia que se concretan en normas políticas han de inspirarse en el sentimiento de la interdependencia, fortaleciendo la coordinación, a fin de que en ningún momento pueda tener un individuo o un grupo conciencia de ser indebidamente preterido en sus intereses. Si no fuera así, serán vanos los propósitos que se basen en la eficacia de una solidaridad deficiente hasta el punto que el Estado aparezca a individuos o grupos como una combinación para la salvaguardia de intereses particulares, de donde proceden disensiones con la desintegración consiguiente: «*Iustitia et pax osculatae sunt* [La justicia y la paz están besadas (bendecidas)]», dijo San Agustín¹²¹. La coordinación, indispensable en el Estado moderno, es también consecuencia de una actitud subjetiva de los individuos, que ven en la estructura de la integración la mejor garantía asequible de la protección de sus intereses. Por este motivo es de tal importancia la actividad educadora en el Estado, la difusión de conocimientos sociales y políticos, la explicación del fundamento y el objeto de las normas. Puede afirmarse, con una paráfrasis de una expresión famosa, que no basta que las leyes sean justas, deben también parecerlo.

Por otra parte y cuando se habla de «realización de la conciencia jurídica social» no hemos de olvidar que, como señala R. Thoma, no existe «una» conciencia jurídica colectiva, sino varias, y éstas no sólo son distintas, sino a veces contrapuestas, esto es, son raros los juicios de valor comunes efectivamente a la totalidad de los ciudadanos, de manera que a «una»

121 *Enerratio in Psalmum*, 84, 12.

consciencia de pertenencia a un grupo o clase se opone otra consciencia no menos pronunciada y a veces en oposición irreductible¹²².

Por esta razón y porque no es posible prever todos los casos en las normas, por el carácter general que necesariamente han de tener, siempre queda una esfera de acción discrecional en la gestión de los titulares del ejercicio de las funciones colectivas. La supremacía política corresponde al órgano que, en última instancia, asume la competencia de discernir la conveniencia de las normas. Si ha sido posible el predominio de la Corte Suprema norteamericana en algunos aspectos políticos es porque se incluyeron en la Constitución de 1787 y en los artículos adicionales principios generales susceptibles de diversa interpretación y por haberse atribuido constitucionalmente a la judicatura, en virtud de la tradición de aquellas colonias inglesas¹²³ y de la estructura política de su integración, la competencia de contrastar la constitucionalidad de las leyes. Si no se hubieran consignado principios generales en la Constitución, no habría adquirido el contraste judicial de la función legislativa las proporciones que deploran algunos publicistas y que han dado lugar a la tan discutida *judicial supremacy*. Ha sucedido que en lugar de prevalecer el discernimiento de la conveniencia en la mayoría del órgano legislativo colegiado bicameral ha alcanzado primacía en algunas materias la medida de valor de un órgano judicial. Así puede ser suplantado el sistema «democrático representativo», más o menos puro, establecido en una Constitución, por un régimen que, si bien no se puede calificar a veces de antidemocrático o aristocrático, puede no ser el que se había querido establecer.

Podría estatuirse expresamente que el principio de igualdad obliga en primer término al órgano legislativo¹²⁴, pero no se concibe una fórmu-

122 *Veröffentlichungen*, 3, 59.

123 Cf. C. ELLIS STEVENS, *Sources of the Constitution of the United States Considered in Relation to Colonial and English History*, 1927, cap. 7º: The judiciary, págs. 178-206, y las obras allí citadas.

124 Art. 73 de la Constitución de Danzig: «Todos los ciudadanos de la ciudad libre son iguales ante la ley; no pueden hacerse leyes de excepción».

la que comprenda explícitamente todos los aspectos de aquel requisito fundamental. Lo que suele hacerse es enunciar algunos hechos sociales que pueden ser ocasión de desigualdad política, pero esos mismos hechos tienen también sus excepciones (sexo, ideas políticas, religión, naturaleza, etc.). No existe ningún fenómeno humano que sea susceptible de igualdad política absoluta en todos los individuos. Esta dificultad de concretar la norma se da en la realización de todos los principios fundamentales de la integración; siempre fallan los dos requisitos asignados generalmente a las normas políticas: enunciado expreso y sanción. En último término, el Estado no es la Constitución escrita codificada, no es la ley, es el dinamismo constante integrador en que se coordinan las actividades individuales y colectivas.

II Eficacia del principio de igualdad

Francia

Categoría política de las Declaraciones de Derechos

En el preámbulo de la Declaración de 1789 se lee que «los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer en una Declaración solemne los derechos naturales inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta Declaración, constantemente presente a todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; a fin de que los actos del poder legislativo y los del poder ejecutivo, mediante la comparación, en cada instante, con el fin de toda institución política, sean más respetados». En el título 1º de la Constitución de 1791, cuyo epígrafe es «Disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución», se consigna que «el poder legislativo no podrá hacer ninguna ley que atente o ponga obstáculo al ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados en este título». Era idea de los constituyentes franceses, como de los norteamericanos, que las Declaraciones de Derechos habían de regir la estructura de la colectividad, que constituirían uno de los momentos esenciales de la integración, que, como escribe R. Smend, forman un sistema de juicios de valor, de cultura, y son «directiva para la Constitución, la legislación y la administración»¹. Ésta es también la opinión de Hauriou y de Duguit, quienes entienden que en esas

¹ «Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und Probleme der Staatsform», en *Festgabe für Kahl*, 1925; cf., además, *Verfassung*, 18 y sig.

Declaraciones se enuncian principios superlegales, anteriores y superiores a toda Constitución. Hauriou afirma que «la superlegalidad constitucional contiene principios cuya legitimidad es superior al mismo texto de la Constitución escrita y que no necesitan estar expresados en ella»². Duguit señala que si las Declaraciones no revisten la forma de mandamiento es porque se dirigen a los órganos del Estado y no a los ciudadanos, porque no se prestan generalmente a precisión suficientemente sintética y por no ser, por otra parte, fácilmente susceptibles de sanción. «La ley —y para los constituyentes la Constitución es la ley fundamental, la ley superior a todas las leyes— es siempre imperativa y tiene este carácter, no porque contiene una orden propiamente dicha, sino porque formula una regla de derecho, que, por su misma naturaleza, es imperativa, o porque tiene por objeto asegurar el respeto y la aplicación de una regla de derecho y que tiene entonces por soporte esta regla, que es, por naturaleza, imperativa... La ley... aunque no contenga verdaderamente un mandamiento, es imperativa porque tiene por objeto organizar el Estado de derecho, es decir, dar al Estado la organización que parece ha de garantizar en las mejores condiciones posibles el cumplimiento, por parte del Estado, de las obligaciones que le impone la regla de derecho». Para Duguit la Declaración de Derechos es «una verdadera ley, superior a las leyes ordinarias y superior aún a la ley constitucional»³.

Es también de esta opinión el norteamericano Marbury, quien considera una de las competencias de la Corte Suprema estatal la de dejar sin efecto resoluciones del órgano constituyente que infrinjan la garantía de alguna de las «civil liberties»⁴. Cooley admite que la ley que viola los derechos individuales públicos reconocidos por la Constitución puede ser declarada inconstitucional⁵.

2 *Droit constitutionnel*, 81, 318 y sig.

3 *Droit constitutionnel*, II, 187-188, III, 599 y sig.

4 *The Limitations upon the Amending Power*, 33 *Harvard Law Review* 223. Cf. FRIERSON, *Amending the Constitution of the United States: a Replay to Mr. Marbury*, ib. 659.

5 *Constitutional limitations*, 61, 70. Cf. E. v. ABBOTT, «Inalienable Rights and the Eighteenth Amendment», en 20 *Columbia Law Review*, 185: «*The protection of inalienable and*

Esmein califica las Declaraciones francesas de «simples declaraciones de principios» con respecto al sistema actual de normas políticas, a pesar de los enunciados expresos en contrario de los constituyentes que proclamaron aquellas Declaraciones. «Las Declaraciones de Derechos emanan de cuerpos que poseen autoridad legal, y aun soberana de asambleas constituyentes, pero no son artículos de ley precisos y ejecutorios»⁶. R. Carré de Malberg observa que «la tradición, por muy grande que sea la fuerza que puede oponer de hecho a las Legislaturas, no basta para obligar jurídicamente al legislador». Además, la «Constitución de 1791 dejó sin sanción la prohibición limitativa impuesta al Cuerpo legislativo», y, por último, «no organizó ningún medio jurídico que permitiera a los interesados interponer un recurso de inconstitucionalidad contra las leyes que lesionaran los derechos que la Constitución pretendía haberles garantizado»⁷.

La tesis de la inaplicabilidad inmediata de las normas consignadas en la Constitución parece ser un residuo de la mentalidad que produjo el sistema político de las monarquías constitucionales. En esos Estados, la Constitución era consecuencia de una imposición tolerada con desagrado por el titular de la Corona, el cual, en virtud de su participación en la competencia legislativa, procuraba contrarrestar en lo posible las limitaciones

reserved rights is the inexpugnable law of the land. There is no power resident anywhere in the Union which can overturn it».

6 *Droit constitutionnel*, I, 592.

7 *La loi*, 119-120. Se omitió una Declaración de Derechos en las leyes constitucionales de 1875 porque se consideró innecesaria la repetición de principios generalmente admitidos. Lepère dijo en la sesión del 1º de febrero de 1875 en la Asamblea Nacional: «*Nous avons édicté une série de dispositions constitutionnelles sans nous attacher à faire des promulgations de principes, pas plus qu'à formuler des déclarations philosophiques. Nos principes sont connus. Ce sont les principes de 1789 que tous les gouvernements qui se sont succédé ont reconnus, jusqu'à celui-là même qui devait les violer de la façon la plus scandaleuse* [Nosotros hemos dictado una serie de disposiciones constitucionales sin detenernos en hacer promulgaciones de principios, ni en formular declaraciones filosóficas. Nuestros principios son conocidos. Son los principios de 1789, que todos los gobiernos que se han sucedido han reconocido, hasta incluso aquellos que los violaron de la manera más escandalosa]». *Annales de l'Assemblée Nationale*, XXXVI, 619. Cit. por ESMEIN, *Dr. const.*, I, 599, n. 66.

que hubo de consentir al ejercicio de su prerrogativa. Es cierto que hay en las Constituciones normas de inaplicabilidad inmediata, porque su mismo texto reserva la regulación de ciertas materias a una ley futura o porque resulte difícil derivar de un principio o norma general sus aplicaciones concretas, pero en los casos en que la misma Constitución o la naturaleza de la norma no impiden considerarla como directiva de la coordinación de la actividad de los individuos, particulares u órganos colectivos, su observancia es imperativa, por las razones aducidas por Duguit y porque no parece razonable dar vigencia inmediata a unas normas y a otras no. Del enunciado de principios generales, que antes se consideraban figuras retóricas o proclamaciones sin consecuencia⁸, se derivan hoy aplicaciones que hacen de la Constitución, en realidad, el fundamento de la estructura de la integración política. Esos enunciados generales son precisamente la parte más importante, y la más interesante, de las Constituciones, pues declaran las normas a que ha de sujetarse el ejercicio objetivo de las competencias y es siempre mucho más importante el contenido que la forma. Únense entonces felizmente en el régimen político los requisitos de legalidad y legitimidad. La existencia de una garantía eficaz de la observancia de los principios constitucionales, aunque trascendental desde el punto de vista político, es cuestión secundaria desde el punto de vista doctrinal. La sanción podrá o no establecerse y aplicarse, la garantía del recurso podrá estatuirse o no y, en caso de que se instituya un órgano contrastador de la constitucionalidad de las decisiones de órganos constituidos, ese contraste será o no eficaz; en toda circunstancia habrá de reconocerse que se trata de principios que obligan y deben obligar a los titulares de los órganos declaradores, aplicadores y ejecutores de las normas políticas⁹.

8 «Wohlklingender Ausspruch [dicho armonioso]» llama G. Anschütz al enunciado de la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Cfr. HATSCHEK, *Deutsches und preussisches Staatsrecht*, 1922,1, 196.

9 El Derecho político versa precisamente sobre las limitaciones posibles y convenientes de las competencias de los órganos del Estado. En un régimen autocrático, absoluto, el único estudio posible, desde el punto de vista político, sería el de la correlación e influen-

La posición del principio de igualdad, se destaca, por otra parte, como ya se ha dicho, de entre la de todos los derechos individuales o fundamentales. El mismo Esmein, a pesar de su opinión ya mencionada, al referirse a ese principio, escribe: «La igualdad civil, el principio quizá más fecundo de todos (entre los derechos individuales), no implica en sí reglamentación particular, o, más bien, la reglamentación se halla en la legislación entera. Es, en efecto, el primer principio cuyo respeto se impone al legislador»¹⁰.

Obstáculos a la garantía judicial de los derechos individuales

Imprecisión del contenido de las declaraciones

La imprecisión acerca del contenido de las leyes constitucionales francesas es una de las causas que han impedido hasta ahora el establecimiento, o reconocimiento, de un contraste judicial de la constitucionalidad de las decisiones legislativas. Las tres leyes constitucionales de 1875 que, con modificaciones, supresiones y adiciones posteriores, forman la base de la estructura política actual, no proporcionan oportunidad de conflictos graves, ya que se trata por lo general de cuestiones de procedimiento y distribución de competencias¹¹. Pero mientras no se concrete en Francia en un texto constitucional cuántos y cuáles principios de las Declaraciones de Derechos y con qué alcance se consideran obligatorios, el ejercicio de una competencia de contraste de la constitucionalidad de las leyes tendría, con toda probabilidad, consecuencias desastrosas para la seguridad política. En todo Estado donde hay una Constitución escrita, en la cual se instituyen órganos constituidos y se les asignan ciertas competencias, los titulares de

ciamiento recíprocos de la voluntad del autócrata y de los súbditos. Por eso ha observado Ugo Forti acerca del Derecho administrativo: «Anzi si può dire che il diritto amministrativo non sia altro storicamente che la restrizione di una potestà originariamente del tutto discrezionale». *Dir. amm.*, 1931, 1, 141.

10 *Droit constitutionnel*, II, 568.

11 Cf., sin embargo, la nota de Nézard en *Droit const.*, I, 642-643.

órganos encargados de aplicar las normas están naturalmente obligados, salvo excepción expresa, a confrontar unas normas con otras, las anteriores con las posteriores, las declaradas por un órgano determinado con las emitidas por otro órgano de más elevada categoría, las estatales propias con leyes extranjeras, y han de examinar además si los diversos órganos tienen la competencia que en realidad ejercen. Para que un órgano constituido se considerara en una posición especial preeminente, sería preciso que así lo estatuyera expresamente la Constitución, o que al asignar las competencias de la judicatura se exceptuara explícita o implícitamente la del contraste de las decisiones legislativas estatales. Esta excepción no se ha enunciado en las leyes constitucionales francesas. Pero el motivo expresado del dudoso contenido de los principios constitucionales, obligatorios para todos los órganos constituidos, impone la negativa constitucional, en el sistema político presente, de un contraste de la gestión del Parlamento. Esa imprecisión acerca del contenido de la Constitución francesa, escribe Esmein, tendría por consecuencia, si se admitiera el contraste judicial de la constitucionalidad de las leyes, que «la materia constitucional, ampliada todavía por medio de la interpretación doctrinal, se extendería hasta límites vagos e infinitos: no hay una sola ley que, por algún aspecto, que se refiere a un derecho individual, a la libertad o la propiedad, a la igualdad de los ciudadanos, o a la jerarquía administrativa, pueda sustraerse al contraste del juez y a que éste pueda anularla»¹². «Admitir que los tribunales puedan dejar sin efecto las leyes», escribe Carré de Malberg, «sólo porque opondrían a ellas causas de invalidación derivadas de principios o preceptos de los cuales ellos serían dueños de establecer la lista y de atribuirles superioridad, en virtud de su libre apreciación, sería, en realidad, conferirles sobre la obra del legislador una facultad de examen y censura que, finalmente, haría depender la eficacia de toda esa obra de su potestad discrecional. Esta potestad sería ilimitada, ya que apenas habrá una ley que introduzca innovaciones o reformas importantes que, en estas con-

12 *Dr. const.*, I, 644-645.

diciones, no se preste a contestación acerca de su legitimidad; y el juez, por poco hostil que sea a una novedad legislativa, llegaría con demasiada frecuencia a hacer valer una razón de un supuesto orden superior, que le proporcionaría medio de sustraerse a su aplicación»¹³.

La perspectiva que vislumbran estos tratadistas no es producto de su imaginación. En sendas notas a las decisiones del Consejo de Estado francés en los casos «Winkell» y «Tilchit»¹⁴, Hauriou entendía que los tribunales deben negarse a la aplicación de una ley inconstitucional, esto es, no sólo de las leyes que estuvieran en contradicción con disposiciones de la Constitución escrita, sitio también de las que estuviesen en contradicción con leyes fundamentales, escritas o no; y que por leyes fundamentales había que entender los principios inscritos o no en la ley, cuyo respeto es indispensable, en un momento dado, para el mantenimiento del orden público y la paz social. Duguit, después de citar la opinión de Hauriou, se adhiere a ella, modificando el punto de vista expuesto en la primera edición de su *Tratado*, y precisa que las competencias del órgano contras-tador de la Constitucionalidad de las leyes deben incluir la de «rechazar la aplicación de una ley que, sin contener una violación de una regla constitucional escrita, está ciertamente en contradicción con un principio del derecho superior no escrito y que la conciencia colectiva percibe fuertemente que se impone al Estado»¹⁵.

Saben, pues, los que en Francia defienden el contraste judicial de las decisiones legislativas que su propósito transformaría notablemente la distribución de competencias que ahora rige, para atribuir a los funcionarios judiciales en última instancia, entre los órganos constituidos, el discernimiento acerca de la conveniencia fundamental de las modalidades normativas respecto a la coordinación de las actividades de los miembros de la integración política.

13 *La loi*, 123 y sig.

14 Cf. DUGUIT, *Dr. Const.*, III, 170.

15 *Dr. const.*, III, 599 y sig.

Identidad de los órganos constituyente y legislativo

La cuestión del contraste de la constitucionalidad de las leyes no tiene, por lo demás, en Francia la transcendencia que adquiere en otros Estados, porque el órgano constituyente francés es idéntico al órgano legislativo ordinario, de manera que no exigiéndose trámites intrínsecamente distintos para la revisión constitucional, no hay inconsecuencia política en asimilar el Parlamento a la Asamblea Constituyente. Barthélemy/Duez, al mismo tiempo que afirman que «la revisión constitucional, una vez decidida por las Cámaras, es realizada por una asamblea jurídicamente distinta del Parlamento», admiten que «de hecho, esta asamblea está compuesta de los mismos elementos que el Parlamento, ya que no es más que la reunión de los diputados y senadores», y que, por tanto, el sistema francés de revisión se asemeja al belga, con la diferencia de que en Bélgica, además de ciertas cautelas (disolución de las Cámaras que deciden la revisión, de acuerdo con el titular de la Corona), se exige para la revisión la mayoría de dos tercios de los votantes¹⁶.

R. Carré de Malberg coincide en esta apreciación: «La Asamblea nacional es una formación del personal parlamentario; es la resultante de una reunión, en un colegio único, de los senadores y los diputados que están en funciones en el momento de su convocatoria. Resulta, pues, que, en realidad, la obra de la revisión depende de la voluntad de las mayorías que tienen la preponderancia en nuestras asambleas parlamentarias. Si, en efecto, existe, respectivamente, en el Senado y en la Cámara de los diputados, una mayoría favorable a una determinada revisión, basta que esas dos mayorías se encuentren reunidas en Versalles para que estén aseguradas de realizar allí la reforma constitucional acerca de la cual estaban conformes de antemano. Este sistema es todo lo contrario de una separación efectiva entre el órgano legislativo y el órgano constituyente. La verdad es que en el sistema revisionista establecido por el art. 8° [de

16 *Dr. const.*, 235.

la ley de 25 de febrero de 1875], el Parlamento ejerce su autoridad tanto sobre la Constitución como sobre las leyes: es dueño de la Constitución en un doble sentido: no puede ser modificada sin su consentimiento, y es competente, además, para modificarla por su poder propio, es decir, por el solo hecho que las mayorías de las dos Cámaras tienen acerca de este particular opiniones que concuerdan»¹⁷.

Imputación del origen de las normas políticas

En el art. 6º de la Declaración de Derechos de 1789 se proclama, con vocabulario rousseauniano, que «la ley es la expresión de la voluntad general»¹⁸. La «voluntad general» se expresaría por los «representantes» del pueblo, en contradicción con la tesis de Rousseau, el cual había declarado que la voluntad no era susceptible de representación¹⁹. En el art. 7º, secc. 3ª, cap. 1º del tít. 3º de la Constitución de 1791, en el art. 29 de la de 1793 y en el art. 52 de la del año III se dijo que los diputados representan la nación entera, no sus distritos particulares: si la nación se compone de ciudadanos, no puede hallarse la nación en el Cuerpo legislativo si no se hallan en él, virtualmente, todos los ciudadanos. Resultaría, pues, como explica Carré de Malberg, que «todos los ciudadanos participan, por intermedio de los representantes nacionales, en la adopción de la ley, la cual puede ser luego calificada de producto de la voluntad general». Recuerda Carré que cuando Sièyes quiso definir el «régimen representativo» indicó que en ese régimen «el pueblo habla, obra, por sus representantes» y que «los poderdantes se hacen oír por medio de los diputados nacionales», porque «la voz de la legislatura nacional» no es más que «la voz misma del pueblo». Esto, concluye Carré, es «identificar las voluntades expresadas por

¹⁷ *La loi*, 113-114.

¹⁸ J. J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du Droit publique*, 3, 15: «La Souveraineté consiste essentiellement dans la Volonté Générale».

¹⁹ 2, 1: «*La volonté ne se représente point; elle est la même ou elle est une autre, il n'y a point de milieu*».

la asamblea de los diputados con la voluntad popular, decir que toda decisión de la asamblea equivale a una decisión del cuerpo de ciudadanos»²⁰.

No cabe duda de que tal era la opinión de los constituyentes franceses. Pero no es menos cierto que esa doctrina de la «voluntad general», con sus corolarios, es uno de los más notables ejemplos de confusión e inconsecuencia que ofrece la ciencia política. No existe, desde luego, una «voluntad general»²¹, tampoco identidad psicológica ni, por tanto, política entre los diputados y los ciudadanos que los designaron, ni entre éstos y los demás ciudadanos que no participaron en el sufragio o que designaron a candidatos derrotados, ni entre esos ciudadanos y la colectividad política. La teoría de Rousseau, como la de los constituyentes franceses, se basa simplemente en una serie de ficciones e imputaciones que carecen de eficacia real.

Si esa identidad existiera realmente, entonces sí sería incompatible con un régimen democrático el discernimiento final de la conveniencia de las normas por parte de un órgano cuyos titulares no fueran designados por el cuerpo de ciudadanos, no siendo psicológicamente idénticos con ellos. Pero no existe relación de identidad entre los diputados constituyentes u ordinarios y la colectividad política; la relación efectiva puede tener caracteres diversos, de delegación, de nombramiento, condicionado por la confianza, de agencia o representación, pero no será nunca de identidad.

De esta circunstancia se deduce que tanto armoniza con el postulado de la «voluntad general» —supuesto punto terminal de imputación de las normas políticas— la atribución del discernimiento de la congruencia a los diputados, como a los jueces; la identidad no existe en ningún caso. En ambos casos es preciso proceder a imputaciones sucesivas, con más o menos grados, para atribuir las normas de coordinación al pueblo o a su órgano, el «populus» (*Staatsvolk*), el cuerpo de ciudadanos. Así se explica

²⁰ *La loi*, 16-17.

²¹ Cf. DUGUIT, *Dr. const.*, I, 17 y sig., 131 y sig., 498 y sig.; II, 13 y sig., 193; G. JÈZE, «Le dogme de la volonté nationale et la technique politique», en *Rev. du Dr. Public*, 1927, abril-junio.

que el contraste judicial de las decisiones de los titulares del órgano legislativo ordinario se admita en integraciones de régimen cuya democracia no cede en amplitud a la del Estado francés, sin que nadie haya creído que el principio del origen popular de todas las competencias sea infringido por la institución de un contraste judicial de la constitucionalidad de las decisiones legislativas²².

Consecuencia de esta identidad del órgano legislativo con el constituyente es que el Parlamento, en Francia, tiene más amplias competencias que el titular de la Corona en el antiguo régimen, pues los monarcas estaban limitados en sus facultades, cuando menos, por las «leyes fundamentales del reino», entre las cuales se contaban, sin duda alguna, la de sucesión al trono, la de la inalienabilidad del territorio y la posición respectiva consuetudinaria de los estamentos²³.

Posición de los funcionarios judiciales

Otro argumento digno de consideración se alega en Francia... contra el contraste judicial de las decisiones legislativas del Parlamento en el sistema político actual, que se funda en la posición social y política de los titulares de la función judicial. Aunque este aspecto del problema no atañe a la esencia de la función, ha de reconocerse que no es razonable esperar que sea eficaz una institución si no está rodeada de las garantías y del pres-

22 Por lo demás, Rousseau nos dejó en la misma dificultad, para elucidar la «voluntad general», que experimentamos hoy cuando queremos discernir la óptima conveniencia para el bien común: *ib.*, 2, 7: «*Il faudrait [para conocer la "voluntad general"] une intelligence qui vît toutes les passions des hommes et qui n'en éprouvât aucune, qui n'eût aucun rapport avec notre nature et qui la connût à fond, dont le bonheur fût indépendant de nous et qui voulût bien s'occuper du nôtre... il faudrait des Dieux [Se requeriría ... una inteligencia que viese todas las pasiones de los hombres y que no sintiese ninguna, que no tuviera relación con nuestra naturaleza y que la conociese a fondo, cuya felicidad fuese independiente de nosotros y que, sin embargo, tuviese a bien ocuparse de la nuestra... harían falta dioses]*». [El inciso se encuentra en 3, 15, N. E.]

23 A. LEMAIRE, *Les lois fondamentales de la monarchie française*, 1907, 279 y sig.

tigio que corresponden a la importancia del cometido que se le señala. Esmein había señalado ya que no se dan en Francia las circunstancias en las cuales actúan los jueces en los países anglosajones²⁴. Barthélemy/Duez insisten en que «la historia constitucional y el derecho comparado se unen para demostrarnos que el contraste no es efectivo a no ser que el órgano contrastador tenga prestigio social e independencia asegurada frente al legislador; las experiencias norteamericana y anglosajona, checoeslovaca y suiza (en lo que concierne a las leyes cantonales) lo demuestran con toda claridad; el antiguo Senado conservador francés [de los años VIII y 1852], el Tribunal Constitucional austríaco, el ensayo egipcio, nos proporcionan la contrademostración. Es evidente que nuestros magistrados están lejos de tener el prestigio de los jueces anglosajones: nuestra Corte de Casación no es el equivalente social de la Corte Suprema de Norteamérica. Y bien lejos de temer, en Francia, el «gobierno de los jueces», nos preguntamos si el juez francés, en el estado actual de las costumbres, podría servirse del arma que se pondría en sus manos. A pesar de la inamovilidad, el gobierno, promotor del poder judicial, tiene en su mano a los jueces y éstos no han renunciado a todo ascenso. Y el gobierno está a su vez, en gran medida, en el poder del Parlamento. ¿Tendría pues el juez la libertad necesaria para criticar la obra legislativa?... Las garantías contra la opresión parlamentaria han de buscarse, en el estado actual de nuestras costumbres, en otra parte, no en la excepción de inconstitucionalidad ante los tribunales. Hay que organizar el Parlamento de manera que se reduzcan al mínimo las probabilidades de formación de leyes inconstitucionales y que se desarrolle en el Parlamento el espíritu de legalidad: un bicameralismo sincero, la reforma del reglamento interior, el uso del referéndum nos parecen, a este respecto, preferibles a un arma demasiado pesada, puesta en manos de un poder demasiado débil para que la pueda manejar con prudencia y seguridad»²⁵

24 *Dr. const.*, I, 645. Cf. BECEÑA, *Magistratura*, 197 y sig.

25 *Dr. const.*, 226.

Diferenciación entre «política» y «justicia»

Con estas atendibles razones, que habrían de ser tenidas en cuenta en este particular en integraciones de análoga estructura, involucran Barthélemy/Duez una alegación que pertenece a un orden distinto de ideas. Lo mismo que Esmein²⁶, aquellos autores entienden que los jueces realizarían entonces una función no judicial, sino «política» y concluyen que «la política en el pretorio es cosa detestable en todos respectos»²⁷. Esta es la tesis que desarrolla con prolija exposición Carl Schmitt en el libro traducido al español con el título *La defensa de la Constitución*²⁸, obra que H. Kelsen ha calificado de «apoteosis de la dictadura»²⁹. Uno de los pensamientos favoritos de Schmitt es la supuesta incompatibilidad de la «política» con la «justicia», a la manera de su compatriota R. Smend, quien estima inidentificables el «Derecho», idea de justicia, y la «Administración», resultado de la técnica³⁰. A juicio de Schmitt, como al de Esmein y Barthélemy/Duez, hay que precaverse contra el hipotético terrible peligro de «politiquizar la justicia»³¹. Esta disyunción arbitraria de dos conceptos, que, no sólo no son antitéticos, sino que han de coincidir en todo momento, sirve de punto de partida a Schmitt para defender su tesis en absoluto contraria a la razonabilidad de una garantía judicial de la Constitución, mientras que los autores franceses mencionados limitan sus objeciones al sistema actual político de Francia, «en el estado actual de sus costumbres».

La actividad «política» del órgano legislativo, como la de cualquiera otro órgano colectivo, consiste en discernir de qué manera ha de coordinarse la conducta de los individuos de acuerdo con las necesidades de la

26 *Dr. const.*, I, 635.

27 *Dr. const.*, 226.

28 El título alemán es *Der Hüter der Verfassung*. Cf. la reseña del Prof. PÉREZ SERRANO en *Revista de Derecho Público*, 1932, 285-288.

29 *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, 1931, 54.

30 *Verfassung*, 38, 44, 133 y sig. 154 y sig.

31 Cf. G. JELLINEK, *System*, 101.

integración. Siempre se trata de conciliar intereses en apariencia más o menos contrapuestos —no existe en realidad contradicción irreductible de intereses en la humanidad— y la misión de cada una de las personas cuya gestión es imputable a la colectividad —esto es, de los titulares de los órganos del Estado— consiste en elucidar la óptima congruencia asequible entre todos los intereses que en algunos de sus aspectos parecen hallarse en conflicto. El declarador de las normas, sea cual fuere su clase, lleva a cabo una función apreciadora, formula un juicio de valor. Atribuir a un órgano determinado la competencia valorativa de actos de otro órgano —sea del Parlamento sobre los del gobierno, o viceversa, o de un Tribunal sobre uno de ellos o sobre ambos— no da al órgano contrastador carácter más o menos político del que tenía anteriormente. No se trata de diferencia de contenido, sino de jerarquía o categoría. En otros términos, la función judicial es tan «política» como la legislativa y la gubernativa³². No se comprende qué peligro intrínseco puede derivar para un órgano del adecuado ejercicio de las competencias que le incumben.

32 El primer autor que expuso la calidad creadora de normas de la función judicial, en sentido moderno, apoyando su argumentación en instituciones del derecho medieval, fue S. SCHULTZE en su obra *Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung; Grundlinien einer geschichtlichen Auffassung des heutigen Zivilprozessrechts; zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere zur Lehre vom sogenannten Gewohnheitsrecht* [Derecho privado y proceso en su . Líneas fundamentales de una exposición historiográfica del derecho procesal civil actual, así como un sobre teoría de las fuentes del derecho, en especial, sobre teoría del llamado derecho consuetudinario], I, 1883, pág. 98: «La continuidad en el Derecho y la jurisprudencia medievales se mantiene únicamente por el contenido, no por la ordenación formal jurídica». En todo tiempo se ha advertido esa peculiaridad de la función judicial y por esta razón se explican las numerosas prohibiciones de la «interpretación» de la ley por parte de los jueces. En un sermón pronunciado ante el rey de Inglaterra (Sermon preached before the King, 1717), dijo el obispo Hoadly: «*Whoever hath an absolute authority to interpret any written or spoken laws, it is he who is truly the law-giver to all intents and purposes and not the person who first wrote or spoke them* [Quienquiera que tenga plena autoridad para interpretar cualesquiera leyes, escritas u orales, tal es quien es verdaderamente el legislador para todos los propósitos y finalidades y no la persona que primeramente las escribió o las dijo]».

Si las competencias se ejercieren con perjuicio de los fines para que fueron instituidas, si consideraciones ajenas a la congruencia de las normas prevalecen en los que las declaran, la perversión del contenido de las mismas originado por el prevalecimiento de intereses parciales defendidos por sus titulares directamente o por intermedio de partidos será tan lamentable y funesto si se verifica en un Parlamento como en un tribunal. Si se da ese significado peyorativo a la expresión «politiquizar la justicia», también habrá de aplicarse, y con no menor razón, a la «politiquización» del Parlamento. ¿O no puede ser materia de reproche al Parlamento lo que se censuraría en la actuación de los titulares de la función judicial? Todo ha de «politiquizarse», si la «política» consiste en el discernimiento de la óptima armonía de los intereses individuales y colectivos; nada debe «politiquizarse» si «política» significa pugna egoísta de intereses particulares. Toda la actividad de todos los órganos del Estado ha de ser «política» en el recto sentido de la palabra; ninguno de ellos debe condescender en maniobras «políticas» que implican prevaricación. Y nadie ha demostrado hasta ahora que los titulares de los órganos legislativos parlamentarios gocen de mayor inmunidad intrínseca contra los embates de los intereses particulares que los funcionarios judiciales, cuando el reclutamiento y la posición de éstos concuerdan con la naturaleza de la misión que les incumbe.

No existe incompatibilidad de naturaleza entre la función judicial y la legislativa. Históricamente se confunden. Hauriou califica al juez de «órgano vivo de la sociedad». Frente a la opinión en exceso simplista de Lambert, declara Hauriou que si bien pudiera parecer sorprendente que un tribunal supremo ocupara el lugar preeminente en una colectividad, podrían hacerse suposiciones más inverosímiles, en especial si la organización del país fuera muy descentralizada o «federal». No sería la primera vez que se vería a grupos sociales gobernados por jueces³³. La solución que propone Carl Schmitt, de confiar la garantía de la Constitución al órgano supremo gubernativo, y otras soluciones (v. g. la del proyecto de

33 Cf. *Dr. const.*, 224 y sig.; *La souveraineté nationale*, 1912, 79.

Constitución federal española, de 1870, art. 70; la del anteproyecto de «Constitución de la Monarquía Española», de 1929, y la del proyecto de Constitución de 1931) no ofrecen mayores probabilidades de idoneidad.

No podemos admitir otra acepción de «lo político» que la referente a la totalidad de las relaciones sociales en el aspecto que abarca la colectividad política. El sentido circunstancial que le da Mirkine-Guetzévitch³⁴ cuando identifica la «política» con los intereses inordinados de un grupo o de un individuo —la razón de Estado— desacredita el término «política» como la expresión de Maquiavelo puso en trance de ser repudiado al término «Estado» y nos obligaría, si se generalizara, a eliminarla de nuestro vocabulario, como ya ha sido necesario hacer con el anfibológico vocablo «soberanía».

El procedimiento judicial, con su publicidad, participación activa de las partes en litigio, exposición contradictoria de los argumentos y de las pruebas y motivación necesaria de las decisiones, parece adecuado como el que más para discernir las circunstancias de cada caso. La independencia moral, social y política de los titulares de la función —y sólo en estas condiciones merece el ejercicio de la función el calificativo de judicial— añade una garantía, digna de ser tenida en cuenta, a las que ya en sí encierran las modalidades del ejercicio de la competencia. Autores que, como H. J. Laski, de acuerdo con Marx y Engels, creen que todas las instituciones, incluso la Justicia, toman del sistema económico sus caracteres principales y que, por tanto, desconfían de la imparcialidad de sus decisiones, no dejan de reconocer que «los jueces, hoy tal vez más que en ninguna otra época, constituyen la verdadera salvaguardia de la libertad personal»³⁵.

La competencia judicial en la resolución de conflictos en que está implicado el principio de autoridad o el de la coordinación de intereses in-

34 MIRKINE-GUETZÉVITCH, «Les nouvelles tendances du dr. const.», en *Rev. du Dr. Publ.*, 1928, 29. V., en la traducción de S. Álvarez Gendín (*Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, 1934), la diferenciación arbitraria de «política» y «derecho», principalmente en las págs. 10-12, 19-23.

35 *Derecho y Política*, 278.

dividuales y colectivos tiene precedentes antiquísimos y persistió en la Edad Media³⁶. La naturaleza de la competencia judicial es, para los que

36 De la obra de KELLER, *Freiheitsgarantien*, transcribimos el siguiente privilegio de Messina, de Rogerio I (1129): «*Etiā si regia potestas seu persona, vel eius officialis auctoritatis cuiuscunque, litigaverit cum cive vel habitatore Messanae, nullius favore legis neque privilegii preaeponatur, sed iustitia communiter ministretur, et a suo predicto foro non possit illum extrahere...* [Y si la potestad regia, ya sea en persona, o bien de cualquier autoridad delegada, litigara con un ciudadano habitante de Messina, no sería antepuesto por el favor de ninguna ley ni privilegio, sino que se administraría justicia comúnmente, y podría extraerse de su fuero privilegiado...]». En otros documentos, de dudosa eficacia, como todos los de índole análoga, se establecían penas para el caso de que no se acatara la resolución judicial; cf. KELLER, 257 y sig. Algunas veces se concedía el derecho de resistencia a la violación de las promesas formuladas, como se observa en el art. 61 de la Magna Charta, de 1215: «*Et si nos excessum non emendaverimus, intra tempus quadraginta dierum, producti quatuor barones referent causam illam ad residuos de illis 25 baronibus, et illi 25 barones cum communia totius terre distringent et gravabunt nos omnibus modis quibus poterunt, scilicet per captionem castrorum, terrarum, possessionum et aliis modis quibus poterunt, donec fuerit emendatum secundum arbitrium eorum, salva persona nostra et reginae nostrae et liberorum nostrorum* [Si Nos (o en nuestra ausencia del Reino el Justicia Mayor) no diéramos reparación dentro de los cuarenta días siguientes... los cuatro barones darán traslado del caso al resto de los veinticinco, los cuales podrán usar de apremio contra Nos y atacarnos de cualquier modo, con el apoyo de toda la comunidad del Reino, apoderándose de nuestros castillos, tierras, posesiones o cualquier otro bien, excepto nuestra propia persona y las de la reina y nuestros hijos, hasta que consigan efectivamente la reparación que hayan decretado]». No es posible elucidar cuándo se produjo esa garantía de los derechos de ciertos individuos o de todos los pobladores de un lugar; como, probablemente, el origen de esas garantías coincide, en una u otra forma, con la existencia de toda colectividad política, esta cuestión tiene escasa importancia doctrinal. E. WOHL-HAUPTER cita en su conferencia «La importancia de España en la historia de los derechos fundamentales» (1930, 5) un pasaje del manuscrito de la obra de Keller, donde se atribuye «el principio de los derechos de libertad... a los privilegios de los colonos españoles», en los cuales privilegios se «contienen ya la mayor parte de aquellos derechos de libertad que más tarde se extienden por todo el continente, y esto con una precisión y claridad como sólo vuelve a encontrarse en documentos precisos de época muy posterior». En el libro de Keller, que se publicó tres años más tarde, no se encuentra este pasaje. Sólo leemos en la pág. 54: «*In der zeitlichen Entwicklung wie in der geschichtlichen Bedeutung für den ganzen Fragenkomplex scheinen in der Reihe der kolonialisatorischen Freiheitszusagen die der sogenannten Poblaciones der spanischen Reconquista voranzugehen* [Para la entera problemática, tanto en su

perciben su esencia y modos de manifestarse, difícil de definir en la clasificación corriente de los «poderes del Estado»³⁷. Entre los dos extremos que pueden presentar los sistemas de designación de los jueces, sólo el de libre nombramiento del órgano supremo gubernativo y el de elección por sufragio directo universal e igual con facultad de destitución y revocación de las decisiones declaradas por parte del órgano de designación pueden adscribirse a una de las modalidades de los regímenes autocráticos o democráticos. El sistema de elección por sufragio indirecto con participación de colectividades políticas, de uno o varios órganos del Estado y de colectividades profesionales y el sistema de designación por un órgano gubernativo después de ciertas pruebas públicas de aptitud, más o menos congruentes, acusan carácter mixto que no predetermina en nada o levemente la orientación de la actividad funcional de los titulares. Hauriou se ha visto inducido, en virtud de consideraciones históricas y de la posición peculiar de la judicatura en los Estados modernos, a distinguir en ésta un «poder social más bien que político, mientras que, por el contrario, los poderes del Estado son enteramente políticos». Dejando aparte la disyunción, irreal, entre lo social y lo político, creemos que lo que dificulta la asignación de una característica distintiva a la competencia judicial es precisamente el doble aspecto de la función, que consiste en declarar y al mismo tiempo aplicar y ejecutar normas políticas.

El fundamento inmediato de la decisión judicial es, si el ejercicio de la función no está sujeto a «instrucciones» o «medidas» de índole análoga, una actitud subjetiva. Quienquiera asuma la competencia de verificar una labor intelectual de subsunción tiene una esfera más o menos extensa de facultades discrecionales y la discreción de un titular sólo puede ser sustituida por la discreción de otro titular de categoría política más elevada. La subsunción judicial a base de la «independencia» del juez sólo puede

desarrollo cronológico como en su significación histórica, parece que la serie de concesiones de libertades a los colonos en las llamadas *Poblaciones* de la *Reconquista* española habían tomado la delantera]».

37 [M. HAURIOU], *Précis élémentaire*, 299.

verificarse en la forma mencionada, sea cual fuere la opinión que se tenga de la naturaleza de la función judicial. El otro término del dilema es el sometimiento absoluto del órgano judicial al órgano que dicta normas generales y particulares. Es el concepto bizantino del juez: «*Quia legum aenigmata solve, et omnibus aperire idoneus esse videtur, nisi is, cui soli legislatorem esse concessum est?* [¿Quién parece idóneo de aclarar los enigmas legales, sino aquel a quien el legislador ha puesto a tal fin?]]»³⁸. De la creencia que el Estado era patrimonio de un individuo o de una familia, cuando se decía que «los Reyes... han el sennorio por heredad»³⁹, deriva este criterio acerca de la posición del juez: «E porque al Rey pertenesce, e ha poder de facer fueros, e Leys, e de las interpretar, e declarar, e emendar, do viere que cumple, tenemos por bien que si en los dichos fueros, o en los libros de las Partidas sobredichas, o en este nuestro libro, o en alguna o en algunas Leys de las que en él se contienen, fuere menester interpretación, o declaración, o emendar, o annadir, o tirar, o mudar, que nos que lo fagamos»⁴⁰.

El resurgimiento de esta doctrina se realiza hoy en circunstancias que nos ilustran suficientemente acerca del pensamiento que anima tales propósitos y las consecuencias ya producidas y que se agravarán. No cabe afirmar con razón que el ejercicio de esa competencia discrecional del juez es mera «arbitrariedad política», como pretende ahora Carl Schmitt, después de haber defendido anteriormente la independencia judicial, ni tiene fundamento su aserto de que el juez se coloca por encima del Estado cuando interpreta según su conciencia los principios generales del Derecho, las exigencias de la moral, las necesidades del orden y la seguridad públicos, lo que suele englobarse en la expresión «cláusulas generales». Schmitt, como tantos otros, incurre en el error de identificar el Estado con los titulares circunstanciales del ejercicio de ciertas competencias prominentes, titulares cuyos actos, cierto es, son imputables a la colectividad. Pero imputa-

38 *Cod. Just.*, 1, 14, 12, 4.

39 *Partidas*, tít. 1^o, ley 8^a.

40 Ordenamiento de Alcalá, tít. 28, ley 1^a.

bilidad no equivale a identidad, bien al contrario, supone diferenciación. Schmitt ha de sustituir el subjetivismo del juez —sintético, porque el puramente personal no tiene razón de ser— por algún otro subjetivismo y así proclama ahora que «en la aplicación y ejecución de las cláusulas generales por jueces, abogados, consultores jurídicos y profesores de derecho son decisivos, inmediata y exclusivamente, los principios del socialismo nacional alemán»⁴¹. Nadie negará que tales principios son meramente subjetivos y en cuanto a su prevailecimiento político, implican una cuestión, no de idoneidad, sino de prepotencia de un grupo en el Estado. La norma, por el contrario, es un «juicio sobre lo justo y lo injusto».

Es cierto que los jueces «tienen en su subconsciencia lo que un gran jurista llamó la premisa principal inarticulada, la cual (y con tanta mayor razón cuanto que por lo general es inconsciente), ejerce una influencia capital en la orientación de sus decisiones»⁴², pero, en último término, siempre será una actitud subjetiva, un juicio de valor, el que producirá todas las decisiones y nunca será posible establecer en un Estado, de modo efectivo, un origen único de las normas, aunque sea la integración de régimen autocrático.

Contraste judicial de la observancia de los principios fundamentales

Desde el momento en que se trata de la aplicación de una norma o declaración, puede contrastarse si su eficacia responde a la idea que la inspi-

41 Cf. *Juristische Wochenschrift*, de 16 de diciembre de 1933.

42 LASKI, *Derecho y Política*, 278. Chief Justice Marshall en la sentencia del caso *Livingston v. Jefferson* (1 Brockenbrough 203): «*Unwritten law is really human reason applied by the courts, not capriciously, but in a regular train of decisions to human affairs for the ends of justice according to the circumstances of the nation, the necessity of the times, and the general state of things* [El derecho no escrito es realmente la razón humana aplicada por los tribunales, no caprichosamente, sino en una cadena regular de decisiones aplicadas a los negocios humanos con fines de justicia de acuerdo a las circunstancias de la nación, la necesidad de los tiempos y el estado general de las cosas]».

ró. La Constitución norteamericana garantiza a las regiones «una forma republicana de gobierno». Cláusulas análogas contienen la Constitución argentina de 1860, la suiza de 1874 y la brasileña de 1891.

¿Qué es una república? Y en el sentido en que emplean el vocablo esas Constituciones, ¿qué es una república democrática? Madison lo explica en el «Federalist»⁴³: «Si queremos resolver la cuestión sin recurrir a los principios... es seguro que nunca obtendremos una solución satisfactoria... Si, empero, para fijar el verdadero sentido de la expresión «forma republicana de gobierno» acudimos a los principios que sirven de base a las diferentes formas de gobierno, diremos que gobierno republicano es aquel en que todos los poderes proceden directa o indirectamente del pueblo, cuyos administradores [sc. individuos cuyos actos son imputables al pueblo] disfrutan el poder sólo temporalmente a arbitrio del pueblo o en cuanto actúen idóneamente... Basta para que exista tal gobierno que los administradores del poder sean designados directa o indirectamente por el pueblo, pero sin esta condición sine qua non todo gobierno popular que se organice en los Estados Unidos, aunque esté bien organizado y administrado, perderá ineludiblemente su carácter republicano». Walker escribe que están prohibidos en Norteamérica «los gobiernos despóticos, aristocráticos, monárquicos, o, en una palabra, antirrepublicanos»⁴⁴. Abraham Lincoln definió la democracia; «*government of the people, by the people, for the people*», definición que se formuló en oposición al espíritu que suele suponerse en los «Padres de la Constitución» norteamericana, a quienes se acusa de haber querido establecer un «*government by property, for property and of property*», y a la divisa del «despotismo ilustrado»: «Todo para el pueblo, nada por el pueblo»⁴⁵.

43 XXXIX.

44 *American Law*, § 67.

45 Cf. las ponencias presentadas en el Congreso Internacional de Ciencias Históricas de Varsovia, en 1933, por OLIVIER-MARTIN, A. LINDVALD, C. ALCÁZAR MOLINA; P. SILVA, L. STAVENOW y H. HOLLDAK, en *Bulletin of the International Committee of Historical Sciences*, 1933, III, 701-784. V. también E. F. BOWMAN, *An Introduction to Political Science*, 1931, 80 y sig.

El tratadista argentino José Manuel Estrada especifica que «la Nación no garantiza sólo la forma republicana, sino el ejercicio regular de las instituciones, y, por tanto, aunque se conserve la forma, si el ejercicio regular de las instituciones estuviera interrumpido y el pueblo de la provincia se viera privado del gozo y ejercicio de aquéllas, la Nación debe intervenir para hacer efectiva la garantía del art. 5° de la Constitución»⁴⁶. En cuanto al órgano encargado de llevar a efecto esta garantía, la Constitución norteamericana menciona «The United States», es decir, según Cooley, más de uno de los órganos supremos en cada una de las tres competencias globales en que se supone dividida la gestión de los intereses estatales: legislativa (Congreso), ejecutiva (presidente), judicial (Corte Suprema). En la práctica, las decisiones en esta materia las ha tomado el Congreso.

La Constitución argentina de 1860 dice en el art. 6°: «El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantir la forma republicana de gobierno...». Y también la brasileña estatuye en el art. 6°: «O Governo Federal não poderá intervir em negocios peculiares aos Estados, salvo...».

Los abusos a que dio lugar la redacción de estos artículos⁴⁷ con una fórmula tan imprecisa en la Constitución argentina de 1853 originaron una reforma en 1860 y tampoco ésta ha podido evitar ulteriores excesos de los titulares del órgano supremo gubernativo. Lo mismo ha sucedido en el Brasil⁴⁸, hasta el punto que pareció necesario reformar, en 1926, esta parte de la Constitución, concretando las causas de intervención de los órganos del Estado en las regiones. Es instructivo observar las características que se atribuyeron en 1926 a lo que en 1891 se calificó sencillamente de «forma re-

46 *Nociones de Derecho Federal*, § 131.

47 J. N. MATIENZO, *Le gouvernement représentatif fédéral dans la République Argentine*, 1912, cap. 15°: L'intervention du gouvernement fédéral dans les provinces, págs. 244-298; L. S. ROWE, *The federal system of the Argentine Republic*, 1921, cap. 7°: Principles and Practice of Federal Intervention, cap. 8°: A Typical Case of Federal Intervention, en febrero 1907, en la provincia de San Juan, págs. 69-88.

48 B. G. JAMES, *The Constitutional System of Brasil*, 1923, 15-21.

publicana»: Art. 6º: «*O Governo Federal não poderá intervir em negocios peculiares aos Estados, salvo: ... II) para assegurar a integridade nacional e o respeito aos seguintes principios constitucionaes: a) a forma republicana; b) o regimen representativo; c) o governo presidencial; d) a independencia e harmonía dos poderes; e) a temporariedade das funcções electivas e a responsabilidade dos funcionarios; f) a autonomia dos municipios; g) a capacidade para ser eleitor ou elegivel nos termos da Constituição; h) um regimen eleitoral que permita a representação das minorías; i) a inamovibilidade e vitaliciedade dos magistrados e a irreductibilidade dos seus vencimentos; j) os direitos politicos e individuaes assegurados pela Constituição; k) a não reeleição dos Presidentes e Governadores; l) a possibilidade de reforma constitucional e a competencia do Poder Legislativo para decretal-a.*

En la Constitución suiza de 1874 se estatuye que los cantones están obligados a solicitar la garantía estatal de sus Constituciones, y la Federación asume esta garantía, entre otras condiciones, si el ejercicio de los derechos políticos está asegurado en formas republicanas «representativas o democráticas». En los proyectos de Constitución de 1832 y 1833 ya se consignaba esta condición junto con la de la igualdad ante la ley [hoy superflua porque este principio se expresa en el art. 4º de la Constitución estatal y las cantonales no deben contener nada que la contradiga]. Burckhardt relaciona esta disposición con el principio de igualdad⁴⁹.

Vemos, pues, que no hay ningún principio que se sustraiga, por su naturaleza, a un contraste político de su eficacia. Afirmar lo contrario equivaldría a convertir las «declaraciones» constitucionales en «declamaciones» sin valor ninguno.

Lo que sucede, en este punto como en los ya tratados anteriormente, es que el enunciado de principios generales sujetos a interpretación por órganos diversos implica un desplazamiento de la competencia declaradora de las normas y puede suscitar conflictos al ponerse en pugna las declaraciones de órganos supremos constituidos. En la medida de la libertad de apreciación acerca del contenido de principios generales, res-

49 *Kommentar*, 66-67.

pecto a los cuales no legisla el órgano constituyente, ha de entenderse que éste renuncia a declarar normas que obligan concretamente a los demás órganos, pues ese contenido se determina en virtud de competencias discrecionales atribuidas al órgano respectivo, que si es judicial, se halla en posición semejante a la del gubernativo. En esos casos los órganos constituidos hacen algo más que interpretar la Constitución, crean nuevas normas, ya que el criterio o medida de las decisiones queda al arbitrio de los órganos constituidos. En otros términos, el órgano constituyente deja al órgano constituido el discernimiento de la congruencia de las normas. Rige, pues, el discernimiento del órgano constituido al que se ha atribuido en última instancia la decisión, espontánea o en funciones contrastadoras, no el discernimiento que no quiso o no pudo realizar el órgano constituyente.

Es concebible que existan Estados en que el principio de igualdad no se considere que obliga al órgano legislativo estatal o donde éste o el gubernativo sea el llamado a discernir definitivamente las modalidades de la igualdad relativa política. Este es el punto de vista que prevalece actualmente en Italia y Alemania. El sistema político italiano se declara basado en la primacía de la «colectividad» sobre los «individuos»⁵⁰, el sistema alemán no alega la ficción colectiva, antes bien se fundamenta expresamente en el principio de jerarquía, esto es, de subordinación de hombre a hombre. En un libro de O. Koellreutter, que se ofrece al público como «la primera teoría general del Estado a base de la ideología socialista nacional», se dice: «En el Estado nacional de derecho, “igualdad ante la ley” significa empleo de la ley regular, y por tanto consciente de responsabilidad, dentro del ordenamiento racista de la vida. La opinión que se había defendido anteriormente en el Derecho político alemán liberal, que el principio de la igualdad tenía también fuerza obligatoria

50 § 1º de la «Carta del lavoro» del «Stato Fascista»: «*La Nazione Italiana è un organismo avente fini, vita, mezzi di azione superiori per potenza e durata a quelli degli individui divisi o raggruppati che la compongono. È una unità morale politica ed economica che si realizza integralmente nello Stato Fascista*».

para el legislador y por tanto para la dirección política [sc. gobierno] del Estado no es nada más que expresión de una tendencia exagerada de liberalismo. El concepto de “justicia” establecido arbitrariamente por los defensores de esta opinión es de carácter marcadamente individualista y presenta rasgos liberales exagerados. Esta doctrina viene a tener por consecuencia que no es la dirección política, sino el iuspublicista liberal el que ha de determinar, de acuerdo con su ideal personal de la libertad, lo que el legislador puede hacer o no, opinión que no puede ser admitida en el Estado nacional de derecho»⁵¹.

Esta preferencia otorgada a la «dirección política» sobre la opinión científica se deriva también de un juicio de valor, que supone la posibilidad de una percepción absoluta de la congruencia en el «jefe» que asume la competencia suprema en la gestión de los intereses colectivos.

Inconvenientes posibles del contraste judicial

No hay estructura política que garantice en sí la máxima idoneidad y, en principio, todos los regímenes son susceptibles de rendir, en circunstancias determinadas, óptimo beneficio a los individuos y a la colectividad⁵².

51 *Grundriss der allgemeinen Staatslehre*, 1933, 105.

52 PLATÓN, *El político*, cap. 32: «Hemos de pensar, pues, que la potestad idónea ha de estar limitada a uno, a dos o a muy pocos, si ha de resultar, en efecto, idónea. A los que ejercen esa potestad hemos de juzgarlos de acuerdo con los mismos principios con que juzgamos a los expertos científicos en cualquier ramo, sea el fundamento de su poder el reconocimiento espontáneo o la coacción, sea que gobiernen según leyes escritas o sin leyes, sean ricos o pobres. Los médicos nos ofrecen un ejemplo: tanto si nos curan con nuestra voluntad o contra ella, cortando o quemándonos partes de nuestro cuerpo o empleando un medio que nos cause dolores, procedan con arreglo a reglas escritas o sin ellas, sean ricos o pobres, los llamamos, a todos sin diferencia, médicos, mientras desempeñen su cometido adecuadamente... Así y no de otra manera definiremos correctamente el concepto de la medicina y el de cualquier clase de poder». Cf. el punto de vista de S. AGUSTÍN (*De civ. Dei*, 5, 17): «*Quantum enim ad hanc vitam mortalium, quae paucis diebus ducitur et finitur, qui interest, sub cuius imperio vivat homo moriturus, si illi, qui imperant, ad impia et iniqua non cogant?* [Por lo que se refiere a

Lo que no puede razonablemente defenderse es que una de las modalidades de la estructura política sea en el espacio y en el tiempo la única que fundamentalmente conviene a la naturaleza humana y a las necesidades que condicionan la sociabilidad.

El contraste judicial de la gestión legislativa del Parlamento estatal adolece, sin embargo, de algunos gravísimos inconvenientes que pueden anular por completo su eficacia. La fiscalización ejercida es represiva, no preventiva. Ya está promulgada la ley, con toda la solemnidad de las circunstancias, con toda la autoridad que acompaña a la votación de la mayoría de un órgano preeminente en la estructura política y a la publicación, con el sentimiento de la victoria obtenida por el grupo o los grupos que propugnaron la declaración de la nueva norma. Si el órgano judicial contrastador ha de asumir en tales desfavorables circunstancias el examen de esa ley, por el mismo hecho de discutirse su legalidad se enardecen de nuevo las pasiones políticas suscitadas por los intereses en pugna. En esas adversas condiciones ha de deliberar el Tribunal y ha de declarar su decisión. Y más de una vez surgirá la alternativa de dos perjuicios colectivos: de la perturbación política que significaría la anulación de la ley, por la actitud de los que la defienden, o el que resultaría de declarar su constitucionalidad cuando hay serios motivos que imponen el convencimiento de que se halla en contradicción con el espíritu de la Constitución. El conflicto se agrava por consideraciones de orden moral, porque no equivale el dilema «constitucional o inconstitucional» a la decisión entre lo conveniente o lo inconveniente, esto es, entre «lo justo o lo injusto». Las declaraciones de inconstitucionalidad material de una ley, y, en especial, las que señalen una infracción del principio de igualdad, son, en el fondo, una censura impartida a la gestión del Parlamento, en la cual gestión ha participado y consentido el órgano supremo gubernativo.

esta vida mortal, que en pocos días se goza y se acaba, ¿qué importa a quién esté sometido el hombre, si los que gobiernan no le obligan a realizar obras impías e injustas?】».

Las dificultades en el proceso de la decisión del órgano de contraste judicial de la constitucionalidad de las leyes se agravan por la consciencia de no tener a su disposición medios directos para hacer ejecutar la sentencia y por la circunstancia de hallarse esa ejecución dentro de la competencia directa o indirecta del órgano o de los órganos cuya gestión ha de censurar en una u otra forma. Si la institución judicial, por las tradiciones de la colectividad política y por el realce que se ha dado en el sistema de competencias a la posición personal de los titulares de la función, por su independencia y su exquisito espíritu de justicia y ponderación, es respetada por todos, podrá cumplir su cometido.

Pero ha de tenerse en cuenta que ningún órgano puede ejercer eficazmente sus competencias si la colectividad no está persuadida de la necesidad y conveniencia de la actuación de sus titulares. El sistema político, la idiosincrasia de los individuos de la colectividad, imponen hasta cierto punto una modalidad determinada de la distribución de competencias. Equivocarse psicológicamente en este punto es anular de antemano la eficacia de los requisitos de seguridad colectiva que se quisieron establecer en una Constitución.

Otro inconveniente del contraste judicial de constitucionalidad de las leyes, que supone una Constitución con trámites difíciles de revisión o reforma, pudiera ser, dada la tendencia tradicionalista y ajustada a los precedentes de la actuación judicial, el peligro de coartar con exceso la evolución de las normas políticas y de perjudicar así la continuidad de la integración, anquilosando su estructura y contribuyendo al desprestigio de las leyes o a explosiones revolucionarias para deshacer las trabas de una Constitución anticuada⁵³.

53 P. DUBOIS-RICHARD, *L'organisation technique de l'État*, 1930, 194-195; LLORENS, *Autonomía*, 163 y sig.

Inglaterra

La situación hasta fines del siglo XVII; doctrina de Locke; límites de la competencia legislativa

En Inglaterra no prevalecían antes de 1688 las decisiones del Parlamento contra los dictados del derecho natural incorporados al derecho común⁵⁴.

54 En 1610, Lord Coke hacía constar en la célebre sentencia del caso Dr. Bonhams: «*It appears in our books that in many cases, the common law will control Acts of Parliament and some times adjudge them utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such act to be utterly void* [Aparece en nuestros libros que en muchos casos, el *common law* controlará las leyes del Parlamento y algunas veces las declara completamente nulas, porque cuando una ley del Parlamento es contraria al sentido jurídico común, o repugnante, o imposible de cumplir, el *common law* la controlará y declarará esta clase de acto como completamente nulo]». Todavía en 1701 pudo decir Lord Holt: «*Parliament may not make adultery lawful but may make the wife of A to be the wife of B*». En el caso *City of London v. Wood* (12 Mod. 687) insistió: «*If any statute be made to the contrary of Magna Charta, it shall be holden for none*». Lord Chief Justice Hobart declaró en 1623 (*Day v. Savadge*, HOBART, 27): «*An act of Parliament made against natural equity, as to make a man judge his own cause, is void in itself, for iura naturae sunt immutabilia, and they are leges legum*». Ésta es una de las poquísimas sentencias inglesas en que se menciona la expresión «derecho natural». Cf. R. POUND, «Common Law and Legislation», en 16 *Harvard Law Review*, 391. Sin embargo, la Cámara de los Comunes había aprobado ya el 4 de enero de 1648/9 una resolución que repudiaba el «negative voice» del titular de la Corona: «*That the people are, under God, the Original of all just power; that the Commons of England in Parliament assembled, being chosen by and representing the people, have the Supreme Power in this nation; And do also Declare, That whatsoever is enacted or declared for Law by the Commons, in Parliament assembled, hath the Force of Law, and all the People of this Nation are concluded thereby, although the Consent and Concurrence of King or House of Peers be not had thereunto*». *Commons Journals*, VI, 111. El segundo «Agreement of the People», de 15 enero 1649, atribuyó a los «representantes del pueblo» todas las competencias supremas políticas en el Estado: «*The Representatives have, and shall be understood to have, the supreme trust in order to the preservations and government of the whole; and that their power extended, without the consent or concurrence of any other person or persons, to the erecting and abolishing of Courts of Justice and public offices, and to the enacting, altering, repealing and declaring of laws, and the highest and final judgement, concerning all natural or civil things, but*

La primacía de las decisiones del Parlamento fue proclamada teóricamente en aquella época por John Locke y luego por Blackstone, aunque ambos no hicieron más que argumentar sobre una situación ya de hecho. Locke creía que el fin de la colectividad política es en último término la garantía del disfrute seguro y pacífico de la propiedad, y como el mejor medio para conseguir este fin, a su juicio, eran las leyes establecidas en la colectividad, infirió que «la ley positiva primera y fundamental de todo Estado es la que establece el poder legislativo..., el cual es, no sólo el poder supremo de la colectividad⁵⁵, sino sagrado e inalterable en las manos de aquellos

not concerned things spiritual or evangelical». Cf. GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan revolution, 1628-1660*, 1906, 359-371. El veto de la Corona no se ejercita, ostensiblemente, desde 1707. Su eficacia actúa antes de la presentación de un proyecto de ley por los ministros (W. R. ANSON, *Law and Custom of the Constitution*, 1922, 4) o durante la discusión parlamentaria. En el reciente debate, en la Cámara de los Lores, sobre una iniciativa de Lord Salisbury para reformar aquella Cámara, iniciativa que modificaba la Parliament Act de 1911, el secretario de Estado en el Departamento de Guerra leyó el siguiente pasaje del «Companion to Standing Orders»: «*The consent of the Crown, as distinguished from its assent, is requisite to every Bill or amendment to a Bill affecting the Royal Prerogative or the interests of the Crown. It may be given at any time during the process of the Bill, which ought not to be allowed to pass if such consent be not given*». *The Times*, 20 dic. 1933, pág. 6, col. 1. Cf. FINER, *Modern Government*, II, 1112 y sig.

55 Locke emplea el término «commonwealth» y lo explica de la manera siguiente en el cap. 10 del libro segundo: «*By “commonwealth” I must be understood all along to mean not a democracy, or any form of government but any independent community which the Latins, signified by the word civitas, to which the word which best answers in our language is “commonwealth”, and most properly expresses such a society of men which “community” does not (for there may be subordinate communities in a government), and “city” much less. And therefore, to avoid ambiguity, I crave leave to use the word “commonwealth” in that sense, in which sense I find the word used by King James himself, which I think to be its genuine signification, which, if anybody dislike, I consent with him to change it for a better* [Debe entenderse que con *commonwealth* no quiero referirme a una democracia, ni a ninguna otra forma de gobierno, sino a toda comunidad independiente, a la cual los latinos denominaban *civitas*, término cuya mejor traducción en nuestra lengua es *commonwealth*, que es el que más satisfactoriamente expresa una sociedad de hombres, realidad que el concepto de “comunidad” no alcanza a designar (pues puede haber varias comunidades subordinadas a un solo gobierno) y mucho menos el de “ciudad”. Por lo que, para evitar ambigüedades, me permito usar la palabra *commonwealth* en tal senti-

en quienes la colectividad lo coloca»⁵⁶. La colectividad ha renunciado al predominio político en favor del órgano legislativo. Éste se halla a su vez sujeto al derecho natural, que exige la conservación de la colectividad y de cada individuo, en cuanto es compatible con el interés común. Locke comprende que es necesaria una limitación de la competencia legislativa y cree que la proporciona una división de competencias que establece una especie de equilibrio mecánico para evitar que se concentre poder excesivo en los titulares del ejercicio de funciones políticas. Frente al órgano legislativo sitúa Locke un órgano ejecutivo con algunas competencias administrativas y judiciales, atribuyendo las relaciones interestatales a un poder distinto, aunque admite que se reúna esa competencia con la ejecutiva en un solo órgano. Al terminar el capítulo dedicado al órgano legislativo, resume Locke las limitaciones de la competencia de sus titulares: 1^a Han de gobernar por medio de leyes establecidas y promulgadas, que no han de modificarse en casos particulares, antes bien, han de tener una misma regla para el rico y para el pobre, para el favorito en la corte y el campesino en el arado. 2^a Estas leyes deberían estar declaradas para el exclusivo fin último del bien del pueblo. 3^a No han de gravar con impuestos la propiedad del pueblo sin consentimiento del mismo pueblo o de sus diputados. 4^a El órgano legislativo no debe ni puede transferir el poder de hacer leyes a ningún otro⁵⁷.

do, en el mismo que lo empleaba el propio Rey Jaime, y que considero que es su significado genuino. Pero si a alguien desagrada, estoy dispuesto a cambiarlo por otro mejor]».

56 *Of Civil Government*, 2, §§ 124, 134, 139. De aquí que no se pueda expropiar la propiedad sin consentimiento o indemnización y que se requiera la conformidad del pueblo o de sus «representantes» para la recaudación de los impuestos. Cf. el pasaje de CIGERÓN, *De off.*, 2, 21, 8, citado por G. JELLINEK, *Staatslehre*, 199, n. 4. V., respecto a los precedentes de la doctrina de Locke, E. KLIMOWSKY, *Die englische Gewaltenteilungslehre bis zu Montesquieu*, 1927, 35 y sig.

57 §§ 9 y 240, del segundo libro. Locke establece ya una diferencia entre órgano constituyente y órgano constituido, aunque no con la claridad de la posterior exposición de Sieyès.

Locke, a pesar de la experiencia del siglo XVII en Inglaterra⁵⁸, no opone a las posibles extralimitaciones de los titulares de la función legislativa un contraste político permanente y eficaz. Se contenta con proclamar el «derecho de sedición» para expulsar a los titulares del órgano que trate de ejercer un poder absoluto sobre las vidas, las libertades y los bienes del pueblo, sin darse cuenta, al parecer, del absurdo de esta rectificación de los abusos, ineficaz las más veces, tardía siempre y que suele producir males tanto o más graves que los excesos de los titulares de los órganos colectivos. Relegar el restablecimiento de la justicia al riesgo del triunfo de una revolución significa abandonar toda previsión razonable en el proceso de continuidad política⁵⁹.

La actividad del Parlamento ha podido mantenerse en la Gran Bretaña en límites de razonable oportunismo, por ahora, a pesar de la carencia de un contraste de la idoneidad de las disposiciones legislativas⁶⁰, merced a una serie de circunstancias excepcionales, entre las cuales merecen especial mención la peculiar estructura social, la modalidad del sentimiento religioso, el respeto a los precedentes, el ejercicio de la prerrogativa de la Corona, el sistema bicameral, la actitud de los partidos políticos hasta ahora preponderantes y la garantía del ejercicio de las competencias judi-

58 Y sin embargo Cromwell, con ser un innovador político, había llegado al convencimiento de que era necesaria una ley fundamental inmutable para evitar los abusos del Parlamento: «*Some things are Fundamentals!... In every government there must be somewhat Fundamental, somewhat like a Magna Charta, which should be standing, unalterable... Of what assurance is a Law... if it lie in the Legislature to unlay it again?... It will be a rope of sand; it will give no security; for the same men may unbuild what they have built* [¡Algunas cosas son fundamentales! ... En todo gobierno debe haber algo fundamental, algo como la Carta Magna, que debería permanecer erguido, inalterable... ¿Qué seguridad da una ley... si el Legislativo puede deslegislarla? Será una sogá de arena; no dará seguridad; para los mismos hombres, podrá destruir lo mismo que ellos han construido]». Discurso de 12 septiembre 1654, en Th. CARLYLE, *Letters and Speeches of Oliver Cromwell*, 1904.

59 Cf. J. SIGNOREL, «Le contrôle du pouvoir législatif», en *Revue politique et parlementaire*, 1904, 522 y sig.

60 Esta idoneidad es relativa. Cf., respecto a las «Coercion Acts» aplicadas en Irlanda, KOHN, *Constitution*, 109 y sig.

ciales. En cuanto al ejercicio de la función gubernativa, los ministros son plena y exclusivamente responsables de su gestión ante los jueces ordinarios⁶¹, en garantía de la actuación judicial los emolumentos de los jueces se pagan de fondos especiales sustraídos a la competencia del Parlamento, la gestión de los jueces es respetada y excluida de las polémicas entre los partidos⁶² y las decisiones judiciales disfrutaban de protección absoluta⁶³.

61 F. W. MAITLAND, *The Constitutional History of England*, 1908, 484: «*Ministers are not responsible to Parliament; neither House of Parliament, nor the two houses together, has any legal power to dismiss one of the King's Ministers. But in all strictness the Ministers are responsible before the Courts of Law, and before the ordinary Courts of Law, and they are responsible even for the highest acts of state; for those acts of state they can be sued or prosecuted, and the High Court of Justice will have to decide, whether they are legal or not* [Los ministros no son responsables ante el Parlamento; tampoco las Cámaras, ni reunidas ambas, tienen ningún poder legal para destituir uno de los ministros del Rey. Pero, con el máximo rigor, los ministros son responsables ante los tribunales de justicia, incluidos los tribunales ordinarios, y son responsables incluso por los más importantes actos ejecutivos; por dichos actos, pueden ser demandados o procesados, y la Corte Suprema habrá de decidir si son legales o no]».

62 Walpole en la Cámara de los Comunes (*Parliamentary Debates*, 3ª ser., vol. CXL, pág. 1560): «*The last thing that House ought to do was to attempt to interfere with the administration of justice, because, by doing so, a suspicion would be raised that the administration of justice was interfered with for political purposes by political parties, and thus, instead of being rendered more pure, the dangers would be that the interests of justice should be damaged in the estimation of the country* [La última cosa que la Cámara debería hacer sería intentar interferir en la administración de justicia, porque, haciéndolo, se levantaría la sospecha de que la administración de justicia estaba siendo interferida por parte de partidos políticos con fines políticos, y así, en lugar de hacerla más pura, el riesgo sería el perjuicio para los intereses de la justicia en la estimación del país]».

63 EARL OF HALSBURY, *The Laws of England*, XXIII, 326: «*Where ever protection of the exercise of judicial powers applies, it is so absolute that no allegation that the acts or words complained of were done or spoken mala fide, maliciously, corruptly, or without reasonable or probable cause suffices to find an action* [Siempre que se solicita la protección del ejercicio de los poderes judiciales, es tan absoluta que no cabe alegar que los actos o palabras objetos de queja habían sido hechos o dichos de mala fe, maliciosamente, de forma corrupta o sin causa probable o razonable, pues ninguna de estas alegaciones basta para encontrar una acción]». Cf. las numerosas sentencias allí citadas a este respecto. Cf. H. GERLAND, *Die englische Gerichtsverfassung, eine systematische Darstellung*, 1910, y *Die Beziehungen zwischen*

Norteamérica

Origen del contraste judicial de las decisiones legislativas; los derechos individuales

Siguiendo a algunos autores norteamericanos, y principalmente a J. Bradley Thayer, ha escrito E. Lambert que los constituyentes de 1787 «a pesar de que muchos de ellos deseaban personalmente que los tribunales conquistaran un contraste constitucional —infinitamente más modesto, por lo demás, que el contraste actual— tuvieron cuidado de no expresar ese deseo en la Constitución federal para no provocar su fracaso y dejaron deliberadamente abierta esta cuestión»⁶⁴. Este criterio y el contenido general de su libro *Le gouvernement des juges* y de otros trabajos publicados

dem Parlament und den Gerichten in England, 1928; F. BECEÑA, *Magistratura*, cap. 8º: «Algunas características de la organización judicial inglesa», págs. 109-186. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, 1869, 1, 224: «*That part of the law of every country which was made by judges has been far better than that part which consists of statutes enacted by the legislature. Notwithstanding my great admiration for Mr. Bentham, I cannot but think that, instead of blaming judges for having legislated, he should blame them for the timid, narrow, and piecemeal manner in which they have legislated* [En cualquier país, aquella parte del derecho realizada por los jueces ha sido mucho mejor que aquella parte consistente en leyes aprobadas por el legislativo. A pesar de mi gran admiración por Mr. Bentham, no puedo sino pensar que, en lugar de culpar a los jueces por haber legislado, debería culparlo por la manera tímida, limitada y fragmentada en que lo han hecho]». Cf., además, *ib.*, II, 641-681, y las conclusiones del juez J. F. DILLON, *The Laws and Jurisprudence of England and America*, 1894, 267.

64 *Gouvernement*, 30-31. Cf., por ejemplo, «Les origines du contrôle de constitutionnalité des lois d'État par la judicature fédérale aux États-Unis», en *Rev. du Dr. publ.*, 1933, 5 y sig. Sin embargo, el contraste judicial de la gestión legislativa fue previsto en los debates de la convención de Filadelfia. James Wilson dijo en uno de sus discursos: «*Despotism comes on mankind in different shapes, sometimes in an executive, sometimes in a military one. Is there no danger of a legislative despotism? Theory and practice both proclaim it. If the legislative authority be not restrained, there can be neither liberty nor stability* [E]l despotismo llega a la humanidad bajo diferentes formas, algunas veces ejecutiva, otras en forma militar. ¿No hay peligro de un despotismo legislativo? La teoría y la práctica así lo demuestran. Si la autoridad legislativa no se halla contenida, no puede haber ni libertad ni estabilidad]» Discurso de 16 junio

por el profesor de la Universidad de Lyon, han ejercido notable influencia en el pensamiento político europeo continental en los años últimos. Las conclusiones a que llega Lambert han sido adoptadas por casi todos los tratadistas y hasta el mismo Hauriou, que tanta cautela mostraba en la apreciación de las doctrinas, si bien advierte que el trabajo de Lambert «no está exento de pasión»⁶⁵, se adhiere a su opinión en los dos extremos fundamentales: el contraste judicial de la constitucionalidad de las leyes no se habría previsto expresamente en la Constitución —por tanto, esa competencia habría sido asumida sin fundamento constitucional por el presidente de la Corte Suprema estatal John Marshall en 1803, en la decisión del caso *Marbury v. Madison*—; la Constitución norteamericana no contenía en su origen principios relativos a la garantía de los derechos individuales.

Si bien es cierto que en los artículos adicionales núms. 1-10 a la Constitución de 17 de septiembre de 1787, propuestos por el Congreso a las asambleas legislativas de las regiones el 25 de septiembre de 1789, y ratificados de 1789 a 1791⁶⁶, y en los artículos adicionales 13 y 14, propuestos por el Congreso el 1º de febrero de 1865 y el 16 de junio de 1866, respectivamente, declarándose eficaz la ratificación el 18 de diciembre 1865 y el 28 de junio de 1868⁶⁷ (así como en el artículo adicional propuesto por el

1787, en MADISON, *Debates in the Federal Convention*, apud *The papers of James Madison*, ed. H. D. GILPIN, 1841, II, 874.

65 *Dr. const.*, 272.

66 Art. ad. 7º: «*No person shall be... deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation* [Nadie será... privado de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal; ni se tomará propiedad privada para uso público sin una justa indemnización]».

67 Art. ad. 14: «*... No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws* [...Ningún Estado promulgará o hará cumplir ninguna ley que recorte los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ningún Estado pri-

Congreso en 26 de febrero de 1869, ratificado en 30 de marzo de 1870)⁶⁸, se estatuyeron garantías generales y ciertas garantías concretas para los ciudadanos de Norteamérica, no es menos cierto que la Constitución de 1787 ya contenía mención de importantes derechos individuales⁶⁹. En uno de los últimos capítulos del «Federalist», dedicado a las objeciones generales que se habían dirigido contra la Constitución norteamericana de 1787, Hamilton observaba que si no se habían formulado declaraciones relativas a ciertos derechos individuales era porque las Constituciones regionales contenían, en su generalidad, principios equivalentes. Por otra parte, la Constitución norteamericana enumeraba las competencias que podían asumir los órganos estatales y ninguna de ellas podía ejercitarse con menosprecio de los derechos individuales que se deseaba garantizar. La Constitución norteamericana tenía por objeto principal, no regular la posición de los individuos, sino la de las colectividades regionales en el Estado. Lo que se refería a los individuos se mencionaba en las Constituciones regionales. En lo que las competencias de los órganos supremos

vará a nadie de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni denegará a nadie que esté en su jurisdicción la misma protección de las leyes]».

68 Art. ad. 15: «*The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, colour, or previous condition of servitude* [El derecho de voto de los ciudadanos de los Estados Unidos no será denegado o limitado por los Estados Unidos o por cualquier Estado a causa de la raza, el color o la previa condición de servidumbre]».

69 V. gr.: art. 1: «*The privilege of the writ of habeas corpus shall not be suspended, unless when in cases of rebellion or invasion the public safety may require it. No bill of attainder or ex post facto law shall be passed. No capitation, or other direct tax shall be laid, unless in proportion to the census or enumeration hereinbefore directed to be taken. No tax or duty shall be laid on articles exported from any State... No title of nobility shall be granted by the United States...* [El privilegio de solicitud de habeas corpus no se suspenderá, a menos que la seguridad pública lo exija en casos de rebelión o invasión. No se aprobará ningún *bill of attainder* ni leyes retroactivas. No se establecerá ninguna capitación ni ningún impuesto directo que no sea proporcional al censo o recuento que más arriba se ha ordenado hacer. No se establecerá ningún impuesto o arancel que grave los productos exportados desde cualquier Estado ... Los Estados Unidos no concederán ningún título de nobleza]».

estatales podían referirse a ciertos derechos individuales, ya se había estatuído en la Constitución lo pertinente. «Si se tiene en cuenta el verdadero alcance de una Declaración de Derechos, es absurdo pretender que en la obra de la Convención [de Filadelfia] no existe tal Declaración. Se podrá decir que la Declaración de Derechos que contiene es insuficiente, aunque no sea fácil demostrarlo; pero no se puede sostener legítimamente que no hay Declaración de Derechos. Poco importa, en efecto, la manera de declarar los derechos de los ciudadanos, si se encuentran en una parte del documento que establece el gobierno»⁷⁰.

No es exacto, por otra parte, que no se consignara en la Constitución de 1787 de modo expreso la competencia judicial contrastadora de la constitucionalidad de las leyes. El art. 6 dice: «Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se hagan con arreglo a ella y todos los tratados concertados o que se concierten bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del país; y los jueces de todos los Estados [sc. regiones] quedarán obligados por ella, aunque contengan algo en contrario la Constitución o las leyes de cualquier Estado». En el art. 3 se precisa la competencia del «*judicial power*»: «La competencia judicial se extenderá a todos los casos, en ley y equidad, que se presenten bajo esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos y los tratados concertados o que se concierten bajo su autoridad». Mientras se deliberaba en Filadelfia sobre la Constitución, tribunales de las diferentes regiones, de acuerdo con la tradición colonial, anulaban en casos determinados decisiones legislativas, contrarias, a su juicio, a las Constituciones respectivas⁷¹.

Por si quedaba alguna duda acerca del alcance de la competencia de los órganos judiciales según la Constitución, Hamilton explicó en el *Federalist*: «La interpretación de las leyes es la competencia propia y peculiar de

⁷⁰ LXXXIV.

⁷¹ Ch. WARREN, *The Supreme Court in the History of the United States*, 1926, I, 263, y W. W. WILLOUGHBY, *The Constitutional Law of the United States*, 6, señalan que esa competencia judicial se ejerció antes de la sentencia de *Marbury v. Madison* (1 Cranch 137); v. ALVARADO, *Inconstitucionalidad*, 51 y sig.

los Tribunales. Una Constitución es, en realidad, y debe ser considerada por los jueces, como una ley fundamental. Por consiguiente, les corresponde elucidar su significado, así como el significado de cualquier acto particular del cuerpo legislativo. Si existiera variación irreconciliable entre ambos, el que tiene superiores obligación y validez habría de obtener, naturalmente, la preferencia o, en otras palabras, la Constitución habría de prevalecer sobre la ley, la intención del pueblo sobre la intención de sus agentes»⁷².

Han alegado algunos autores norteamericanos que el art. 6 de la Constitución norteamericana daba el mismo rango de preeminencia a la «Constitución y a las leyes de los Estados Unidos que se hagan con arreglo a ella» y que la diferenciación de categoría entre esas normas se introdujo posteriormente. También este aserto se halla en oposición con las tradiciones jurídicas norteamericanas y con el texto expreso del más autorizado comentario de la Constitución, el «Federalist». Al tratar de las competencias tributarias, recuerda Hamilton que «las leyes de la Unión deben ser la ley suprema del país», como se dice en el artículo citado. Y añade: «No deriva de esta doctrina que los actos de la sociedad más amplia [sc. de los órganos del Estado] que no se hallen en conformidad con sus competencias constitucionales serán la ley suprema del país, antes bien

72 LXXVIII. Cf. FINER, *Modern Government*, I, 207 y sig. Por lo demás, la «judicial supremacy» era ya tradicional en Norteamérica. Cf. John DICKINSON, «Farmer's Letters», núm. 9, en *Political Writings*, 1801,1, 232: «*The state of our laws... greatly exposes us to the arbitrary decision of... judges. The common law of England is generally received, together with such statutes as were enacted before we had a legislature of our own; but our courts exercise a sovereign authority in determining what parts of the common and statute law ought to be extended* [El estado de nuestras leyes ... nos expone demasiado a la decisión arbitraria de... los jueces. El *common law* de Inglaterra ha sido recibido generalmente junto con aquellas leyes que fueron promulgadas antes de que tuviésemos nuestro propio legislativo; pero nuestros tribunales ejercen una autoridad soberana para la determinación de qué partes del *common law* y de la legislación parlamentaria deben entenderse vigentes]». Lo mismo habían escrito, respecto a los primeros años del siglo XVII, HARTWELL, CHILTON y BLAIR, *Present state of Virginia*, 1697-1698.

que son usurpaciones de las competencias reservadas a las sociedades menores. Serán únicamente actos de usurpación y habrán de ser tratados como tales. Vemos, pues, que la cláusula que declara la supremacía de las leyes de la Unión, como la que acabamos de examinar, no hace más que declarar una verdad que deriva inmediata y necesariamente de la institución de un gobierno federal. Confío no se dejará de advertir que esta cláusula limita *expresamente* [en bastardilla en el original] esta supremacía a las leyes que se hagan *en conformidad con la Constitución* [en bastardilla en el original]; y no menciono esto, por lo demás, sino a vía de ejemplo de la precaución tomada por la Convención, a pesar de que, en realidad, aunque no se hubiera expresado esta limitación, habría sido ciertamente preciso tenerla por enunciada»⁷³.

Lo que no habían previsto los constituyentes de Filadelfia fue la sustitución del discernimiento de los titulares del órgano legislativo por el de titulares del ejercicio de la función judicial; no incluyeron en la Constitución más cláusulas generales que las que limitaban la competencia de todos los órganos constituidos. Hamilton, que había defendido en el *Federalist* el contraste judicial de la constitucionalidad de las leyes, escribió más adelante que los órganos judiciales «puede afirmarse en verdad que no tienen fuerza ni voluntad, sino únicamente facultad de juzgar... los Tribunales deben declarar el sentido de la ley; y si hubieran de estar dispuestos a ejercitar la voluntad en lugar del juicio, la consecuencia sería... la sustitución de su arbitrio al del cuerpo legislativo». Los que propusieron y ratificaron los artículos adicionales a la Constitución norteamericana no comprendieron que si introducían principios generales en la Constitución, los titulares de la función contrastadora de la constitucionalidad de las leyes habrían de verse en la ineludible obligación de interpretar aquellos principios generales, supuesto que no se excluyeran explícitamente de su competencia. La competencia asumida por los jue-

73 XXXIII. De 1793 a 1927 la Corte Suprema ha declarado inconstitucionales 58 leyes aprobadas por el Congreso norteamericano.

ces norteamericanos no es, pues, inconstitucional ni extraconstitucional, como pretenden algunos autores; lo que sucede es que la consignación de principios generales en la Constitución carece de valor político eficaz si no se garantiza su observancia. Si los principios generales se dirigen exclusivamente a los titulares del órgano legislativo sin garantía de su realización, parece evidente que esa mención no tiene valor político. Si se formulan en un sistema de distribución y limitación de competencias que establece el contraste constitucional de las decisiones legislativas, el discernimiento definitivo se transfiere, como había previsto Hamilton, entre los órganos constituidos, al de la función contrastadora⁷⁴.

La igualdad en la Constitución

En los artículos adicionales se ha establecido la garantía del «*due process of law*» en todas las decisiones tocantes a la vida, la libertad y la propiedad de los individuos y se ha estatuido que ha de dispensarse a todos la «*equal protection of the laws*». La primera cláusula se traduce por «debido procedimiento legal» en la colección de Constituciones americanas de Altami-

74 No es raro el caso de Constituciones que, por la imprevisión de sus declaradores, obtienen resultados diferentes y hasta opuestos a los esperados por los constituyentes. La Constitución de Australia, de 1900, nos proporciona otro ejemplo. Los constituyentes australianos se propusieron, al trazar la distribución de competencias entre los órganos del Estado y los de las regiones, reservar a éstos amplias facultades, atribuyéndoles todas las competencias que no habían sido asignadas en la Constitución al Estado. Pero no acertaron a establecer una división de competencias en materia financiera que garantizase a las regiones el ejercicio de su autonomía. La consecuencia es que las demás partes de la distribución de competencias no han podido hacerse efectivas y que las regiones, principalmente las de menor extensión y de actividad económica agrícola, están supeditadas al arbitrio de la gestión de los órganos supremos del Estado. La gravedad de la situación en Australia se acentúa por la dificultad de proceder a una revisión constitucional. En efecto, para modificar la Constitución es preciso el voto de la mayoría absoluta de las dos Cámaras, ratificado en un referéndum por la mayoría de los ciudadanos, en la cual ha de estar incluida la mayoría de los ciudadanos de la mayoría de las regiones.

ra⁷⁵. N. Pérez Serrano y C. González Posada emplean en la traducción del artículo ad. 5^o los términos «formación de causa» y en la del artículo ad. 14 «debida formación de causa»⁷⁶. Arcaya usa la expresión «debido proceso de ley»⁷⁷. Lambert escribe «procédure régulière de droit»⁷⁸, el Instituto de Derecho Internacional prefiere en una Declaración de 1929 la equivalencia «due procédure de droit». En la edición francesa, de G. Jèze, del «Fédéralist» se lee «procédure dûment légale»⁷⁹. En la Declaración de Derechos que figura al principio de la Ley Orgánica de Puerto Rico se dice «debido procedimiento de ley»⁸⁰. Los tratadistas alemanes suelen traducir: «*ordentliches Gerichtsverfahren*»⁸¹. Ninguna de estas traducciones corresponde al significado general de la cláusula «*due process of law*», que, según Lord Coke, tenía el mismo significado que la tan discutida de la Magna Charta: «*per legem terrae*»⁸².

75 Arts. Ads. Núms. 5 (I, 106) y 14 (ib., 111).

76 Constituciones de Europa y América, 1927, II, 139 y 142. El pasaje del art. ad. 14 «*nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*» se traduce por «ni denegar ni escatimar a nadie, dentro de su territorio jurisdiccional, la protección de las leyes».

77 *Tribunal*, 40.

78 *Gouvernement*, 38. Lambert conserva, generalmente, la expresión en el idioma original.

79 *Le Fédéraliste*, 1902, 772.

80 He aquí el texto legal portorriqueño en los dos idiomas oficiales: «*That no law shall be enacted in Porto Rico which shall deprive any person of life, liberty, or property without due process of law, or deny to any person therein the equal protection of the laws*». «No se pondrá en vigor en Puerto Rico ninguna ley que privare a una persona de la vida, libertad o propiedad sin el debido procedimiento de ley, o que negare a una persona de dicha isla la protección igual de las leyes». Aparte de la defectuosa terminología de la traducción española, el texto es interesante, porque contiene en un solo párrafo las dos garantías generales de la Constitución norteamericana.

81 En la traducción de la obra de J. E. BECK, *The Constitution of the United States, Yesterday, Today and Tomorrow* (1924), publicada con el título *Die Verfassung der Vereinigten Staaten von Nord-Amerika*.

82 Cf. J. STORY, *Commentaries on the Constitution*, 1833, III, 661. El texto del art. 39 de la Magna Charta es como sigue: «*Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut dissaisiatur,*

Para averiguar el sentido de esa expresión hemos de tener en cuenta su origen, examinando el significado que se le atribuía en documentos contemporáneos y no olvidando que se trata siempre de una garantía⁸³.

aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae [Ningún hombre libre podrá ser capturado, ni hecho prisionero, o aislado, o confiscado, o desterrado, o destruido de alguna forma, ni iremos sobre él, ni mandaremos sobre él, a no ser a través de un juicio legal de sus iguales o a través de la ley del país]. Cf. acerca del significado de estos términos, además de W. S. McKECHNIE, *Magna Charta, a Commentary with Bibliography, etc.*, 1914, 112 y sig., Mc. HWAIN, «*Due Process of Law in Magna Charta*», 13 *Columbia Law Review*. La fórmula que dió vigencia a la Magna Charta fue: «*Ista sunt capitula quae barones petunt et dominus rex [Juan sin Tierra] concedit*». Todavía hoy se usan las expresiones del siglo XIII, por ejemplo en la Constitución regional neoyorkina: art. 1: «*No citizen of this state shall be disfranchised, or deprived of any of the rights or privileges secured to any other citizen thereof, unless by law of the land, or the judgment of his peers* [Ningún ciudadano de este estado será privado del voto, ni de los derechos o privilegios asegurados a cualquier otro ciudadano, salvo por ley del país o juicio de sus pares]». Respecto a la equivalencia *vel = et* en el texto de la Magna Charta, v. KELLER, *Freiheitsgarantien*, 199. El juez Moody dijo, refiriéndose a los principios que se suponen implícitos en la fórmula, «*due process of law*» en la sentencia del caso *Twining v. State of New Jersey* (211 U. S. 78): «*These principles grow out of the proposition universally accepted by American courts on the authority of Coke, that the words “due process of law” are equivalent in meaning to the words “law of the land” contained in that chapter of Magna Charta, which provides that “no freeman shall be taken, or imprisoned, or disseised, or outlawed, or exiled, or any wise destroyed; nor shall we go upon him, nor send upon him, but by lawful judgment of his peers or by law of the land”* [Esos principios crecieron con el proposición universalmente aceptada por los tribunales americanos bajo la autorizada opinión de Coke de que las palabras “debido proceso legal” eran equivalentes en significado a las palabras “ley del país” contenidas en el capítulo de la Magna Carta, que estipula que “ningún hombre libre podrá de ningún modo ser detenido, preso, confiscado, proscrito, expatriado o aniquilado; ni lo abordaremos ni mandaremos sobre él sino por juicio legal de sus pares o por la ley del país”].

83 En el privilegio de Otón III para los ciudadanos de Cremona, del año 996, se lee: «*Quapropter iubemus imperiali potentia, quatenus nullus dux, archiepiscopus... seu aliqua imperii nostri regni magna parvaque persona dehinc prefatos cives cremonenses liberos, divites ac pauperes de omnibus suis rebus acquisitis seu aquirendis molestare inquietare sive divestire presumant vel etiam in aliquo contraire sine legali iudicio*». En otro privilegio, de Enrique III, para los mercaderes de Quedlinburgo, de 1042, se encuentra la misma expresión: «*Precipientes vero firmiter mandamus, ut nullus episcopus, nullus dux... predictos negotiatores audeat despoliare vel*

Del estudio de esos documentos se desprende que la cláusula en cuestión procede de fórmulas de juramento, promesa o privilegio, en las cuales se otorgaban garantías a los individuos contra decisiones que no estuvieran basadas en la justicia, en las costumbres del lugar, que no fueran declaradas con arreglo a un procedimiento inspirado en principios de imparcialidad, de igualdad. Por estas razones proponemos para la traducción de la cláusula «without due process of law» la expresión «sin los debidos requisitos jurídicos».

La jurisprudencia norteamericana ha establecido que la garantía no se refiere meramente al procedimiento judicial, sino que incluye requisitos a que ha de sujetarse la ley que instituye el procedimiento, y que se relacionan, no sólo con los trámites de las decisiones judiciales, sino con el espíritu que informa la ley y principalmente con la observancia del principio de igualdad, en forma que la garantía de la igual protección de las leyes se confunde en su eficacia con la del carácter general de justicia de las decisiones de los órganos constituidos⁸⁴. En 1916 se expresó en

inquietare absque legali iudicio». Que este giro implicaba un concepto de justicia intrínseca se observa en el privilegio de Montpellier, de 1204, art. 91: «*Dominus montispessulani nulla occasione capere vel facere capi nullatenus debet aliquem habitatorem montispessulani presentium vel futurorum, nec ei denegare comitatum, nec res eius aliquatenus occupare, vel impedire, quin ei iustitiam et rationem fieri velit; sed in his omnibus iudicialis ordo servari debet* [Que el señor de Montpellier no tome ni haga tomar por otro a ningún habitante del lugar, ni presente ni futuro; que tampoco les niegue el comitatum (acudir al tribunal del conde), ni ocupar ni impedir lo que quiere la razón, sino que siempre será observado el orden judicial en todas las causas]». (Textos citados por KELLER, *Freiheitsgarantien*, 192 y sig.) Por fin, en la misma Magna Charta se dice a continuación del texto citado en la nota anterior: «*Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus rectum aut iustitiam* [A nadie venderemos ni denegaremos ni retrasaremos su derecho y la justicia]».

84 No se trata de los «*proceedings in court* [procedimientos judiciales]», sino del «*regular course of administration through courts of justice* [curso regular de la administración a través de los tribunales de justicia]» (Leeper v. Texas, 139 U. S. 462, 468), de la necesidad de una ley «*which hears before it condemns, which proceeds upon inquiry and renders judgment only after trial* [que de audiencia antes de condenar, que actúe tras las pesquisas y que dicte sentencia solo después del juicio]» (Ballard v. Hunter, 204 U. S. 241, 255); más aún, «*due process of law implies*

una sentencia que «el artículo adicional 14 tenía el objeto de preservar y proteger derechos fundamentales que estaban desde hace mucho tiempo reconocidos en el sistema del derecho común»⁸⁵. La garantía de «*equal protection of the laws*» prohíbe la vigencia de leyes especiales cuando pueden hacerse leyes generales sobre la materia⁸⁶, excluye la posibilidad de expropiaciones directas o indirectas sin indemnización⁸⁷, impide la concesión de privilegios o la preterición de derechos⁸⁸. Ningún ciudadano ha de estar a merced de la arbitrariedad de cualquier órgano colectivo⁸⁹. E. Freund resume las tres cláusulas generales «*law of the land*», «*equal protection of the laws*» y «*due process of law*» manifestando que estas garantías son incompatibles con la legislación especial, arbitraria y desigual, tanto de los órganos estatales como de los órganos regionales⁹⁰.

La jurisprudencia norteamericana no ha logrado establecer un criterio universal de interpretación de los principios generales en cuanto a la conveniencia de las leyes. En una sentencia se dice que «el mero hecho de una

*conformity with certain immutable principles of justice which inhere in the idea of free government [debido proceso legal implica conformidad con ciertos principios inmutables de justicia a los que son inherentes la idea del gobierno libre]» (Halden v. Hardy, 169 U. S. 289, 366); «due process of law and the equal protection of the laws are secured, if the laws operate on all alike and do not subject the individual to an arbitrary exercise of the powers of government [el debido proceso legal y la protección igual de las leyes se encuentran asegurados si las leyes operan por igual en todo y no someten al individuo a un ejercicio arbitrario de los poderes gubernativos]» (Duncan v. Missouri, 152 U. S. 377, 382). Cf. E. FREUND, *Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika*, 1911, 54 y sig. Carece de fundamento la opinión de ALVARADO, *Inconstitucionalidad*, 60, quien cree que los «Tribunales americanos rechazan de plano toda alegación que conduzca a probar la existencia de soborno o malicia por parte de los legisladores; si la presión política jugó papel decisivo... si la falta de sabiduría en Senadores o representantes contribuyó a que la ley no fuera justa...».*

85 Buttler v. Perry, 240 U. S. 328.

86 Watkin v. Holman, 10 Pet.25.

87 Sohier v. The Massachussets General Hospital, 3 Cuhs. 483.

88 Jick Wo v. Hopkins, 118 U. S. 356.

89 Giozza v. Tiernau, 148 U. S. 567, 602.

90 *The police power*, 1904, 632 y sig.

clasificación no es suficiente para excluir una ley del alcance del principio de igualdad... y que en todos los casos ha de demostrarse no sólo que se ha hecho una clasificación, sino que está basada en un motivo razonable... y no es simple arbitrariedad»⁹¹; en otra se declara que una ley «no deriva del ejercicio legítimo de la facultad de clasificación, no se funda en consideraciones razonables y deniega la igual protección de las leyes»⁹². En otras, por el contrario, se indica que para que se infrinja el principio de igualdad es preciso que las características que han servido para formar el criterio de diferenciación hayan sido «sencillamente arbitrarias, opresivas o caprichosas»⁹³, que se trate, pues, de un «abuso manifiesto de la facultad de selección»⁹⁴, se concede que debe admitirse la «presunción de que los legisladores han obrado inspirados por motivos justos mientras no aparezca lo contrario del texto de la ley y hasta que esto se haya demostrado en forma que no subsista ninguna duda razonable»⁹⁵, concluyendo otra sentencia que «es apenas necesario manifestar que la dureza, la inconveniencia o la injusticia de las leyes regionales no... puede constituir objeción a su validez constitucional»⁹⁶. Esto no quiere decir que sea indeterminado el contenido del principio de igualdad, sino que es imposible establecer una fórmula que englobe definitivamente todas sus posibles aplicaciones. El presidente de la Corte Suprema, Taft, precisó en una sentencia de 1919: «Nuestro entero sistema legal está fundado en el principio general y fundamental de igualdad. “Todos los hombres son iguales ante la ley”. “Este es un gobierno de leyes y no de hombres”. “Nadie está por encima de la ley”. Tales son las máximas que expresan el espíritu que debe inspirar a los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales en la declaración, ejecución y aplicación de las leyes. Pero los redactores y los que adoptaron ese artículo adicional [núm.

91 *Gulf, Colorado and Santa Fe Railway Co. v. Ellis*, 165 U. S. 150, 155.

92 *Connolly v. Union Sewer Pipe Co.*, 184 U. S. 540, 563.

93 *American Sugar Refining Co. v. Louisiana*, 179 U. S. 89, 92.

94 *Connolly v. Union Sewer Pipe Co.*, 184 U. S. 570.

95 *Gulf, Colorado and Santa Fe Railway v. Ellis*, 165 U. S. 167.

96 *Mobile County v. Kimball*, 102 U. S. 691.

14] no se contentaron con quedar pendientes de un mero mínimo asegurado por la cláusula de los debidos requisitos jurídicos o por el espíritu de igualdad que no estuviera en la conciencia de la opinión pública local. Por eso combinaron ese espíritu con una garantía específica»⁹⁷. Esta garantía existía antes de la promulgación de la Constitución de 1787 y formaba parte de los usos y costumbres, privilegios y libertades que los colonizadores de Norteamérica conservaron al expatriarse de la Gran Bretaña⁹⁸.

Jurisprudencia en materias tributarias

La concreción del principio de igualdad en materias económicas y financieras facilita la observación de los supuestos del contraste judicial de la idoneidad de las decisiones legislativas.

En cuanto a la igualdad tributaria, la doctrina fundamental ha sido expuesta por el juez Field en estos términos: «La imposición desigual, en el alcance en que pueda ser evitada, está, así como otras cargas desiguales, prohibida por el artículo adicional número 14. Existen indudablemente, y es probable que existan siempre, desigualdades más o menos grandes en la legislación general, derivadas de las diferentes condiciones de las personas, de sus recursos, profesiones o posición en la colectividad, contra los cuales no puede protegernos la previsión. Pero eso es muy distinto de circunstancias creadas deliberadamente para producir una desigualdad o de circunstancias que si no han sido producidas con esa intención han de

97 Truax et al., Copartners doing Business under the Firm Name and Style of William Truax, v. Corrigan et al., 257 U. S. 312.

98 En una sentencia de 1907 (Kansas v. Colorado et al., defendants, and The United States, interventor, 206 U. S. 46), el juez Brewer cita de los comentarios de Kent (I, 471): «*The common law includes those principles, usages and rules of action applicable to the government and security of persons and property, which do not rest for their authority upon any express and positive declaration of the will of the legislature* [El common law incluye esos principios, usos y reglas de conducta aplicables al gobierno y a la seguridad de las personas y a la propiedad, cuya autoridad no reposa sobre ninguna declaración expresa y positiva de la voluntad del legislativo]».

surgir necesariamente como resultado de medidas determinadas. Podrá no ser asequible la igualdad absoluta, pero sus desviaciones manifiestas y deliberadas habrán de causar la prohibición de las leyes que las autoricen. El artículo adicional tiene por objeto evitar la perpetración de injusticias y el ejercicio de poder arbitrario a este efecto. Si la imposición desigual no quedara incluida en la cláusula de prohibición constitucional, ésta se vería despojada de su significado. La historia nos enseña que la tributación desigual y diferenciada impuesta a ciertas clases ha sido eficaz medio de opresión y ha originado más conmociones y perturbaciones, insurrecciones y revoluciones, que cualquier otra causa»⁹⁹.

En la diferenciación de las personas establecida en el sistema tributario si no hay «tal palpable desigualdad entre el gravamen impuesto y el beneficio recibido que equivalga a apoderarse de la propiedad sin compensación, esto es, a una expropiación disimulada bajo el ejercicio de las competencias tributarias»¹⁰⁰, el órgano legislativo puede, «si quiere, eximir ciertas clases de propiedad de toda tributación, por ejemplo, iglesias, bibliotecas o la propiedad de instituciones benéficas. Puede imponer tributos específicos distintos a oficios y profesiones diferentes y variar la tarifa de derechos que han de satisfacerse por determinados productos distintos; puede imponer tributos a la propiedad visible, y eximir los valores y documentos de crédito; puede permitir o no deducciones por el importe de deudas contraídas. Todas esas reglas y las de carácter semejante, mientras se mantengan en límites razonables y sean de uso general, están incluidas en la discreción de la legislatura del Estado [sc. región] o del pueblo del Estado que se da una Constitución»¹⁰¹.

El órgano legislativo de la región de Illinois aprobó en 1895 una ley de impuestos sobre «donaciones, legados y herencias», en virtud de la cual se estableció una tarifa graduada según el valor de los bienes transmitidos y,

99 *County of Santa Clara v. Southern Pacific Railway Co.*, 18 F. 385, 399.

100 *Dane v. Jackson*, 256 U. S. 589, 798.

101 *Bell's Gap Railroad v. Pennsylvania*, 134 U. S. 232.

en caso de legados y herencias, según el grado de parentesco. La ley eximía del pago del impuesto las herencias y los legados inferiores a 20.000 dólares, y para las sumas superiores a 20.000 dólares se establecía una tarifa mínima de 1 por 100, que aumentaba con el valor transmitido y el grado del parentesco, pero con la particularidad que a partir de cierto grado de parentesco, el máximo de exención se reducía de 20.000 a 2.000 dólares. Un ciudadano domiciliado en Nueva York interpuso recurso contra esta ley por considerarla inconstitucional en virtud de infracción del principio de igualdad. La ley había sido redactada con técnica tan deficiente que una persona que recibiera un legado de 10.000 dólares había de pagar 3 por 100, de manera que le quedaban 9.700 dólares, mientras que si el legado era de 10.001 dólares, los derechos ascendían a 4 por 100, quedando para el legatario 9.600,96 dólares, esto es, menos que si el legado hubiera sido menor. Sin embargo, la Corte Suprema estatal declaró constitucional la ley de la región de Illinois. Es notable la argumentación de la Corte. Esta clase de impuestos, se lee en la sentencia, «están basados en dos principios: 1° no gravan la propiedad, sino la sucesión; 2° el derecho de adquirir propiedad por donación o descendencia ha sido creado por la ley, no es un derecho natural, es un privilegio¹⁰² y, por tanto, la autoridad que lo confiere puede imponer condiciones a su respecto. De estos principios se deduce que los Estados pueden gravar el privilegio, establecer diferenciaciones entre los parientes y entre éstos y personas extrañas y conceder exenciones, y no están privados de esta competencia por las cláusulas de las Constituciones respectivas que requieren uniformidad e igualdad en la tributación». La Corte terminó la sentencia con estas consideraciones: «El impuesto no grava el dinero, sino el derecho de heredar; es, por tanto, una condición de la herencia. La condición no es arbitraria porque está determinada por el valor; no es desigual porque no exige el mismo por-

102 Cf. HOBBS, *De cive*, 6, 15: «ante constitutionem civitatum omnia omnium sunt... proprietatem initium sumsisse cum ipsis civitatibus [antes de constituirse el estado todas las cosas son de todos... la propiedad nació al mismo tiempo que los estados]».

centaje de cada dólar; no incurre en diferenciación arbitraria de circunstancias y condiciones ni en el privilegio concedido ni en los gravámenes impuestos. La jurisdicción de los tribunales se fija con arreglo al valor del objeto de litigio. También se rige el derecho de apelación por el valor... Todas las leyes de concesión y de tributación específica contienen un elemento de desigualdad y, sin embargo, se aplican en todas partes y nunca ha sido puesta su legalidad en tela de juicio»¹⁰³.

Otra sentencia, del año 1923, de la Corte Suprema estatal se refiere al caso frecuentísimo de desigualdad en la aplicación de las leyes tributarias. La Sioux Bridge Co. había construido sobre el río Missouri un puente, de cuyo valor 26 por 100 correspondía a la región de Iowa y 74 por 100 a la de Nebraska. Antes de 1918, el tramo de Nebraska había sido evaluado, a los efectos tributarios, en 600.000 dólares, pero en ese año el «Board of Equalization» de Dakota County elevó esa valuación a 700.000 dólares, importe real y verdadero del objeto sometido a tributación. La compañía propietaria del puente interpuso recurso de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Nebraska, alegando infracción de los requisitos jurídicos y de la igual protección estatuidos en el artículo adicional núm. 14 de la Constitución americana y presentó pruebas suficientes de que la propiedad inmueble en Dakota County se evaluaba uniformemente para los fines tributarios en 55,70 por 100 de su valor y las mejoras introducidas en 49,29 por 100 de su valor. La Corte Suprema de Nebraska entendió que la evaluación de 700.000 dólares no era manifiestamente injusta y confirmó la resolución del órgano competente de Dakota County. Por medio de un «writ of certiorari» se trasladó el conocimiento del caso a la Corte Suprema norteamericana y ésta en una sentencia, que redactó el presidente Taft, declaró inconstitucional la evaluación de la autoridad local. La Corte Suprema de Nebraska había declarado en su sentencia que, puesto que la compañía propietaria no negaba la exactitud de la evaluación del puente, si entendía que había desigualdad, ésta había de corregirse, no dis-

103 Magoun v. Illinois Trust and Savings Bank, 170 U. S. 283.

minuyendo el valor tasado del objeto sometido a tributación, sino elevando la tasación de la propiedad que estaba insuficientemente gravada. A este extraño argumento contesta la Corte Suprema norteamericana: «La conclusión a que llega la Suprema Corte de Nebraska equivale a negar al contribuyente perjudicado toda rectificación de la medida que lesiona sus intereses, porque es para él completamente imposible conseguir una elevación del tipo contributivo de la propiedad subvaluada en el distrito. Esta Corte entiende que el derecho del contribuyente, cuya propiedad es la que únicamente está tasada en 100 por 100 de su valor, consiste en que su tasación se reduzca al porcentaje del valor que forma la base de la tributación de los demás, aunque ello contravenga a la Constitución regional. Esta conclusión se funda en el principio que cuando es imposible conseguir la determinación del valor efectivo y al mismo tiempo la uniformidad y la igualdad que exige la ley, la exigencia de la igualdad ha de ser preferida, ya que constituye el fin justo y último de la ley»¹⁰⁴.

Si en las dos sentencias referidas se zanjaron conflictos cuya materia había sido dilucidada ya por la ciencia económica o podía regularse en virtud de elementales consideraciones de equidad, en el caso *State Board of tax commissioners of Indiana et al. v. Jackson*, el asunto era más complejo y nos muestra las consecuencias que puede tener la atribución del contraste de la constitucionalidad de las leyes a un órgano judicial, que ha de resolver acerca de la conveniencia de las modalidades de la coordinación de intereses individuales y colectivos en ocasiones en que ambas opiniones en pugna pueden fundamentarse en principios de oportunidad y de justicia. En 1929 la Asamblea General de Indiana aprobó una ley tributaria, cuyo art. 5º dice: «Las personas, empresas, corporaciones, asociaciones o sociedades mercantiles que abran, establezcan, exploten o mantengan uno o más almacenes, tiendas o locales comerciales en esta región bajo la misma administración general, inspección o propiedad pagarán los derechos que se prescriben a continuación por el privilegio de

104 *Sioux City Bridge Company v. Dakota County, Nebraska*, 260 U. S. 441.

abrir, establecer, explotar o mantener esos almacenes, tiendas o locales mercantiles. Los derechos de licencia serán: 1º, por un almacén, 3 dólares; 2º, por dos o más almacenes, pero no más de cinco, 10 dólares por cada almacén más; 3º, por cada almacén adicional que exceda el número de cinco, pero sin llegar a 11, 15 dólares; 4º, por cada almacén adicional que exceda el número de 10, pero que no exceda de 20, 20 dólares; 5º, por cada almacén adicional en exceso del número de 20, 25 dólares».

El demandado Jackson poseía en Indianópolis 225 tiendas de comestibles, y no era el único que explotaba varios establecimientos a la vez en dicha ciudad, antes bien había más de 500 personas o sociedades que tenían también en funcionamiento dos o más tiendas. El demandado había invertido en su negocio algo más de 200.000 dólares y sus ventas anuales excedían 1.000.000 de dólares. En virtud de la ley mencionada, Jackson había de pagar 5.443 dólares al año. Existían, además, en Indianópolis dos grandes bazares, cada uno de los cuales registraba ventas por valor de más de 8.000.000 de dólares anuales, uno de los cuales tenía 124 y otro 86 secciones de diversos productos. Cada uno de esos bazares pagaba sólo 3 dólares anuales de impuesto, ya que se trataba de un solo establecimiento, aunque se vendieran en él muchas clases de mercancías. El órgano competente de Indiana alegó que la diferenciación de las empresas de venta al por menor con varias sucursales correspondía a ciertas características de esa clase de negocios, características que no se daban en los demás establecimientos. Esos *chain-stores* compran en grandes cantidades, lo cual les permite aplicar a la distribución los procedimientos de la producción en masa; efectúan sus compras al contado y obtienen, por tanto, la ventaja de descuentos suplementarios; compran con notable habilidad, evitando aumento excesivo de existencias, pero teniendo al mismo tiempo en almacén los productos necesarios en tamaño, forma, calidad y precio adecuados para los habitantes de cada barrio en que tienen sucursales; les basta un solo almacén general, desde el cual distribuyen las mercancías a las diversas tiendas; disponen de capital abundante y pueden, por tanto, elegir circunstancias apropiadas para la inauguración de nuevas sucursales; sus precios son un poco inferiores a los de las demás tiendas; el giro

anual es mayor y saben calcular el beneficio de cada clase de productos, obrando en consecuencia; los anuncios están centralizados y son más baratos y eficaces; emplean métodos uniformes de exposición y venta de la mercancía; los métodos de gerencia son más eficientes; disfrutan de las ventajas de la concentración de la dirección; practican procedimientos más fáciles de contabilidad; unifican la administración de las tiendas, los precios y las mercancías que venden.

Todas esas características pueden darse en una empresa de ventas al por menor con numerosas sucursales, pero, como manifestó un perito mercantil ante la Corte Suprema norteamericana, existen virtualmente en todas las empresas importantes y, principalmente, en los grandes bazares. Sin embargo, la Corte declaró constitucional la ley referida, porque «no podía calificarse la clasificación adoptada de arbitraria e irrazonable». El motivo de la sentencia era el mismo de la ley, la hostilidad de parte del público, provocada por comerciantes interesados, contra las empresas que, por su gran número de sucursales, sus precios más baratos y su habilidad en servir las necesidades de sus clientes, amenazaban la existencia de tenderos con poco capital o con giro reducido, que habían de compensar las menores ventas con un porcentaje mayor de beneficio, a cargo del público. La dificultad estriba en elucidar si la competencia de las nuevas empresas no perjudica a la colectividad, a la larga, en razón de las transformaciones económicas que produce. Pero ésta es materia opinable y sobre la cual no se han reunido hasta ahora elementos de juicio suficientes. Así se explica que de los nueve jueces que componían el tribunal, cuatro (Sutherland, van Devanter, McReynolds y Butler) manifestaran su disenso y lo fundamentaran en consideraciones tan atendibles, por lo menos, como las que alegó la mayoría del tribunal¹⁰⁵.

Otras infracciones del principio de igualdad en materia tributaria tienen por fundamento la estructura autonómica de la integración política norteamericana. En el caso *Union Refrigerator Transit Company v. Ken-*

105 283 U. S. 527.

tucky la compañía demandante alegaba la desigualdad de una ley de Kentucky en la cual se obligaba a contribuir a los gastos de la región a toda la propiedad mueble e inmueble situada en la región y a la mueble de las personas residentes en la región aunque la propiedad se hallara fuera de la misma. La compañía demandante era propietaria de 2.000 vagones ferroviarios que alquilaba a ciertos comerciantes para que transportaran en ellos sus mercancías, cobrando el alquiler de las compañías ferroviarias. Para determinar el cupo de tributación de la compañía en Kentucky, ya que sus vagones circulaban por toda Norteamérica y, además, por Canadá y Méjico, los órganos regionales competentes de primera y segunda instancia calcularon el número de vagones que podían hallarse, en promedio, constantemente en Kentucky en 67 para el año 1900. Pero la Corte de Apelación de Kentucky anuló las sentencias de la «County Court» y de la «Circuit Court» y condenó a la compañía, domiciliada en Kentucky, a pagar por el número completo de vagones de su propiedad, esto es, por 2.000 vagones, aunque éstos se hallaran en su mayor parte fuera de los límites de la región. Al interponer recurso la compañía ante la Corte Suprema norteamericana, alegó infracción de los dos principios de justicia e igualdad consignados en la Constitución estatal. He aquí la argumentación de la Corte Suprema: «La competencia tributaria, indispensable para la existencia de todos los Estados civilizados, se ejerce presumiendo que se presta al contribuyente un servicio equivalente en forma de protección a su persona y su propiedad, aumentando el valor de esa propiedad, o creando y manteniendo servicios públicos de cuyos beneficios participa, por ejemplo, caminos, puentes, paseos, pavimentos y escuelas para la educación de los hijos del contribuyente. Si el órgano que ejerce la competencia tributaria no se halla en situación de prestar esos servicios o de beneficiar en alguna manera la persona o la propiedad sometida a tributación, y la propiedad está situada donde alcanza la competencia tributaria de otro Estado, al cual puede decirse que debe coordinación y del cual invoca la protección, el gravamen de esa propiedad en el lugar del domicilio del propietario es más bien extorsión que impuesto, y esta Corte ha manifestado repetidas veces que la legislatura carece de competencia para

apropiarse bienes sin los debidos requisitos jurídicos... La regla es que al clasificar la propiedad para fines tributarios el criterio decisivo es el beneficio que la tributación implique para la propiedad... Se dice a menudo que la protección y el pago de impuestos son obligaciones correlativas». En virtud de esta y de otras consideraciones análogas, la Corte Suprema declaró inconstitucional la evaluación prescrita en la ley de Kentucky¹⁰⁶.

Si la tributación no es correlativa con un beneficio determinable directo para el contribuyente¹⁰⁷, o indirecto para toda la colectividad, entiende la Corte Suprema que implica arbitrariedad el criterio de diferenciación, o el de equiparación de circunstancias esencialmente distintas. Por este motivo declaró la Corte Suprema norteamericana en 1916 inconstitucional una decisión del órgano competente del distrito de drenaje de Iberia y St. Mary, en Luisiana, pues se había obligado a participar en los gastos de drenaje de la isla Weeks también a los propietarios de la parte alta de dicha isla, los cuales no necesitaban en absoluto del drenaje, al contrario, hubieran preferido conservar el agua de las lluvias para sus cultivos¹⁰⁸. La decisión, en tales casos, sin embargo, tiene siempre un elemento incierto, pues es imposible expresar con exactitud dónde acaba un interés individual y empieza un interés colectivo. Todo interés individual legítimo es también, por esta razón, interés colectivo, y viceversa. El problema consiste en determinar la legitimidad, esto es, la razonabilidad, la justicia.

Son numerosas las sentencias que aplican criterios circunstanciales discutibles para resolver acerca de la igualdad o justicia de las decisiones legislativas en materia tributaria. Han sido declaradas constitucionales leyes que imponían un gravamen a los lavaderos a mano eximiendo a los mecánicos¹⁰⁹, que distinguían entre banqueros que se dedicaban a operaciones de crédito con garantía de sueldos y muebles o de documentos co-

106 199 U. S. 194.

107 V. supra, La igualdad en el Derecho tributario.

108 Myles Salt Company, Ltd., v. Board of commissioners of the Iberia & St. Mary Drainage District, 239 U. S. 478.

109 Quong Wing v. Kirkendall, 223 U. S. 59.

merciales¹¹⁰, que clasificaban los cinematógrafos según los precios de las localidades, a pesar de que se había demostrado que los beneficios de los que las vendían más baratas eran superiores a los demás¹¹¹, distinguían las compañías de transportes que emplean vehículos propios de las que se sirven de los ferrocarriles y los barcos de otras empresas¹¹², la propiedad de un tranvía eléctrico de la de un ferrocarril a vapor¹¹³, etc., porque, como dijo el presidente de la Corte Suprema norteamericana John Marshall en 1830, «la Constitución de los Estados Unidos no se entendió que había de proporcionar un correctivo de todos los abusos que pueden ser cometidos por los órganos supremos de las regiones»¹¹⁴. Si la Corte Suprema no ha tenido que conocer con tanta frecuencia de la observancia del principio de igualdad por parte del órgano legislativo estatal en estas materias es porque las competencias tributarias del listado eran, hasta hace pocos años, muy reducidas en comparación con las regionales¹¹⁵.

110 Bradley v. Richmond, 227 U. S. 477.

111 Metrópolis Theatre Co. v. Chicago, 228 U. S. 61.

112 Pacific Express Co. v. Seibert, 142 U. S. 339.

113 Puget Sound Co. v. King County, 264 U. S. 22.

114 Providence Bank v. Billings, 4 Pet. 514.

115 Cf. LLORENS, *Autonomía*, 264. El contraste judicial de la constitucionalidad de las leyes ha producido a veces graves conflictos políticos. Entre las más recientes iniciativas para limitarlo merecen mención la de T. Roosevelt, quien propuso en 1912 un «recall of decisions» contra resoluciones judiciales de los tribunales supremos regionales que dejaran sin efecto una decisión legislativa. Un plebiscito había de decidir acerca de la validez de la ley. En 1922 propuso el senador La Follette un artículo adicional a la Constitución estatal, según el cual sólo la Corte Suprema norteamericana hubiera tenido la competencia de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y aun en este caso podía ser confirmada la ley por un voto calificado de ambas Cámaras. Para evitar las declaraciones judiciales de Inconstitucionalidad por votos de escasa mayoría (7 leyes estatales fueron declaradas inconstitucionales por 5 contra 4 votos, de 1793 a 1927), el senador Borah ha propuesto que para la declaración de inconstitucionalidad se exigiera una mayoría de 7 votos, de los nueve que emiten los miembros del tribunal.

Suiza

Interpretación judicial del principio constitucional de igualdad; garantía contra decisiones cantonales

El art. 113 de la Constitución suiza de 1874, uno de los que asignan al Tribunal Federal sus diversas competencias, establece expresamente en el § 3° que las leyes y las resoluciones de general obligatoriedad aprobadas por la Asamblea Federal, así como los tratados interestatales por ella aprobados, son decisivos para el Tribunal Federal. En virtud de esta excepción expresa no existe en Suiza contraste judicial de la constitucionalidad de las decisiones del órgano legislativo estatal¹¹⁶. En este mismo artículo, sin embargo, se estatuye el contraste judicial de las decisiones legislativas cantonales con mención explícita de la garantía de «los derechos constitucionales de los ciudadanos». Los recursos de inconstitucionalidad fundados en el art. 4° (igualdad ante la ley) forman más de la tercera parte de todos los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra decisiones cantonales. El contraste judicial de estas decisiones, centralizado en un solo órgano estatal, es poderoso factor de unificación de las diversas legislaciones y uno de los límites más eficaces de la autonomía de los cantones¹¹⁷.

116 Es notable la estima en que tienen, por el contrario, algunos cantones la gestión judicial. En las Constituciones de Niederwald Bajo, de 1913 (art. 52), y de Uri, de 1888 (art. 51), se llega a conceder recurso judicial contra las decisiones de la asamblea popular legislativa. He aquí el texto constitucional de Uri: «*Glaubt sich Jemand durch einen Landesgemeindecbeschluss in seinen Privatreehten benachteiligt, so kann er das ordentliche Gericht anrufen. Dasselbe hat die Streitfrage zwischen dem Volke und dem Rechtssuchenden gewissenhaft nach den Akten zu entscheiden* [Si alguien resulta perjudicado en sus derechos privados por una resolución de asamblea regional puede apelar a un tribunal ordinario, el cual tiene que decidir escrupulosamente, tras el proceso, la cuestión litigiosa entre el pueblo y el legislador]».

117 BURCKHARDT, *Kommentar*, 171 y sig.; F. FLEINER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 1923, 287, nota 27. Textos constitucionales en la versión oficial francesa: art. 4°: «*Tous les Suisses sont égaux devant la loi. Il n'y a en Suisse ni sujets, ni privilèges de lieu, de naissance,*

El Tribunal Federal ha declarado en numerosas sentencias el alcance del principio de igualdad consignado en la Constitución, entre las cuales mencionamos la siguiente, cuyo pasaje principal comprende en síntesis la doctrina jurisprudencial: «El principio de igualdad de todos los suizos ante la ley, enunciado en el artículo 4° de la Constitución del Estado, es decisivo, como norma legal fundamental, tanto para la actividad administrativa y judicial como también para la legislativa de los órganos del Estado. En su virtud se exige la igual aplicación de las leyes a todos los ciudadanos así como también igual tratamiento de los mismos por parte del legislador. El significado y el alcance del principio de la igualdad ante la ley con respecto al legislador se determina y limita definiendo que implica un postulado de justicia política».

En virtud de esta interpretación ha declarado el Tribunal Federal inconstitucionales leyes que prohíben la circulación de automóviles en un cantón determinado los domingos o la de motocicletas matriculadas en otros cantones y las que prohíben a la mujer el ejercicio de la abogacía; constitucionales una ley de procedimiento civil que permite al presidente

de personnes ou de familles Todos los suizos son iguales ante la ley. No hay en Suiza súbditos, ni privilegios locales, de nacimiento, personales o de familia]. Art. 113: «*Le Tribunal Fédéral connaît, en outre: ... 3. Des réclamations pour violation de droits constitutionnels des citoyens, ainsi que des réclamations de particuliers pour violation de concordats ou de traités.—Sont réservées les contestations administratives à déterminer par la législation fédérale.— Dans tous les cas mentionnés le Tribunal Fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale et les arrêtés de cette Assemblée qui ont une portée générale. Il se conformera également aux traités que l'Assemblée fédérale aura ratifiés* [El Tribunal Federal conoce, además: 3. De las reclamaciones por la violación de los derechos constitucionales de los ciudadanos, así como de las reclamaciones de particulares por la violación de concordatos o tratados.— Le están reservadas las contestaciones administrativas que determine la legislación federal.— En todos los casos mencionados, el Tribunal Federal aplicará las leyes votadas por la Asamblea Federal y los acuerdos de esta Asamblea que tengan alcance general. Atenderá igualmente a los tratados que la Asamblea Federal haya ratificado]». El texto oficial alemán del último párrafo es más preciso: «*In allen diesen Fällen sind jedoch die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemein verbindlichen Beschlüsse, sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge für das Bundesgericht massgebend*».

de un tribunal actuar en las funciones de su cargo en un litigio en que toma parte un hijo del presidente en calidad de defensor de una de las partes y una disposición que excluye de la pertenencia a una municipalidad corporativa de «derecho público» de índole financiera a los hijos de los miembros de la municipalidad habidos fuera de matrimonio. En materia tributaria son dignas de mención las siguientes decisiones judiciales: se han declarado inconstitucionales un impuesto de 5 céntimos sobre las entradas a cinematógrafos porque se gravaban todos los billetes de distinto precio con la misma tasa; una resolución municipal que gravaba la renta de los que reciben sueldo fijo y no la de artesanos y comerciantes; una ley que no permitía deducir del importe del impuesto las deudas que gravaban el objeto imponible cuando el acreedor estaba domiciliado fuera del cantón, y la diferenciación tributaria de los miembros de una sociedad mercantil según estén o no domiciliados en el cantón. Ha declarado constitucional, en una sentencia de hace algunos años, una ley que eximía a los clérigos de un impuesto para cubrir gastos militares¹¹⁸.

El contraste judicial de las decisiones legislativas no ha producido efectos trastornadores en Suiza, porque se aplica únicamente a las decisiones cantonales, ya que las decisiones legislativas del órgano legislativo estatal no están sometidas al contraste del Tribunal Federal. En Norteamérica, las vacilaciones en la jurisprudencia han originado no poca inseguridad en los particulares y en los órganos legislativos, principalmente en los regionales. Porque aunque exista el contraste judicial de la constitucionalidad de las leyes y si bien se han dictado sentencias que tal vez con excesiva ligereza y sólo por mayoría han declarado inconstitucionales leyes acerca de cuya conveniencia estaban muy divididas las opiniones¹¹⁹, no

118 BURCKHARDT, *Kommentar*, 40 y sig.

119 En la convención constitucional de 1917-1918 de Massachussetts dijo el juez Anderson: «*Signs are not wanting —ominous signs— that under the guise of enforcing the «due process of law» provision in the fourteenth amendment, some judges are willing, even desirous, of putting their own economic theories as law paramount to the enactments of any legislature* [Hay indicios ominosos e indeseables de que, con el pretexto de la obligación de respetar

es menos cierto que también se han dictado otras decisiones en las que se han establecido muy severos y estrictos motivos para la declaración de la inconstitucionalidad de una ley. Nos hallamos aquí en el mismo caso que se presenta cuando se trata de juzgar los llamados «actos de gobierno», resoluciones adoptadas en uso de competencia «discrecional». La judicatura en Norteamérica y Suiza ha actuado, por otra parte, en sentido centralizador, suavizando las diferencias en la legislación de las colectividades políticas intraestatales, y no nos podríamos formar idea exacta de la estructura territorial de aquellos Estados sin tener en cuenta ese factor judicial unificador, que, aplicado precisamente en la etapa más continua y viva de la actividad política, ha tenido efectos permanentes y profundos difíciles de sobrestimar. Se comprende, por lo demás, que el contraste judicial no haya tenido en ninguna parte resultados conclusivos absolutos: ni todas las leyes que han sido declaradas inconstitucionales alegando su contradicción con alguno de los principios generales consignados en la Constitución eran indefendibles desde el punto de vista de la igualdad, ni han sido declaradas sin efecto todas las decisiones legislativas a las que podría reprocharse con fundamento una infracción de aquellos principios¹²⁰.

el “debido proceso legal” establecida en la decimocuarta enmienda, algunos jueces están queriendo, incluso deseando, colocar sus propias teorías económicas como preferencia jurídica para las promulgaciones de todo legislativo]». *Debates of the Massachusetts Constitutional Convention of 1917-18*, I, 522. Con referencia a la interpretación del principio de igualdad por parte del Tribunal Federal suizo, escribía C. JELLINEK (*System*, 98): «*Nach einem allgemeinen Prinzip, ja nur nach widerspruchloser Anwendung bestimmter Regeln sucht man in den betreffenden Urteilen vergebens* [En las respectivas sentencias, se buscará en vano un principio general y menos aún la aplicación no contradictoria de reglas determinadas]».

120 LLORENS, *Autonomía*, 72 y sig.

Austria

El principio constitucional de igualdad y el contraste judicial de su observancia

En la Constitución austriaca se había estructurado el contraste judicial de las decisiones legislativas con especial solicitud. H. Kelsen, uno de los autores de aquella Constitución, ha escrito en varias ocasiones acerca de los propósitos que inspiraron la redacción de partes importantes del texto constitucional y del cometido que correspondía a los órganos superiores. Las razones que alega en favor de la institución de ese contraste judicial no difieren, aunque sea distinta la terminología, de las que se habían ya formulado en Norteamérica, pero no se aprovecharon las experiencias allí reunidas en la medida que hubiera podido esperarse de la perspicacia e ingeniosidad de los juristas que intervinieron en la formación y aprobación de las normas constitucionales.

El principio de igualdad se enunciaba en la Constitución austriaca en los mismos términos que en la Constitución alemana de 1919 y en la española de 1931¹²¹, y se repetía, además, con redundancia, en una disposición relativa a ciertas obligaciones impuestas a Austria por el tratado de Saint-Germain¹²².

121 Art. 7: «*Alle Bundesbürger sind vor dem Gesetz gleich. Vorrechte der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses sind ausgeschlossen* [Todos los ciudadanos son iguales ante la ley. Quedan abolidos los privilegios por nacimiento, sexo, rango, clase o confesión]».

122 Artículos 66 y 67 del Tratado de Saint-Germain a que alude el art. 149 de la Constitución: «*Alle österreichischen Staatsangehörigen ohne Unterschied der Rasse, der Sprache oder Religion sind vor dem Gesetze gleich und geniessen dieselben bürgerlichen und politischen Rechte. Unterschiede in Religion, Glauben, oder Bekenntnis sollen keinen österreichischen Staatsangehörigen beim Genuss der bürgerlichen und politischen Rechte nachteilig sein, wie namentlich bei Zulassung zu öffentlichen Stellen, Aemtern und Würden oder bei den verschiedenen Berufs- und Erwerbstätigkeiten. Oesterreichische Staatsangehörige, die einer Minderheit nach Rasse, Religion oder Sprache angehören, geniessen dieselbe Behandlung und dieselben Garantien, rechtlich und*

Kelsen, en virtud de su peculiar criterio formalista, cree que las declaraciones constitucionales que invitan al legislador a ejercer la competencia que se le atribuye con arreglo a exigencias de justicia, libertad, equidad, moral, etc., no son normas relativas al contenido de las futuras leyes¹²³. Si fueran *ius cogens* se añadiría, a juicio de Kelsen, una orientación, un criterio objetivo; como si fuera posible, en efecto, establecer en un texto con validez universal en qué consisten la justicia, la equidad, la moral. Consecuente con su sistema, anticipa Kelsen exclusivamente objeciones formalistas a su tesis y concede que si se admite que en una Constitución no se contienen únicamente normas, sino también expansiones retóricas o ejercicios de estilística politiquizante¹²⁴, no pudiéndose trazar una línea divisoria entre la parte ornamental y la dispositiva, resultará que cada individuo tendrá la posibilidad de relegar al sector declamatorio los principios que supone no concuerdan con sus intereses. No acierta Kelsen a oponer a esa objeción una réplica sacada del arsenal de sus ideas, y ante la posibilidad de que un tribunal declare, por injusta, inconstitucional una ley, incurre en la contradicción de suponer que entonces el órgano judicial ejercería necesariamente una suma de poder que habría

faktisch, wie die anderen österreichischen Staatsangehörigen [Todos los ciudadanos austriacos sin distinción de raza, lengua o religión son iguales ante la ley y gozan de los mismos derechos civiles y políticos. Las diferencias de religión, credo o confesión no perjudicarán a ningún ciudadano austriaco en el goce de sus derechos civiles o políticos, ni en el acceso a cargos públicos, funciones u honores, ni en el ejercicio de profesiones o industrias. Los ciudadanos austriacos que pertenezcan a una minoría racial, religiosa o lingüística gozarán del mismo trato y de las mismas garantías, jurídicas y de hecho, que el resto de los ciudadanos austriacos]». V. *infra*, Relaciones interestatales.

123 *Veröffentlichungen*, 5, 69-70. De este informe, presentado en la asamblea de profesores alemanes de Derecho público en abril de 1928 con el título «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», se publicó en la *Rev. du Dr. Publ.* del mismo año, una traducción francesa con el título «La garantie juridictionnelle de la Constitution». Nuestras citas se refieren al original alemán, impreso en 1929.

124 Kelsen califica los enunciados de principios generales de «dem politischen Schmuck der Verfassung dienende Formeln [la joya política de la Constitución sirviendo de pura fórmula]». *Veröff.*, 5, 69.

de calificarse de intolerable. «Porque lo que la mayoría de los jueces de ese tribunal considera justo puede hallarse en contradicción con lo que la mayoría de la población tiene por justo y está, sin duda, en contradicción con lo que consideró justo la mayoría del Parlamento que aprobó la ley»¹²⁵. ¿Y no podría también hallarse la decisión judicial en armonía con la opinión de la supuesta mayoría de la población? ¿No puede discrepar la mayoría de un Parlamento en la misma medida que un tribunal de la opinión de la supuesta mayoría de la población? ¿No pueden ser designados los jueces del tribunal constitucional con garantía razonable de pericia e imparcialidad no menor que la que pueda existir en la designación de los miembros del Parlamento? Sólo existiría extralimitación por parte del tribunal constitucional cuando pretendiera ejercer una competencia que la Constitución le deniega expresamente, como sucede en Suiza con las decisiones legislativas del Parlamento estatal.

El examen de la constitucionalidad de una ley aplicando el criterio de la igualdad o la justicia, cuando las Constituciones enuncian ese principio general, no sólo es perfectamente constitucional, sino imprescindible e inevitable. Herrfahrdt señala con razón que en las Constituciones apenas existe «derecho positivo» en el sentido corriente de esa expresión y que casi todas las discrepancias a que dan lugar, en cuanto al contenido, se reducen al contenido de fórmulas que pueden ser equívocas¹²⁶. Lo que ha lugar a inquirir es si conviene o no que un órgano judicial asuma la competencia de determinar en última instancia el contenido de los principios generales. Pero una vez se han enunciado principios de esa índole en la Constitución y se ha introducido o reconocido el contraste judicial de las leyes, no podrá evitarse la transferencia del discernimiento a que nos hemos referido anteriormente. De otro modo habría que tener en cuenta el consejo que dio Kelsen en 1928: «Si ha de evitarse tal desplazamiento de poder del Parlamento a un órgano ajeno a él, desplazamiento que no se proponía, de seguro, la Constitución y

125 Ib.

126 Ib., 111.

que desde el punto de vista político es, en grado sumo, inadecuado, ya que ese órgano puede ser exponente de fuerzas políticas muy distintas de las que obtienen expresión en el Parlamento, cuando la Constitución establece un tribunal constitucional ha de abstenerse de esa clase de fraseología, y si quiere estatuir principios, directivas, límites relativos al contenido de las leyes futuras, ha de determinarlos con la máxima posible precisión»¹²⁷.

Y como en efecto la Constitución austriaca contenía principios generales, y entre ellos el de igualdad, nadie extrañará que el Tribunal Constitucional declarara que ese principio obligaba al órgano legislativo y que el Tribunal era competente para examinar si la diferenciación de los ciudadanos establecida en una ley estaba objetivamente justificada o si derivaba de momentos subjetivos y constituía una arbitrariedad, y, asimismo, si las decisiones de los órganos de la Administración se ajustaban a la igualdad política de los ciudadanos¹²⁸, sin exceptuar de la competencia judicial la esfera de las facultades «discrecionales» del gobierno, pues no es de diversa índole la «discreción» que se atribuye a los varios órganos del Estado¹²⁹, en forma que el órgano judicial contrastador asume una competencia que hace de él, en sentido moderno, lo que en las monarquías constitucionales se denomina «poder moderador».

El Tribunal Constitucional austriaco había declarado que infringen el precepto constitucional de igualdad leyes que imponen la incompatibilidad de los cargos «representativos» municipales con el carácter de funcionario público, que prohíben sean designados directores de establecimientos de enseñanza funcionarios cuya confesión no es la misma que la de la mayoría de los alumnos, etc. Había afirmado, en cambio, la constitucionalidad de procedimientos disciplinarios especiales para funcionarios, la li-

127 Ib., 70.

128 Cf. R. ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, 1926, cap. 3º, 45-58, y passim.

129 A. MERKL, en *Veröffentlichungen*, 5, 100: «*Verfassungsgerichtsbarkeit ist... der gerichtsförmige Schutz der höchsten Stufe der Rechtsordnung* [El Tribunal Constitucional es... la protección jurisdiccional del más alto escalón del ordenamiento jurídico]».

mitación de la libertad de éstos para emitir ideas y opiniones, la exención de contribuciones basada en momentos objetivos, la diferenciación de los sexos en virtud de su naturaleza, etc¹³⁰.

Alemania

Posibilidad de garantía judicial del principio de igualdad en la Constitución de 1919; doctrina y jurisprudencia

Las circunstancias políticas en Alemania no han sido favorables al contraste judicial de las decisiones del órgano legislativo estatal. El criterio del gobierno republicano se consignó a los efectos de las relaciones interestatales, en un memorándum, redactado por el Prof. E. Kaufmann, que se presentó al Tribunal Permanente Internacional con ocasión de uno de los conflictos con Polonia: «La diferenciación de las circunstancias de hecho y las consecuencias jurídicas diferenciales que con ellas se relacionan han de ser justificables ante el foro superior del derecho natural, han de corresponder al *τέλος* de las circunstancias correspondientes de la vida. No es necesario que el concepto general de la norma ni el de las circunstancias carezcan de fundamento considerados aisladamente; cada uno de estos conceptos generales puede estar objetivamente fundamen-

130 L. ADAMOVICH, *Grundriss*, 97 y sig. Respecto a la composición adecuada de los tribunales constitucionales escribe Kelsen, como resultado de su argumentación: «*Bei der Zusammensetzung des Verfassungsgerichtes, das als Kollegialorgan gebildet wird, ist vor allem auf die Ausschaltung parteipolitischer Einflüsse und auf juristische, speziell verfassungsrechtliche Fachkenntnisse Bedacht zu nehmen* [Sobre la composición que el Tribunal Constitucional tendrá como órgano colegiado, hay que referirse ex profeso sobre todo a la eliminación de los influjos partidistas y a los conocimientos técnico-jurídicos, en especial jurídico-constitucionales]». Merkl añade: «*Ich würde sehr radikal sein und mich für eine völlige Inkompatibilität zwischen parlamentarischer und gerichtlicher Funktion aussprechen* [Yo sería más radical y me pronunciaría a favor de una incompatibilidad absoluta entre la función parlamentaria y la jurisdiccional]». *Veröff.*, 5, 55-56, 85, 103. La designación de los jueces por medio de sufragio profesional o corporativo puede convertir el tribunal en órgano cuasiparlamentario.

tado en relación con determinadas consecuencias jurídicas, pero la unión de ambos conceptos en una norma puede contradecir el principio de la igualdad jurídica. Aunque no se pueda apenas precisar en una fórmula general cuándo surge este caso, podrá hallar siempre el tacto del juez, orientado para resolver el caso concreto, una resolución que sea tan ajena a la imprudente pedantería como a la cobarde tolerancia»¹³¹.

El autor de los anteproyectos de la Constitución alemana de 1919, H. Preuss, no quería incluir, en vista de la estructura de la Constitución de 1871 y por otros motivos, Declaraciones de Derechos en el texto constitucional. A instancia del gobierno, enunció algunos «derechos fundamentales» en 12 artículos, cuyo contenido, con algunas variaciones, adiciones y mejoras, constaba en la Constitución llamada de Weimar. Fueron los antiguos partidos conservadores y el centro católico los que insistieron en codificar en la Constitución derechos individuales y colectivos (confesionales) que fueran límite para las competencias de los órganos constituidos. La dificultad consistía en averiguar cuáles derechos y en qué forma habían de ser considerados de transcendencia constitucional. El diputado Fr. Naumann proyectaba sustituir los enunciados tradicionales por máximas breves y claras, comprensibles para todos y que vinieran a ser aforismos de un catecismo político¹³². Tales fórmulas carecían en su

131 Cf. *Veröffentlichungen*, 3, 10.

132 He aquí algunas de esas fórmulas: «*Volkserhaltung ist Staatszweck. Kinderzuwachs ist Nationalkraft. Das Vaterland steht über der Partei. Ordnung und Freiheit sind Geschwister. Freie Bahn dem Tüchtigen. Volkswirtschaft steht über Privatwirtschaft. Wald bleibt erhalten. Bergschätze sind Volkswerte. Verstaatlichung ist eine Nützlichkeitsfrage. Weltverkehr ist Lebensluft. Geheimpolitik gibt es nicht mehr. Wir achten alle Völker, die uns achten* [La salvaguarda del pueblo es el fin del Estado. La crianza de la prole es asunto nacional. La patria está por encima de los partidos. El orden y la libertad son hermanos. Vía libre a las habilidades. La economía de la nación está por encima de la economía privada. Que se conserven los bosques. Los tesoros de nuestras montañas son valores del pueblo. La nacionalización es una cuestión de necesidad. El tráfico mundial es atmósfera vital. La política secreta no existe más. Cuidamos de todo compatriota que nos cuida]». Algunas de esas máximas no enuncian derechos ni tienen significado político inmediato. Cf. ANSCHÜTZ, *Verfassung*, 508 y sig.

generalidad de precisión normativa y el diputado Prof. K. Beyerle hubo de modificar su expresión, conservando en lo posible el significado y alcance de los principios fundamentales¹³³. Anschütz resume el alcance de esos derechos en cuanto se atribuyen a los individuos: «los derechos fundamentales en su calidad de derechos públicos subjetivos no derivan de la ciudadanía, sino de la personalidad y regulan como normas jurídicas objetivas, no la relación del Estado con sus ciudadanos, sino la relación entre Estado e individuo. Los derechos fundamentales no son nacionalistas a pesar de su calificativo de derechos “de los alemanes”. No se basan en la idea de una desventaja fundamental de los extranjeros, sino por el contrario en el principio de la igualdad del ciudadano y del extranjero en todas las materias del derecho privado y del derecho público, en cuanto la ley (o una norma jurídica equivalente) no determina otra cosa o deriva una diferenciación de la naturaleza del asunto»¹³⁴.

Los argumentos alegados por los que opinaban que el principio de igualdad no obligaba, entre los órganos constituidos, al que declara las decisiones legislativas ordinarias, están resumidos por Anschütz en su comentario a la Constitución de 1919¹³⁵. Aunque no sea superfluo el enunciado de la

133 *Zehn Jahre Reichsverfassung*, 1929, 20 y sig.

134 ANSCHÜTZ, *Verfassung*, 513.

135 Art. 109 de la Constitución alemana de 1919: «*Alle Deutschen sind vor dem Gesetze gleich. —Männer und Frauen haben grundsätzlich dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten. —Öffentlichrechtliche Vorrechte oder Nachteile der Geburt oder des Standes sind aufzuheben. Adelsbezeichnungen gelten nur als Teil des Namens und dürfen nicht mehr verliehen werden. —Titel dürfen nur verliehen werden, wenn sie ein Amt oder einen Beruf bezeichnen; akademische Grade sind hierdurch nicht betroffen.—Orden und Ehrenzeichen dürfen vom Staat nicht verliehen werden. —Kein Deutscher darf von einer ausländischen Regierung Titel oder Orden annehmen* [Todos los alemanes son iguales ante la ley.— Hombres y mujeres tienen, por principio, los mismos derechos y deberes ciudadanos.— Los privilegios de derecho público o las discriminaciones por razón de nacimiento o rango quedan abolidos. Los tratamientos de nobleza solo valdrán como parte del nombre y no se concederán en lo sucesivo.— Los títulos no se concederán más que designen un cargo o profesión; los grados académicos no se ven afectados por esto.— El Estado no otorgará condecoraciones ni distinciones honoríficas.— Ningún alemán podrá aceptar títulos u órdenes de un Gobierno extranjero]».

igualdad con referencia a la aplicación y ejecución de las leyes, no puede derivarse, y así lo indica Anschütz, de esa supuesta superfluidad la necesaria inclusión del órgano de la legislación ordinaria, como ya hemos mencionado¹³⁶. Pero es raro que Anschütz crea que esa igualdad podría ser necesaria en la ejecución si el «Estado de partidos» terminara degenerando en «Estado de un partido» fascista o comunista, como si precisamente entonces no fuera más necesaria aún la igualdad en la legislación. El cambio de significado de la expresión «igualdad ante la ley» es indudable, precisamente en Alemania, como lo revela la lectura de la copiosa bibliografía que exclusiva o incidentalmente trata de ese problema. También la jurisprudencia ha evolucionado en el mismo sentido. Es cierto que en la anterior Constitución prusiana la expresión «igualdad ante la ley» se entendió generalmente como limitada en su eficacia a la ejecución, pero no es menos cierto que cuando tuvo lugar la discusión de la ley relativa a los polacos residentes en territorio alemán, juristas reputados protestaron contra la diferenciación, a su juicio inconstitucional, de que aquéllos fueron víctima¹³⁷.

Contra la opinión de los que pretenden que la Constitución no contiene normas inmediatamente obligatorias, por ser siempre las cláusulas constitucionales de impreciso contenido, Anschütz ha mostrado en su comentario con notable ingeniosidad y rigurosa lógica las conclusiones que cabe derivar de principios en apariencia desprovistos de posibilidad de aplicaciones concretas¹³⁸. Y la jurisprudencia alemana había declarado que, cuando una cláusula constitucional era susceptible de varias interpretaciones, había de elegirse la que procuraba mayor eficacia al principio constitucional¹³⁹.

136 V. supra, La igualdad y la ley.

137 TRIEPEL, en *Veröffentlichungen* 3, 50.

138 Cf., la parte de su comentario dedicada al título de la Constitución que trata de los «derechos y deberes fundamentales de los alemanes», arts. 109 y sig., págs. 505 y sig.

139 Cf. R. THOMA, en NIPPERDEY, I, 9. Incurrió, pues, en error el Prof. Jiménez de Asúa cuando dijo en su discurso de 26 mayo de 1932 (D. de S., 13117a) que los tribunales alemanes habían sentenciado que no eran obligatorias las «declaraciones programáticas» de

Las opiniones estaban divididas no sólo respecto al alcance del principio de igualdad consignado en el art. 109 de la Constitución, sino a la misma posibilidad de un contraste judicial de la constitucionalidad de las leyes estatales¹⁴⁰. Una sola de las regiones alemanas, Baviera, había estatuido en la Constitución ese contraste: Art. 72: «Las autoridades encargadas de la jurisdicción examinan en sus decisiones si la ley que han de aplicar no se halla en contradicción con una disposición de la Constitución del

la Constitución «mientras no se ejecutan esas normas». Lo contrario es lo cierto y es precisamente lo que había dicho el citado profesor al explicar el alcance de esas «declaraciones» que, según afirmó, no podían ser «meras declamaciones», sino debían tener eficacia política.

140 V. MAINZER, *Gleichheit*, 18, notas 1 y 2; E. v. HIPPEL, *Das richterliche Prüfungsrecht*, en *Handbuch*, II, 546 y sig.; Fr. Stier-Somlo, *Gleichheit vor dem Gesetz*, en NIPPERDEY, I, 158 y sig.; ANSCHÜTZ, *Verfassung*, 475 y sig., 571 y sig. En la discusión que se desarrolló en Alemania acerca de la posibilidad del contraste judicial de la constitucionalidad de las leyes influyó de manera determinante la distinción entre «política» y «justicia». Muy pocos son los autores que percibieron la improcedencia de la disyunción y el mismo Kelsen, que por una parte defendía la conveniencia de una garantía judicial de la Constitución, disminuía luego la transcendencia del contraste propugnado incurriendo en el mismo error de Schmitt. Y, sin embargo, Kelsen había combatido con excelente razonamiento el sofisma de la incompatibilidad del contraste judicial de la gestión legislativa con las ideas de la «soberanía del Parlamento» o la «soberanía del pueblo». (*Veröff.*, 5, 53-54). H. Triepel recordó que «*rechtsstaatliches Denken ist nicht unpolitisches Denken, sondern eine besondere Art des politischen Denkens* [el pensamiento jurídico-político no es pensamiento apolítico, sino una forma especial del pensamiento político]». Y añadió: «*Verfassungsstreitigkeiten sind immer politische Streitigkeiten* [Las disputas constitucionales son siempre disputas políticas]» (Ib., 7, 28); sin embargo, todos los conflictos en un Estado son, en último término políticos. H. Heller hubiera querido que se incluyera en la Constitución una cláusula general excluyendo del contraste constitucional «*alle rein politischen Akte* [toda actuación puramente política]» (ib., 112), es decir, todos los que se refieren «*auf die Einheitsbildung des Staates, d. h. einer souveränen Gebietsentscheidung* [a la construcción de la unidad del Estado, como por ejemplo una resolución territorial soberana]». A juicio de Heller, esos actos no son «*judiziabel, einer Gerichtsentscheidung fähig*», «*weil sie entweder positivrechtlich davon ausgenommen oder aber positivrechtlich nicht normierbar sind* [susceptibles de control judicial, aptos para una decisión judicial, porque o están excluidos de lo jurídico-positivo o bien no son regulables de modo jurídico-positivo]» (Ib., 113). Se desarrollarían, pues, en una especie de estratosfera jurídica.

Estado alemán, con esta Constitución o con otra ley constitucional». En la Constitución alemana de 1919 no se estableció un órgano al que se atribuyera el contraste general de la constitucionalidad de las leyes estatales y esa deliberada omisión influyó de modo decisivo la evolución constitucional. Después de algunas tentativas de formular un criterio definitivo, el Tribunal Supremo de Justicia estatal declaró por fin en una sentencia de 4 noviembre 1925 que los jueces podían examinar si las leyes aplicables a casos concretos estaban en armonía con normas de categoría superior, entre las cuales figuraba en primer lugar la Constitución¹⁴¹. Lo cierto es, sin embargo, que los constituyentes no entendieron establecer ese contraste, antes bien, lo limitaron, y aún con problemática eficacia, a circunstancias taxativamente determinadas. Luego, con la institución del llamado Tribunal de Estado¹⁴², éste se atribuyó, en principio, la competencia de examinar si, cuando el órgano supremo gubernativo suspendía las garantías constitucionales a que se refería el art. 48 de la Constitución, las circunstancias alegadas de gravedad y urgencia se habían dado en realidad y si justificaban las medidas tomadas por el órgano en cuestión¹⁴³. Sin embargo y a pesar de que el Tribunal de Estado declaró poseer tal competencia, usó de ella con tan extrema circunspección que ha venido a resultar lo mismo que si no hubiera asumido tal facultad.

141 RGZ. 11, 320 y sig.

142 La traducción española del término «*Staatsgerichtshof*» ocasionaba alguna dificultad. Se ha dicho «Tribunal Constitucional», «Tribunal Político Constitucional», «Tribunal de Justicia Político o Constitucional», «Tribunal del Estado», «Tribunal de Estado» (Cf. N. PÉREZ SERRANO, en *Rev. de Dro. Púb.*, 1932, 288a). Es que el término alemán resulta inadecuado. No era conveniente dar a una de las modalidades de la actuación judicial el nombre de «*Staatsgerichtsbarkeit*», porque, como apunta H. Triepel, toda «*Gerichtsbarkeit*», es «*Staatsgerichtsbarkeit*»: «*nach unserer Gerichtsverfassung sind alle Gerichte Staatsgerichte* [según nuestra Constitución todos los tribunales son tribunales estatales]» (*Veröff.*, 5, 3).

143 Cf. LLORENS, en *Revista de Derecho Público*, 1932, 147.

Italia

Confusión de competencias; categoría política de los derechos individuales

También en Italia se menciona el principio de igualdad en el art. 24 de la Constitución que se supone vigente: «*Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici, e sono ammessi alle cariche civili e militari, salvo le eccezioni determinate dalle leggi*». No establece, pues, el principio con carácter obligatorio para el órgano legislativo, ya que éste tiene la expresa competencia de declarar todas las excepciones que estime convenientes. Pero aunque el órgano legislativo no tuviera esta competencia, el enunciado carecería de valor normativo político, por ser idénticos el órgano legislativo ordinario y el constituyente. Por lo demás, no existe en Italia una distribución constitucional definida de las competencias de la gestión política. Según el art. 5° de la Constitución, «*al Re solo appartiene il potere esecutivo*». El art. 68 añade: «*La giustizia emana dal Re ed è amministrata in suo nome dai giudici che egli istituisce*». Aun en el periodo anterior a 1925, «*il decreto-legge*», escribe O. Ranelletti, «*era divenuto quasi un mezzo ordinario di legislazione. E ciò anche per la mancanza di una utile attività legislativa, in specie per parte della Camera dei deputati, esauritasi per più anni in dibattiti e lotte politiche infecunde*»¹⁴⁴. La ley de 24 de diciembre de 1925, núm. 2263, modificó el art. 5° de la Constitución, atribuyendo la competencia eficaz gubernativa a un órgano distinto del titular de la Corona: «*Il potere esecutivo è esercitato dal Re per mezzo del suo Governo. Il Governo del Re è costituito dal Primo ministro segretario di Stato e dai ministri segretari di Stato, Il Primo ministro è Capo del governo*». Y la ley de 31 de enero de 1926 atribuyó al gobierno la competencia general de «*emanare norme giuridiche, aventi forza di legge, con decreto reale... nei casi straordinari, nei quali ragioni di urgente e assoluta necessità lo richiedano*». El mismo gobierno es el que juzga la oportunidad

144 *Istituzioni di Diritto pubblico*, 1932, 362 n. 1.

de sus decisiones, las cuales, aunque fueran revocadas por una ley, pueden ser restablecidas porque el gobierno asumió desde entonces la competencia de derogar las leyes por medio de decretos.

Como «*il diritto pubblico subiettivo*», según E. Landolfi —«*sostituto procuratore generale del Tribunale speciale per la difesa dello Stato*»— no es más que «*la facoltà del singolo di chiedere dagli organi dello Stato l'attuazione di ciò che lo Stato nella sua essenza ha stabilito che debba essere diritto*»¹⁴⁵, resulta, mediante una serie de imputaciones —la decisión de un individuo se imputa a un grupo directorial, la de este grupo al partido que aquél dirige, la del partido al «*populus*» y la del «*populus*» al Estado—, que los derechos individuales tienen, como única garantía, el discernimiento de uno solo de los individuos de la colectividad.

Australia, Canadá, Irlanda

Consecuencias del enunciado de principios generales en la Constitución cuando se instituye el contraste judicial de la constitucionalidad de las leyes

La experiencia de Australia y del Canadá confirma las ventajas políticas de no consignar en una Constitución, cuya observancia por parte del órgano legislativo es contrastada por un órgano judicial, principios generales que pueden privar al órgano colegiado, cuyos miembros son designados por sufragio universal, del libre discernimiento que es condición de la gestión legislativa. Australia es una colectividad política autodeterminante¹⁴⁶ en

145 *Lo Stato nella sua essenza e nei suoi rapporti con l'individuo*, 1932, 15.

146 En una reciente sesión (8 diciembre 1933) del Parlamento australiano declaró Mr. Latham, Attorney-General, que el ministerio no tenía intención de presentar un proyecto de ley con el fin de que se aprobara el «*Statute of Westminster*». «*The Ministry*», añadió, «*approves the principles upon which the Statute is based, but does not consider that there is any practical advantage in adopting it at present. The most important principle, the inability of the British Parliament to legislate for a self-governing Dominion, has been recognized for many years. If need arises, action may be taken without difficulty* [El Ministerio aprueba los principios

cuya Constitución, fiel reflejo, por lo demás, de la norteamericana, no se ha formulado una Declaración de Derechos. La Constitución no enuncia explícita ni implícitamente ninguna limitación de la competencia legislativa del Parlamento, salvo ciertas disposiciones relativas a la división de competencias entre las colectividades políticas intraestatales y el Estado. Los órganos de la función judicial no tienen en Australia competencia para conocer de la razonabilidad o conveniencia de una ley y cuando la aplican presumen que el órgano legislativo no ha querido lesionar los derechos individuales¹⁴⁷.

Tampoco contiene una Declaración de Derechos la Constitución del Canadá, y, lo mismo que en Australia, corresponde la competencia interpretativa de la Constitución a un órgano judicial. Este órgano entiende, «de acuerdo con la teoría británica, que la voluntad de la Asamblea legislativa es omnipotente y no conoce superior». Basta que las leyes se ajusten a los trámites establecidos¹⁴⁸.

El caso de Irlanda es todavía más característico. Al discutirse en 1912 la Irish Government Act en la Cámara de los Comunes, Astor propuso que al artículo relativo a la libertad e igualdad de cultos se añadiera una cláusula concebida en estos términos: «El Parlamento no puede aprobar leyes que priven a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin los debidos requisitos jurídicos, con arreglo a principios y precedentes establecidos». También proponía se garantizara igual protección de las leyes y se excluyera la expropiación sin indemnización¹⁴⁹ Astor insistió en

en los que se basa el Estatuto, pero no considera que haya ninguna ventaja práctica en adoptarlo ahora. El principio más importante, la incapacidad del Parlamento Británico de legislar para un dominio autónomo, ha sido reconocido desde hace muchos años. Si surge la necesidad, se podrá actuar sin dificultad]».

147 Cf. Harrison MOORE, *The Constitution of the Commonwealth of Australia*, 1902, 89; Th. MACLEOD, *The High Court on the interpretation of statutes*, 1924, 15.

148 W. H. P. CLEMENT, *The Law of the Canadian Constitution*, 1915, I, 357; W. P. M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, 1931, 393 y sig.

149 El texto de la enmienda de Astor, relativo a las limitaciones de la competencia del órgano legislativo de Irlanda, era: «*or whereby any person may be deprived of life, liberty, or*

la conveniencia de proteger no sólo la religión, sino las «*civil liberties*». Sir John Simon, Solicitor General, se opuso a la enmienda, por el peligro que encierran todas las fórmulas imprecisas. Después de un debate de gran interés, con numerosas y atinadas observaciones referentes al sistema norteamericano, el primer ministro Asquith llamó la atención hacia el ordenado desenvolvimiento constitucional de Australia y del Canadá, donde no se habían incluido en la Constitución principios generales limitativos de la competencia legislativa y anunció que tales declaraciones «originarían considerable inconveniencia práctica constitucional». Después de recordar que no se había atribuido en el Reino Unido a los órganos judiciales una competencia de tal extensión, dijo con referencia a los principios generales, consignados en Constituciones que instituyen al mismo tiempo un contraste judicial de la constitucionalidad de las leyes: «Se trata en realidad de materias de opinión, inclinación, tendencia o predisposición sobre las cuales no puede tomarse una decisión con arreglo a algo que se parezca a reglas legales para determinar si en un caso particular se han observado o no la igualdad o la justicia, si se ha atendido o no a alguna cualidad abstracta o medida variable de idoneidad o conveniencia. No puedo imaginar materia en la cual pudieran surgir litigios innecesarios e infundados con mayor facilidad o con respecto a la cual las decisiones de los tribunales fueran recibidas con menos general respeto y autoridad... Si introducís en la ley una limitación de esta índole a las competencias de la Legislatura, entronizaréis efectivamente a la judicatura y haréis de ella un tribunal último de apelación. No hay duda alguna acerca de este

property without due process of law in accordance with settled principles and precedents, or may be denied the equal protection of the laws, or whereby private property may be taken without just compensation [o por el que nadie pueda ser privado de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal y de acuerdo con los principios establecidos y los precedentes, o por el que a nadie pueda denegarse la igual protección de la leyes, o por el que la propiedad pueda ser expropiada sin justa indemnización]». Parliamentary Debates, 5^a ser., XLII (1912), 2215. Cf. H. ROMMEN, *Grundrechte, Gesetz und Richter in den Vereinigten Staaten von Nordamerika*, 1931, 116 y sig.

resultado. Mirad lo que está sucediendo ahora en los Estados Unidos de Norteamérica... No necesito decir que no voy a ser tan presuntuoso que me inmiscuya, ni siquiera en forma de sugerencia o crítica, en las controversias interiores de los Estados Unidos, pero cualquiera que observe lo que está pasando en la elección presidencial que se está verificando, habrá advertido que una de las principales y más graves cuestiones que se discuten —cuestión que el partido progresista, presidido por Mr. Roosevelt... ha colocado en primer término de su programa—, consiste en dilucidar si es conveniente en una colectividad democrática que la Legislatura actúe bajo trabas, cuya medida e interpretación esté confiada, para todos los fines prácticos, a un cuerpo que no es en ninguna forma responsable ante la opinión pública. ...Me atrevo a decir a la Cámara que la experiencia que hemos tenido hasta ahora allende el Atlántico en los Estados Unidos y en nuestro Dominio del Canadá, y en nuestros Dominios más recientes en otras partes del mundo, debiera precavernos contra la imposición de limitaciones a la Legislatura y, más aún, de limitaciones expresadas en lenguaje ambiguo y dudoso, cuya interpretación ha de incumbir a los tribunales, con el resultado de que podéis suscitar uno de los conflictos más indeseables que es posible imaginar, un conflicto entre los titulares de la función judicial de una parte y la Legislatura y la opinión pública de otra parte. Desde este punto de vista y aparte de las ventajas especiales que pueda tener la enmienda que discutimos, insisto encarecidamente en la indeseabilidad de introducir —a no ser que sea obvia la necesidad y que las palabras empleadas sean tales que no pueda surgir duda acerca de su razonable interpretación— trabas, restricciones, excepciones y reservas en las competencias de la Legislatura...»¹⁵⁰.

La Constitución irlandesa de 1922 contiene, sin embargo, una Declaración de Derechos, aunque limitada a ciertos principios y deliberadamente concebida en términos precisos y concretos, que se creyó excluirían una

150 *Ib.*, 2229-2232.

suplantación de la competencia legislativa del Parlamento¹⁵¹. Esta cautela, no obstante, ha resultado insuficiente en el caso O'Duffy. Este general, detenido por infringir un decreto del gobierno que prohibía el uso de distintivos facciosos, pues se presentó en público al día siguiente de promulgada la prohibición con la camisa azul de los fascistas irlandeses, hubo de ser puesto en libertad, a pesar de haberse verificado su prisión con arreglo a las disposiciones de la Ley de Seguridad Pública, porque resultó que los hechos especificados en esa ley no habían sido previstos en la Constitución entre las condiciones exigibles para que se pudiera privar a alguien de la libertad¹⁵². La competencia del contraste de la constitucionalidad de las leyes se atribuye expresamente a una Alta Corte en la Constitución irlandesa. En los arts. 2º-10 de la Constitución, que enuncian los derechos individuales, se emplea una fórmula parecida a la de las Constituciones europeas continentales: Art. 6º: «La libertad de la persona es inviolable y ninguna persona será privada de su libertad excepto con arreglo a la ley». Art. 7º: «El domicilio de los ciudadanos es inviolable y nadie podrá entrar en él sino con arreglo a la ley». Si bien Irlanda es un Estado de integración no autonómica, a diferencia de Norteamérica, existía un motivo especial

151 He aquí los textos en la versión oficial inglesa: Art. 6º: «*The liberty of the person is inviolable, and no person shall be deprived of this liberty except in accordance with law...*». Art. 7º: «*The dwelling of each citizen is inviolable and shall not forcibly entered except in accordance with law*». Art. 8º: «*Freedom of conscience and the free profession and practice of religion are, subject to public order and morality, guaranteed to every citizen...* [Con sujeción al orden público y a la moralidad, la libertad de conciencia y la libre profesión y práctica de la religión se garantizan a todo ciudadano]». Art. 9º: «*The right of free expression of opinion as well as the right to assemble peaceably and without arms, and to form associations or unions is guaranteed for purposes not opposed to public morality. Laws regulating the manner in which the right of forming associations and the right of free assembly may be exercised shall contain no political, religious or class distinction* [El derecho de la libre expresión de la opinión así como el derecho a reunirse pacíficamente y sin armas, y a formar asociaciones o uniones están garantizados para todos los fines que no se opongan a la moralidad pública. Las leyes que regulen el ejercicio de los derechos de asociación y reunión no contendrán distinciones por razones políticas, religiosas o de clase]».

152 Cf. *The Times*, 21 dic. 1933, pág. 16, col. 2.

de salvaguardar ciertas disposiciones fundamentales, entre las que figuraba el tratado entre la Gran Bretaña e Irlanda de 6 de diciembre de 1921, cuya aceptación condicionaba la vigencia de la Constitución. Por otra parte, la experiencia de Irlanda con las tristemente célebres «Coerción Acts», aprobadas por el Parlamento de Westminster, aconsejaba establecer limitaciones a la competencia del propio Parlamento, hasta tal punto que, después de algunas vacilaciones, se suele considerar que la expresión «la ley» en los artículos transcritos incluye la Constitución. Es cierto que el órgano legislativo es al mismo tiempo constituyente, pero se arraiga la costumbre de exigir que se exprese en las leyes que rectifican algún principio constitucional su carácter modificador de la Constitución. Así se ha hecho en varias decisiones legislativas, por ejemplo, en la 7ª Constitution Amendment Act y en la 6ª Public Safety Act¹⁵³.

Relaciones interestatales

La igualdad en la jurisprudencia; sus requisitos y consecuencias; proyectos y tratados; los Derechos Internacionales del Hombre

En las relaciones interestatales, colectivas e individuales, se entiende que el principio de igualdad obliga a todos los órganos de los Estados. En una de las decisiones del Tribunal Permanente de Arbitraje se dice: «El derecho internacional y la justicia internacional están basados en el principio de la igualdad de los Estados. Ningún Estado puede ejercer respecto a los individuos pertenecientes a otro Estado civilizado el derecho de “dominio eminente” sin respetar la propiedad de esos individuos extranjeros o sin pagar una indemnización justa, fijada, en caso necesario, por un Tribunal imparcial». En otras dos decisiones del mismo Tribunal se repite y amplía esta doctrina: «Las dos partes comparecen ante el Tribunal en pie de perfecta igualdad. El Tribunal no puede prescindir del derecho nacio-

153 KOHN, *Constitution*, 353.

nal de las partes, a no ser que este derecho sea contrario al principio de la igualdad de las partes o a los principios de justicia que son comunes a todas las naciones civilizadas. Pero el Tribunal no está ligado por las reglas especiales establecidas en uno de los dos países con el propósito de restringir (por ejemplo, en favor del soberano contra sus propios “justiciables”) la igualdad de las partes, que, en otro caso, sería la base de la justicia que se aplica a los litigios entre particulares». «El Tribunal no puede aceptar la tesis de Norteamérica, en virtud de la cual el Tribunal habría de regirse por las leyes norteamericanas siempre que Norteamérica afirma su competencia. El Tribunal tiene libertad de examinar si estas leyes están conformes con la igualdad de las partes contratantes, con los tratados concluidos por Norteamérica o con principios reconocidos del derecho internacional, incluso el derecho consuetudinario y la práctica de los jueces en otros tribunales internacionales»¹⁵⁴. Se considera, pues, infracción del principio de igualdad la expropiación sin indemnización de la propiedad de extranjeros¹⁵⁵.

En general, si un Estado declara aplicables determinadas normas políticas extranjeras en su territorio, no puede excluir luego su aplicación en casos particulares, a no ser que ésta se halle ocasionalmente en conflicto con el «orden público interno»¹⁵⁶.

En cuanto a la posición de los extranjeros en el Estado donde residen o transitoriamente se encuentran, la tendencia actual consiste en reconocerles, en virtud del principio de igualdad, todos los derechos que no derivan de la correlación estricta con deberes políticos y aun, más todavía,

154 *Fontes iuris gentium*, ed. BRUNS, 1, II (1931), 4, 162-163.

155 E. BORCHAD, *Protection of Citizens Abroad*, 1915, 104 y sig. En el laudo dictado por Huber en un conflicto entre España y la Gran Bretaña se dice: «*il peut être considéré comme acquis qu'en droit international un étranger ne peut être privé de sa propriété sans juste indemnité* [se puede dar por sabido que en derecho internacional un extranjero no puede ser privado de su propiedad sin una justa indemnización]». Cf. P. STEINBACH, en *Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, XIX, 132.

156 M. WOLF, *Internationales Privatrecht*, 1933, 7.

se les conceden generosamente algunos derechos que les colocan en una situación verdaderamente de favor, en compensación de la imposibilidad del ejercicio de ciertos derechos fundamentales. El Tribunal Federal suizo ha reconocido la igualdad esencial de los extranjeros¹⁵⁷. La jurisprudencia alemana denegaba la aplicación de normas extranjeras que contradecían alguno de los derechos individuales consignados en la Constitución de 1919¹⁵⁸. En forma que los extranjeros pueden obtener tratamiento más considerado que el que recibirían en el Estado cuya ciudadanía tienen, y hasta mejor que el de los mismos ciudadanos, en virtud del principio general de igualdad y de los derechos inherentes a la personalidad humana¹⁵⁹, aunque no ha de olvidarse que «*entro i limiti del principio generale suddetto [de igualdad], o delle disposizioni contenute in trattati particolari, resta sempre libero ai singoli Stati di regolare in un modo o nell'altro la condizione giuridica degli stranieri*»¹⁶⁰.

Los tratados concertados después de la guerra de 1914-1918 para la protección de ciertas «minorías nacionales» contienen una garantía de derechos individuales que obliga a todos los órganos del Estado, incluso el constituyente. El primer tratado de esta clase se celebró entre «las principales potencias aliadas y asociadas» y Polonia en 28 junio de 1919 y en su preámbulo se halla este pasaje: «Polonia, por otra parte, deseando conformar sus instituciones a los principios de libertad y de justicia y de proporcionar a este respecto una segura garantía a todos los habitantes de los territorios sobre los que ha asumido la soberanía...». El alcance de la obligación que aceptaba Polonia se define en el art. 1º: «Polonia se compromete a que las estipulaciones contenidas en los artículos 2 a 8 de este capítulo sean reconocidas como leyes fundamentales, a que ninguna

157 BURCKHARDT, *Kommentar*, 34.

158 RGZ, 119, 259 y otras sentencias; cf. ley de intr. del Cód. civil, art. 30.

159 CAVAGLIERI, *Corso di Diritto Internazionale*, 1932, 275-276.

160 M. UDINA, *Elementi di Diritto Internazionale Privato italiano*, 1933, 128. Por esta razón no puede aceptarse al pie de la letra la expresión «Derechos internacionales del hombre». Cf. ANSCHÜTZ, *Verfassung*, 517, nota 4.

ley, ningún reglamento ni ningún acto oficial estén en contradicción con estas estipulaciones o en oposición a ellas y a que ninguna ley, ningún reglamento ni ningún acto oficial prevalezcan contra ellas»¹⁶¹.

El Comité económico de la Sociedad de las Naciones redactó en 1929 un Proyecto de convenio relativo a la situación de los extranjeros, que fue objeto de deliberación en una conferencia pluriestatal reunida en París el 5 de noviembre del mismo año¹⁶². No obtuvieron resultado concreto los trabajos de esa conferencia y se decidió que se reanudarían en una conferencia ulterior. En principio, puede afirmarse que, a menos de disposiciones legislativas en contrario, 1º el extranjero está asimilado a los nacionales en materia de derecho «privado» y penal y en materia de procedimiento, y 2º que los extranjeros no participan en los derechos llamados políticos de los nacionales, a menos que leyes especiales les confieran expresamente esos derechos¹⁶³. Pero conviene apuntar que en virtud de tratados conceden algunos Estados americanos recíprocamente los derechos llamados políticos a los ciudadanos de la otra parte contratante residentes en su territorio, en el cual apenas pueden calificarse ya de extranjeros.

El Instituto de Derecho Internacional aprobó en su sesión de Nueva York, en 1929, una Declaración de los Derechos Internacionales del Hombre, de la que traducimos el preámbulo y el artículo 1º: «El Instituto de Derecho Internacional, considerando: Que la conciencia jurídica del mundo civilizado exige el reconocimiento al individuo de derechos sustraídos a todo ataque por parte del Estado; Que las Declaraciones de Derechos, inscritas en gran número de Constituciones norteamericanas y francesas de fines del siglo XVIII, no sólo han estatuido para el ciudada-

161 Acerca del enunciado de este principio en la Constitución, cf. LLORENS, *Autonomía*, 24-26.

162 Conférence internationale sur le traitement des étrangers, Documents préparatoires, 1929.

163 J. SPIROPOULOS, *Traité théorique et pratique de Droit International Public*, 1933, 189-190. *Répertoire de Droit International* (Lapradelle-Niboyet), VIII, 36.

no, sino para el hombre; Que el 16° artículo adicional de la Constitución norteamericana dispone “que ningún Estado [sc. región] privará a una persona cualquiera de la vida, la libertad y la propiedad sin los debidos requisitos jurídicos, y no denegará a nadie, en su jurisdicción, la igual protección de las leyes”; Que la Corte Suprema norteamericana ha decidido por unanimidad que de los términos de este artículo adicional resulta que se aplica, en la jurisdicción norteamericana, “a toda persona sin distinción de raza, color o nacionalidad y que la igual protección de las leyes es una garantía de la protección de leyes iguales”; Que, por otra parte, cierto número de tratados estipula el reconocimiento de los derechos del hombre; Que conviene extender al mundo entero el reconocimiento internacional de los derechos del hombre; Proclama: Art. 1°: Es deber de todos los Estados reconocer a todos los individuos derecho igual a la vida, a la libertad y a la propiedad y conceder a todos, en su territorio, plena y entera protección de este derecho, sin distinción de nacionalidad, sexo, raza, lengua o religión»¹⁶⁴. La enumeración de esos criterios de desigualdad no excluye, claro está, la posibilidad de otros motivos de desigualdad, según las circunstancias sociales y las concretamente políticas en cada Estado.

164 Art. 75 del tratado germano-polaco de 15 mayo de 1922, relativo a la Alta Silesia: «Les dispositions législatives et administratives ne peuvent établir aucun traitement différentiel à l'égard des ressortissants appartenant à une minorité». Cf. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, II (1929), 298-300; ROUSSEAU, «Protection des minorités et reconnaissance internationale des droits de l'homme», en *Rev. du dr. publ.*, 1930, 405 y sig. E. KAUFMANN cita (*Veröffentlichungen*, 3, 9) de un dictamen del Tribunal Permanente de La Haya (10 sep. 1923) este pasaje relativo al alcance del principio de igualdad con relación a los colonos alemanes en Polonia: «*There must be equality in fact as well as ostensible legal equality in the sense of the absence of discrimination in the words of the law*».

España

La Constitución y el principio de igualdad

El principio de igualdad aparece, en diversas formas, en los arts. 1º, 2º y 25 de la Constitución española de 1931. En el primer párrafo del art. 1º se califica el régimen que se trata de implantar en España de republicano democrático y se añade que la organización del Estado se basa en la libertad y en la justicia. Tenemos, pues, la igualdad que suele inspirar en una u otra forma los idearios democráticos, y la igualdad proporcional o relativa que inside en el concepto de justicia. Los demás principios consignados en la Constitución se derivan de este párrafo primero, a cuyo contenido se refiere el art. 2º, donde se declara que «todos los españoles son iguales ante la ley».

Aunque el propósito o la intención de los que declaran las normas no sea de decisiva relevancia para su eficacia en la integración política, conviene investigar cuál es el significado que atribuyen a ciertos enunciados generales, en especial cuando coexisten o pueden coexistir varias interpretaciones en el espacio y en el tiempo¹⁶⁵.

165 Si bien no nos adherimos incondicionalmente a la teoría objetiva de interpretación (Binding, Kohler, Wach y casi todos los tratadistas de habla inglesa), tampoco creemos sea suficiente la doctrina subjetiva o histórica para discernir el significado de las normas políticas. Contra el claro sentido de una cláusula normativa, no puede prevalecer un criterio histórico y para interpretar una norma hemos de recurrir ante todo a su relación lógica con las demás normas afines, principalmente aquellas que forman parte de la misma declaración política. El método subjetivo es de por sí ineficaz porque ni basta para explicar todo el contenido de las normas ni parece posible determinar satisfactoriamente el verdadero propósito del que las declaró. Esta dificultad se agrava cuando en la formación de una norma han colaborado diversas personas y más aún si esas personas eran de diferente ideología y el resultado de las discrepancias ha sido un compromiso o si no se conocen en detalle todas las negociaciones a que dio lugar la formación de la norma y las fases de su elaboración. Por este motivo no creemos suficiente el procedimiento que sigue F. D. de Arcaya en sus notas a los artículos de la ley del Tribunal de Garantías Constitucionales. (Tribunal, *passim*.)

Figuran, desde luego, los dos primeros artículos de la Constitución en un título preliminar bajo el epígrafe «disposiciones generales». Ese título contiene definiciones, enunciados fundamentales, momentos esenciales de la integración, y en él ocupan lugar prominente las declaraciones relativas a la igualdad, que se consignan también en el primer artículo del título dedicado a los «derechos y deberes de los españoles», cuyo primer capítulo enuncia «garantías individuales y políticas»¹⁶⁶. En este art. 25 se excluyen como criterios posibles de desigualdad «la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas y las creencias religiosas» y se anuncia que «el Estado no reconoce distinciones y títulos nobiliarios».

El diputado Prof. Jiménez de Asúa, presidente de la Comisión de Constitución, indica que la Comisión quiso establecer en el título preliminar «principios básicos» y añade que en el art. 2º «se consagra la igualdad de todos los ciudadanos». No parece que atribuya el art. 25 significado distinto al del art. 2º, pues al tratar de la discusión del articulado de la Constitución, escribe con referencia al título 3º que «se agruparon sus artículos para debatirlos por orden de homogeneidad y dificultades» y añade: «Discutióse primero lo tocante a los derechos de igualdad, libertad, etc»¹⁶⁷. Traza luego un «perfil de conjunto» de la Constitución¹⁶⁸ y

166 V., sobre los derechos individuales en general, A. G. POSADA, *Tratado de Derecho Político*, 1929, II, lib. 4º: «Los derechos de la personalidad en el Derecho Constitucional», 369-405; *El régimen constitucional, esencia y forma, principios y técnica*, 1930, cap. 3º: «La evolución del régimen constitucional y las Declaraciones de Derechos», 35-79; *La reforma constitucional*, 1931, cap. 4º: «Los derechos y deberes fundamentales de la personalidad y de la ciudadanía», 78-103, y las «Bases para la Constitución política de España» correspondientes, 215 y sig. Cf., además, L. SAN MARTÍN LOSADA, *Los derechos individuales y las Cortes*, 1929; con referencia a la Constitución española de 1931: RUIZ DEL CASTILLO, *Derecho Político*, 168-299, el comentario de los artículos correspondientes en PÉREZ SERRANO, *Constitución*, y JIMÉNEZ DE ASÚA, *Proceso histórico*, y un artículo de A. METALL en *Die Justiz*, VII, fasc. 5 y 6.

167 *Proceso histórico*, 87.

168 *Ib.*, 94 y sig.

repite, refiriéndose al título 3º: «En la parte dogmática [sc. de principios y normas materiales a que deben sujetarse las decisiones de los órganos del Estado] se reconocen, como en el dictamen [de la Comisión parlamentaria], los sólitos derechos de igualdad y libertad, pero la igualdad de sexo se proclama de modo absoluto, y no sólo en principio, como en el proyecto»¹⁶⁹.

En el discurso con que el presidente de la Comisión de Constitución inició el debate parlamentario, formuló, desde su peculiar punto de vista doctrinal, algunas manifestaciones que pueden servir para dilucidar el alcance de esos artículos constitucionales, el grado de efectividad que se quería darles:

Lo que pretendemos es que no sean declamaciones, sino verdaderas declaraciones, y por ello no basta con ensanchar los derechos, sino que les damos garantías seguras: de una parte, la regulación concreta y normativa; de otra, los recursos de amparo y las jurisdicciones propias para poderlos hacer eficaces. Esto es lo que tratamos de hacer: ensanchar este territorio, que ya no es tal parte dogmática, que ya no es, como era antaño, una ley secundaria y garantizadora, una declaración de derechos sagrados en aquella tesis, arrumbada al fin, del concepto supraestatal de los derechos del hombre, que provenían de un derecho natural hundido para siempre. Es preciso dar garantías a los ciudadanos contra ataques del Poder Ejecutivo, y estas garantías se hallan en nuestra Constitución¹⁷⁰.

Pudiera creerse, en virtud de estas frases, que el Prof. Jiménez de Asúa entendía que las garantías eran sólo procedentes o necesarias frente al «Poder Ejecutivo», excluyendo a los órganos de la legislación, y este juicio se vería confirmado por la paráfrasis del pasaje transcrito del discurso, que se incluye en el libro *Proceso histórico de la Constitución de la Repúbli-*

169 Ib., 99.

170 Diario de Sesiones, 646a.

ca Española, en que el citado profesor reproduce la «explicación del proyecto» de Constitución con «aumento considerable de sus párrafos» (del discurso de 27 de agosto de 1931), «utilizando todos los datos» y donde, en lugar del último periodo del pasaje citado, se lee: «Es preciso ofrecer garantías a los ciudadanos contra los ataques del Poder Ejecutivo y hasta del judicial, y estas garantías se hallan en el Proyecto de Constitución que traemos a las Cortes»¹⁷¹.

Pero, por otra parte, en el mismo libro y en un pasaje que corresponde, en substancia, a otro párrafo de su discurso, escribe el Prof. Jiménez de Asúa que es el Parlamento quien tiene limitadas sus competencias por la Declaración de Derechos: «En suma, hoy, más que “parte dogmática”, ha de denominarse “parte sustantiva”, porque han de ser llevados a ese área todos aquellos derechos y aspiraciones programáticas que los pueblos reclaman y ansían, en forma normativa y eficaz. Colocados en la Carta constitucional, no sólo asumen la legalidad corriente a merced de las veleidades de un Parlamento, sino la superlegalidad de una Constitución, defendida por su rigidez»¹⁷².

Esta desconfianza hacia los Parlamentos futuros se expresa, reiteradamente, en otro pasaje del mismo discurso¹⁷³, que consta, en los términos siguientes, en el libro mencionado: «Ahí están, en nuestro texto, esos artículos de contenido nuevo [constitucionalizando ciertos principios], para que un Parlamento veleidoso, el día de mañana, no pueda, contra los principios y conquistas que el pueblo ansía, vulnerar los deseos populares que están expresamente exigidos y que esta Cámara debe recoger»¹⁷⁴.

171 *Proceso histórico*, 65.

172 *Diario de Sesiones*, 643b.

173 *Ib.*, 644a.

174 *Proceso histórico*, 52. Ya hemos visto que, conceptualmente, el reconocimiento de derechos individuales deriva de un juicio valorativo de la posición del individuo en la colectividad y por eso constituye entonces su declaración un momento esencial en la estructura de la integración. Cuando en un régimen constitucional de protección al individuo y a las minorías, un órgano del Estado, sea cual fuere el motivo, actúa con violación de las

El rango preferente de las Declaraciones de Derechos en el sistema de normas no constituye novedad en la tradición española.

En el «proyecto de Constitución federal española» de 1833 se enumeraban los derechos individuales en el art. 2º: «La Federación española consagra y garantiza la inviolabilidad del derecho humano en todas sus manifestaciones, y en su consecuencia..., la igualdad ante la ley...». El art. 5º decía: «Ni el pueblo ni los poderes constituidos podrán atentar nunca contra los derechos consignados en el art. 2º». También en el proyecto de Constitución federal de 1873 se estatúa la primacía de los derechos individuales: «Título preliminar: Toda persona encuentra asegurados en la República, sin que ningún poder tenga facultades para cohibirlos, ni ley ninguna autoridad para mermarlos, todos los derechos naturales: ... 7º La igualdad ante la ley... Estos derechos son anteriores y superiores a toda legislación positiva».

Ya veremos más adelante el alcance de la garantía de las declaraciones de derechos que contenía el proyecto de Constitución. Basta por ahora hacer constar que se advirtió por uno de sus autores más conspicuos la necesidad de proteger sus disposiciones contra posibles desviaciones del órgano legislativo, no menos que contra las infracciones de los órganos gubernativos, administrativos y judiciales¹⁷⁵.

garantías individuales en el alcance que se les asignó en el sistema político, se verifica un acto de inordinación, revolucionario y desintegrador. Es instructivo, a este respecto, el episodio de la historia contemporánea de Méjico que relató R. Reyes en *El Sol* de 5 septiembre 1928, citado por C. RUIZ DEL CASTILLO, *Derecho Político*, 1872, nota 1.

175 Parece que el Prof. PÉREZ SERRANO coincide con nuestra apreciación respecto al alcance del art. 2º de la Constitución, pues aunque escribe (*Constitución*, 66) que «la idea de la igualdad ante la ley significa estrictamente que, ante los Tribunales y la Administración, no caben diferencias entre ciudadanos, sino que todos merecen el mismo trato», con lo cual expresa más bien que el art. 2º no se dirige a los titulares del órgano legislativo, añade: «pero el criterio (defendido, v. gr., por Anschütz al comentar el art. 109 de la Constitución alemana), de que la ley puede introducir o mantener derechos singulares o privilegiados, nos parece poco conforme con la esencia de una auténtica democracia», lo cual equivale a conceder que tal criterio se halla en contradicción con el principio constitucional de igualdad.

El art. 2º, que enuncia el principio de igualdad en forma expresa, ofrecía excelente oportunidad para precisar, en vista de los problemas que la declaración de ese principio, con la terminología usual, había presentado en otros países, el significado y el alcance que se entendía dar en la Constitución española al precepto fundamental de la proporcionalidad de los intereses individuales y su correlación con los colectivos.

Sin embargo, al deliberar las Cortes Constituyentes no se produjo una discusión en la que se reflejara la importancia del precepto enunciado en el art. 2º. Esta carencia es tanto más extraña cuanto en Alemania, a cuya Constitución se acudió frecuentemente en busca de orientación, los problemas que había suscitado el enunciado correspondiente estaban debatiéndose en amplias y profundas controversias doctrinales.

He aquí lo que consta en el Diario de Sesiones a propósito del artículo 2º, en concreto:

«Continuando la discusión y leído el artículo 2º por el Sr. Secretario (Ramos), que dice así: “Todos los españoles son iguales ante la ley”, dijo el Sr. Presidente: “No hay votos particulares ni enmiendas a este artículo. Tiene pedida la palabra en pro el Sr. Molina. (Pausa.)

»No hallándose presente el Sr. Diputado que tenía la palabra en pro y no habiéndose solicitado ningún turno en contra, ¿se aprueba el artículo? Queda aprobado»¹⁷⁶.

Lo mismo sucedió en Alemania, pero en 1919. Lo único que consta en la reseña parlamentaria es una manifestación del diputado Prof. Beyerle: «El artículo [109] trata de la igualdad ante la ley. Es un viejo principio que contenían todas las anteriores Declaraciones de Derechos»¹⁷⁷.

Es que, como hemos visto, ni en Alemania ni en España se inventó esta fórmula del principio de igualdad, tradicional en las doctrinas liberales y en las democráticas. En esas doctrinas ha de buscarse su significado. En el libro del Prof. Jiménez de Asúa ya citado se dice respecto al art. 2º:

176 Diario de Sesiones, 989b.

177 Cf. *Veröffentlichungen*, 3, 28.

«Este artículo [2º] —que no fue objeto de votos particulares, enmiendas ni discusiones— lo redactó la Comisión parlamentaria desglosando el párrafo 1º del art. 11 del Anteproyecto de los juristas y haciendo con él artículo propio, para colocarlo en el título preliminar como principio básico»¹⁷⁸.

Tampoco al discutirse al art. 25 se puntualizó el alcance del precepto que se expresa en su primer apartado. De las manifestaciones de los constituyentes se deduce que entendían era equivalente el contenido de los artículos 2º y 25. El diputado Sr. Azcárate defendió una enmienda que proponía la supresión del primer párrafo del art. 25¹⁷⁹ para «evitar una redundancia... puesto que el art. 2º dice que todos los españoles son iguales ante la ley, y ya en eso me parece que va, englobado, de manera total y definitiva este párrafo del art. 23 [del proyecto]. Por lo tanto, como en los preceptos constitucionales no sólo debemos evitar las redundancias, sino las repeticiones, que vienen a debilitar la rotundidad que debemos procurar tengan; puesto que al enumerar las que son objeto de diferencia podemos olvidar alguna, la enmienda creo que está justificada»¹⁸⁰.

Contestó al Sr. Azcárate, por la comisión, el Sr. Castrillo, quien reconoció que «este artículo redactado por la comisión es un desarrollo del principio democrático a que S. S. ha aludido... Cree la comisión que no se pierde nada con desarrollar este principio de tal manera que quede perfectamente recalcado que no constituyen privilegio jurídico el nacimiento, la clase social, la riqueza, etc.».

178 *Proceso histórico*, 112. Acerca del origen del título preliminar escribe el Prof. Jiménez de Asúa (39-40): «En realidad, el día 14 de ese mes [agosto de 1931] estaba finalizada la discusión del articulado, y destinamos el 15 y el 17 a ordenar el Proyecto y darle redacción definitiva. Entonces nació el Título preliminar, formado por siete artículos, en que se formulan las declaraciones generales: definición del Estado español republicano, igualdad, laicismo estatal, idioma, capitalidad, pacifismo e internacionalismo».

179 «No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas y las creencias religiosas».

180 Diario de Sesiones, 1284b. Firmaron, además, la enmienda los diputados J. Ortega y Gasset, Suárez Uriarte, B. Giner de los Ríos, Irazzo y González Uña (había dos firmas ilegibles).

El Sr. Azcárate insistió en su punto de vista y entonces el miembro de la comisión Sr. Castrillo indicó que se creía mejor mantener el párrafo «porque hay, indiscutiblemente, algún sector en la Cámara al que preocupa, de modo extraordinario, que no se desarrolle [el art. 2º] puntualizando aquellas razones que no puedan servir de ninguna manera de fundamento a una distinción o privilegio entre los ciudadanos». La enmienda quedó rechazada en votación ordinaria.

Resulta, pues, que si el artículo 25 no es más que un desarrollo del art. 2º¹⁸¹, el contenido de ambos tendrá el mismo valor político. Y como nadie pone en duda que el art. 25 obliga a todos los órganos constituidos, también se halla en el mismo caso el art. 2º. Claro es que, sistemáticamente, y supuesto que se considerara necesaria una especificación taxativa de algunos aspectos del art. 2º, su lugar era el mismo art. 2º. O que hubiera debido transferirse el texto del art. 2º al art. 25. Tiene su importancia constitucional, empero, el hecho que el principio general de igualdad se enuncie en el título preliminar, porque se confirma así su rango eminente, como uno de los «principios básicos» de la integración. La especificación de ciertos criterios posibles de desigualdad relativa, los más frecuentes, es una mera ejemplificación del gran principio consignado en los arts. 1º y 2º de la Constitución, el cual, a diferencia de otros derechos individuales, no se deja en su eficacia política a la regulación de una ley posterior, esto es, al arbitrio del órgano legislativo.

Coincide con este criterio el presidente de la Comisión de Constitución Prof. Jiménez de Asúa en su obra reciente *Código Penal reformado*, donde, al referirse al principio de igualdad, escribe: «Como principio general declara la Constitución en su art. 2º que “todos los españoles son iguales ante la ley” y, por ende, ante la ley penal. En desarrollo de esta disposición dice el art. 25 que “no podrán ser fundamento de privilegio

181 El Prof. PÉREZ SERRANO entiende que «el principio de la igualdad jurídica» del art. 25 «no coincide exactamente con aquel otro de la igualdad ante la ley, consignado en el art. 2º de la Constitución», pero no explica en qué consiste la supuesta diferencia. *Constitución*, 127.

jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas”»¹⁸².

A continuación admite el Prof. Jiménez de Asúa que el principio de igualdad obliga al órgano legislativo y que, por tanto, a él había de atenerse el «Código penal de la República»: «Queda, pues, proclamada la igualdad de todos ante la ley penal. Pero ello no puede ser óbice para que se determinen especiales normas sobre la responsabilidad del Jefe del Estado y de los Ministros; para que se reconozcan la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias¹⁸³, y para que se acepte el privilegio personal de Jueces y Magistrados»¹⁸⁴, como se estatuye en la Constitución o se deriva de su texto.

En la exposición de motivos, al explicar las «modificaciones impuestas por la nueva Constitución», se lee: «Otras mutilaciones y enmiendas en el texto del Código de 1870 han traído los nuevos rumbos democráticos e igualitarios de la Constitución republicana... no tenía puesto el duelo como delito privilegiado *honoris causa*. En consecuencia, se han suprimido los arts. 439 a 447, inclusive, del Código penal de 1870». Otra consecuencia de la igualdad estatuida por la Constitución, en la peculiar interpretación que encuentra en el Código penal, es «la abolición del famoso art. 438, en que se reconocía en favor del marido, en casos de uxoricidio o lesiones por causa de adulterio, una excusa absolutoria o una atenuación especialísima. Esta razón de igualdad de sexo nos ha llevado a radiar la llamada excusa absolutoria en favor del marido que descubre los secretos de su mujer, establecida en el viejo art. 512, § 3º, y que ya no figura en el nuevo art. 490»¹⁸⁵.

182 Pág. 40.

183 No sería fácil fundamentar políticamente esos privilegios de los titulares de un órgano de un Estado de régimen democrático. Según referencias de la Prensa, la Audiencia de Lérida ha elevado una consulta al Tribunal de Garantías acerca de la posible extensión de tales privilegios al titular de un órgano regional que alega le corresponden en virtud de una decisión del órgano legislativo de la región.

184 Ib. Cf. art. 222 del Código penal.

185 Código penal ref., 162-163.

En las Cortes Constituyentes no prevaleció un criterio uniforme de igualdad. El texto de la Constitución revela unas veces el propósito de extirpar desigualdades existentes y otras veces de reconocerlas o de establecer otras nuevas. Suprimen desigualdades los arts. 25 y 52, las reconocen los arts. 40 y 69, establecen nuevas desigualdades los arts. 44, 44, 45, 46, 47. En el art. 25 se declara que no serán fundamento de privilegio —y, por tanto, de postergación— «las creencias religiosas» y luego se establecen obligaciones y limitaciones de la capacidad política fundadas en ellas; en el art. 95 se estatuye que «no podrá establecerse fuero alguno por razón de las personas ni de los lugares» y el art. 56 condiciona la actuación de los tribunales ordinarios con trámites y circunstancias que constituyen un verdadero privilegio. El art. 52 instituye el sufragio igual, sin consideración a la idoneidad política, mientras que el art. 15 condiciona las modalidades de la división de competencias entre el Estado y las regiones a la «capacidad política» de éstas. La Constitución establece diferencias entre diversas clases de propiedad en los apartados 2º, 3º, 4º y 5º del art. 44. El mismo art. 1, que define a España «República democrática de trabajadores de toda clase» implica una contradicción: si es democrática se inspira en la igualdad; si se limita la calidad de miembro activo de la integración a los «trabajadores de toda clase», excluyendo a los demás individuos, desaparece la igualdad¹⁸⁶.

Estas vacilaciones en el criterio de diferenciación de los ciudadanos podrán dificultar la elucidación del espíritu de la Constitución a los efectos de su interpretación, pero desde luego no puede establecerse desigualdad ni en la legislación ni en la aplicación o ejecución de las normas en los casos en que la Constitución estatuye la igualdad, sin que se pueda alegar como pretexto que no se han declarado todavía preceptos concretos dentro de la distribución de competencias entre los órganos constituidos. Se

186 Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, la tendencia espiritual de algunos de los que propugnaron la inclusión de ese enunciado en la Constitución: «Ἔργον δ' οὐδὲν ὄνειδος, ἀεργίη δὲ τ' ὄνειδος [El trabajo no es ninguna vergüenza; la inactividad es una deshonra]» cantó Hesíodo.

presentan actualmente casos en que se invoca la Constitución sin que los titulares de los órganos encargados de su ejecución se crean obligados directamente a atenerse a sus normas¹⁸⁷.

Debido a la falta de costumbre idónea, se declaran decisiones que están en contradicción con el sistema integrador que se instituyó en la Constitución de 1931. Una de esas disposiciones inconstitucionales, interesante porque acusa con rara ingenuidad el error de los titulares del órgano constituido, es un acuerdo de la Dirección General de la Deuda y Clases Pasivas de 30 agosto de 1933¹⁸⁸ relativo a la pensión de una hija «ilegítima» de un funcionario del Estado. Solicitó la interesada, aunque con deficiente argumentación jurídica, que se le concediera la misma cuantía de pensión que disfrutaban otras dos hermanas, hijas «legítimas» del funcionario fallecido, invocando «disposiciones vigentes», sin precisar ninguna. La Dirección General entiende que el art. 43 de la Constitución (los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él) sólo se refiere a las relaciones entre los padres y los hijos, y que esa norma constitucional «no supone, por el momento y para el caso actual, base legal suficiente para una reclamación como la planteada», y añade a continuación: «toda vez que la Constitución sólo establece principios y garantías a que han de sujetarse las leyes del país y son precisamente éstas, una vez dictadas, las que regulan los hechos prácticos, dando normas precisas para su pertinente aplicación a la vida». Aparte de que este criterio tendría por resultado que la eficacia de la Constitución quedaría supeditada a la ejecución circunstancial que cada órgano constituido quisiera dar a sus principios, no tuvo en cuenta la Dirección General citada que al referirse la Constitución en el art. 43 a los deberes de los padres para con los hijos declara que «el Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución» y que en el párrafo 5º del mismo artículo prohíbe hasta la men-

187 V. supra, «Eficacia del principio de igualdad».

188 Gaceta del 2 de septiembre de 1933, pág. 1474b-c.

ción de los calificativos «legítimo» o «ilegítimo» para indicar la filiación. Este artículo, en unión del 25 y del 2º, imponía a la Dirección General una decisión de acuerdo con lo solicitado en la instancia de la hija que aquella Dirección insiste en denominar «ilegítima» a pesar de la prohibición constitucional.

***Garantía judicial del principio de igualdad;
competencia del Tribunal de Garantías Constitucionales***

En lo que respecta a la garantía de constitucionalidad de las decisiones legislativas, el texto del art. 29 de la ley del Tribunal de Garantías armoniza perfectamente con el texto del art. 121 de la Constitución y con las declaraciones de los miembros de la Comisión de Constitución. He aquí la parte pertinente del art. 29: «Será inconstitucional una ley, en la totalidad o en parte de sus disposiciones: a) Cuando infringe un precepto de la Constitución de la República...».

En el Anteproyecto de ley del Tribunal de Garantías¹⁸⁹ redactado por la Subcomisión correspondiente de la Comisión Jurídica Asesora se decía: «Se entenderá que una ley es inconstitucional, en la totalidad o en parte de sus disposiciones: a) Cuando infrinja o contradiga las normas establecidas o los principios consagrados en la Constitución de la República». El autor de esta parte del Anteproyecto y de la exposición de motivos que lo precede, profesor Pérez Serrano, explica que con estos términos quedaba «admitida la posibilidad del recurso con la amplitud impuesta por la Constitución». En efecto, si el calificativo «inconstitucional» tiene algún valor político, habrá de significar todo lo que se opone a la Constitución, a su letra y al espíritu del que la letra sólo puede ser, en el caso más favorable, expresión incompleta.

189 Anteproyectos de ley e informes presentados al Gobierno por la Comisión Jurídica Asesora, 1933, 94a. Acerca de los precedentes españoles de la «superlegalidad» de la Constitución cf. POSADA, *Constitution*, cap. 16, págs. 211-218.

El voto particular del vocal de la Comisión Jurídica Asesora don Miguel Cuevas al título tercero del Anteproyecto, según las consideraciones que expuso para fundamentarlo, quería impedir «la anulación de la norma parlamentaria por motivos de contenido político». Pero en cuanto al principio de igualdad, el texto propuesto por el señor Cuevas no difiere en su transcendencia del redactado por el presidente de la Subcomisión. «Se entenderá que los actos y disposiciones... son inconstitucionales... 2º Cuando su contenido infrinja o contradiga el de los artículos de la Constitución... a)... cuando la aplicación... implique contradicción o infracción del texto de algún artículo constitucional». No impediría, pues, el voto particular del señor Cuevas que se declarara inconstitucional una ley que contradijera o infringiera el art. 2º de la Constitución¹⁹⁰.

También en las Cortes se trató de alcanzar el resultado que probablemente se proponía el señor Cuevas en la Subcomisión, aunque con su texto no lograra expresar el pensamiento que anima la explicación en que lo fundamenta. No tuvieron mejor fortuna los diputados que quisieron, pasado ya el periodo constituyente, mermar la competencia atribuida al Tribunal de Garantías por el artículo 121 de la Constitución. Y es que no cabía borrar ya de la Constitución la letra a) de dicho artículo. Podían las Cortes glosar, explicar el significado del término «inconstitucionalidad», lo que no podían hacer es subvertir el significado de la Constitución y declarar constitucional lo inconstitucional.

La gravedad del problema estriba en que, en los regímenes parlamentarios, la declaración de ciertos derechos individuales en la Constitución significa, en la práctica política, una garantía protectora de las minorías. Esta garantía está supeditada, por regla general, en la Constitución, al arbitrio del órgano legislativo.

No hay más que una garantía que puede sustraerse a la arbitrariedad del Parlamento: la de la igualdad. La libertad de «conciencia» del art. 27 está condicionada por «el respeto debido a las exigencias de la moral pú-

190 Anteproyectos, etc., 127ª y sig.

blica», las cuales pueden formularse por varios órganos constituidos; la detención y la prisión, la libre circulación, la inviolabilidad del domicilio, la de la correspondencia, la suspensión de periódicos dependen de una decisión judicial que puede imponerse por medio de leyes sustantivas y de procedimiento. No sólo están condicionados todos los derechos reconocidos en el tít. 3º a las leyes que se promulguen en lo sucesivo, sino que puede suspenderse el ejercicio de los consignados en los arts. 29, 31, 34, 38 y 39. Únicamente el art. 2º con el art. 25 y el art. 28 en su primer párrafo consignan garantías específicas sustraídas a la competencia general del órgano legislativo ordinario.

La redacción definitiva del art. 29 de la ley del Tribunal de Garantías procede de una enmienda del diputado Prof. Recasens Siches, que sustituyó el vocablo «texto» del dictamen por el término «precepto»¹⁹¹. El propósito perseguido con esta sustitución lo explicó el primer firmante de la enmienda diciendo que un tribunal de justicia no podía «nunca, en ningún caso, sin poner en grave peligro la vida del Estado, decidir en la interpretación de principios políticos que han sido lanzados como vaga orientación en un texto constitucional, pero que no han plasmado en auténticos preceptos de Derecho. Tales principios son la expresión de un buen deseo del legislador, de una directiva de carácter general; pero no de un precepto jurídico obligatorio».

Estas manifestaciones, que podrían relegar las declaraciones de principios en la Constitución a la categoría de «declamaciones», lo que precisa-

191 Apéndice 1º al núm. 345 del Diario de Sesiones. Firmaron, además, la enmienda los diputados Iranzo, Fernández Castillejo, M. Maura, Rico Avello, Suárez Uriarte y Aramburu. Cf. el texto del voto particular del diputado Sr. Elola (apéndice 1º al núm. 346 del Diario de Sesiones): «Se entenderá que una ley, decreto, tratado internacional, reglamento o acto parlamentario o gubernamental son inconstitucionales en todo o en parte de su contenido: a) Cuando infrinja, contravenga o desconozca las normas establecidas o principios consagrados en la Constitución del Estado o en una ley de carácter constitucional u orgánica de la Nación que sea reguladora de competencias políticas o administrativas de las regiones autónomas, o en convenios internacionales de los indicados en el art. 65 de la Constitución de la República española».

mente querían evitar los constituyentes, las acompañaba el Prof. Recasens Siches con dos ejemplos: el Tribunal de Garantías «podría declarar inconstitucional una ley en la que se estableciesen privilegios o diferencias de capacidad jurídica por razón del sexo, porque eso violaría el art. 25 de la Constitución, en el cual categóricamente se determina la equiparación jurídica de los sexos». Pero no podría declarar inconstitucional una ley porque no se ajustara con toda plenitud al «principio democrático formulado en el art. 1º de la Constitución, al decir que España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de libertad y justicia»¹⁹², porque se trata, a juicio del Prof. Recasens, de un «principio político, mediante el cual se enuncia solemnemente el espíritu común que anima a todos los demás preceptos constitucionales; pero esto no es un principio de carácter jurídico cuya aplicación se pueda solicitar ante los Tribunales de Justicia».

En este caso cree el Prof. Recasens que los Tribunales «no declararían el derecho preestablecido, sino que decidirían políticamente en materia sobre la cual no se ha pronunciado todavía el órgano llamado a ordenar en materia política, es decir, dentro de nuestro régimen, el órgano parlamentario»¹⁹³.

192 V. supra, «Contraste judicial de la observancia de los principios fundamentales».

193 V. acerca de la diferencia entre «política» y «derecho», supra, «Diferenciación entre política y justicia». Ya ha alcanzado estado parlamentario la cuestión de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un decreto en relación con el art. 1º de la Constitución. En la sesión del Congreso de 31 enero de 1934, el diputado señor Aizpún, refiriéndose a las «comisiones gestoras» dijo: «Respecto al problema general de la sustitución de las Gestoras, yo dudo mucho que los decretos del Gobierno sean estrictamente constitucionales. Porque así como el primitivo decreto de abril del año 1931, que creaba las Comisiones gestoras, parecía que sí, que podía decretarse libremente, porque aquel Gobierno provisional asumía en sí todos los Poderes, hoy los actos del Gobierno, y las mismas resoluciones de las Cortes tienen un tope, que es la Constitución. Y la Constitución dice en su art. 1º que España se constituye en una República democrática, y que todos los órganos del Estado emanan [sic] del pueblo. Y a mí no se me alcanza cómo pueden fácilmente cohonestarse estos principios constitucionales con que las Comisiones gestoras sean del puro y libre arbitrio del Gobierno». Extracto Oficial, núm. 31, 2b.

Respecto al principio de igualdad, en que incide, desde el punto de vista jurídico, el más importante de los derechos individuales, no diferimos del Prof. Recasens, pues él admite que habría «inconstitucionalidad material o de contenido» si una ley «contuviese determinaciones que significasen la negación flagrante de preceptos contenidos en la Carta constitucional, de unos derechos individuales, de ciertos derechos del trabajo»¹⁹⁴. Por lo demás, si el Prof. Recasens quiere efectivamente «asegurar eficiencia práctica a la inviolabilidad real y efectiva de las normas constitucionales»¹⁹⁵ será preciso afirmar de antemano, como él reconoce, que «el orden jurídico... no está formado por una balumba inconexa de preceptos de distinta índole, sino que constituye un todo organizado; es decir, un sistema, en el cual las diversas clases de preceptos jurídicos se engarzan, se enlazan unos a otros en pisos de diverso rango, apoyándose unos en otros; quiérase o no, dígame o no expresamente en los textos o en los usos constitucionales, hay siempre unas normas de carácter fundamental, que son las que otorgan validez a todo el sistema; las normas constitucionales en sentido estricto»¹⁹⁶.

194 Diario de Sesiones, 13048b.

195 Ib., 13045b.

196 Ib., 13045b. V. Estado y Derecho, en *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio*, 1931. Tirada aparte, 29-32. El método de solución de un caso político concreto no puede prescindir de los principios generales, no ya jurídicos (normativos) sino filosóficos. «Cada jurista tiene su filosofía del derecho», decía STAMMLER (cf. *Veröffentlichungen* 3, apud TRIEPEL, 51), y HAURIUO añadía que «en todo pleito de medianería hay algo de metafísica» (cf. G. GURVICH, *L'idée du droit social*, 1932, 649). La idea de que el sistema de normas forma una jerarquía de mayor a menor, hasta el punto de que de una supuesta norma última y suprema proceden todas las demás y que la validez de cada una de las derivadas depende de la vigencia de la anterior y superior, idea que suele atribuirse a A. MERKL (*Das Recht im Lichte seiner Anwendung*, 1917, y *Die Lehre von der Rechtskraft*, 1925), no es nada nueva. He aquí cómo la expone J. BODIN en *Les six livres de la République*, I, 9: «*Tout ainsi que les contrats et testaments des particuliers ne peuvent déroger aux ordonnances des magistrats, ni les édicts des magistrats aux coutumes, ni les coutumes aux lois générales d'un prince souverain: aussi les lois des princes souverains ne peuvent altérer ni changer les lois de Dieu et de nature* [Y así como los contratos y los testamentos de los particulares no pueden derogar las ordenanzas

No sería compatible con la doctrina del Prof. Recasens una tesis que pretendiera que en la realización del derecho se podrían disgregar las normas concretas de las generales y éstas de los principios que las inspiran¹⁹⁷. El diputado Sr. Gastrillo, de la Comisión de Constitución, decía tratando de contestar a una atinada intervención del diputado Prof. Royo Villanova al discutirse la institución del Tribunal de Garantías: «El problema, señores diputados, digámoslo clara y sintéticamente, es este otro: aquí se ha votado una Constitución; en esta Constitución hay normas genéricas

de los magistrados, ni los edictos de los magistrados a las costumbres, ni las costumbres a las leyes generales de un príncipe soberano, así tampoco las leyes de los príncipes soberanos pueden alterar o cambiar las leyes de Dios y de la naturaleza]. En la realidad, no existe en ningún Estado esa jerarquía rígida de normas, entre otras razones, porque en el sistema de normas se inmiscuye la costumbre y crea un conjunto de modalidades de convivencia, del cual las normas no son más que uno de los factores.

197 En el curso de la discusión de la ley del Tribunal de Garantías, el Prof. Recasens Siches, en una interrupción, reprodujo la tan repetida disyunción entre la «política» y la «justicia» o el «derecho», diciendo: «entiendo que un Tribunal no puede, no debe decidir sobre materia política». «Los principios», añadió, «las declaraciones programáticas [que la mayoría de las Constituyentes quiso a su tiempo que fueran de valor efectivo en la integración] son la trayectoria o directriz que el legislador constituyente pretende legar para los legisladores futuros; pero han de ser interpretados políticamente, rellenos con contenido político. Cuando un legislador futuro aplica una trayectoria o una directriz programática de la Constitución en la elaboración de una ley, no aplica un derecho, sino que interpreta, transforma en carne viva de legislación lo que no era más que un principio político, y eso nunca, nunca puede ser función judicial, sea cual fuere el modo como cada cual piense que ha de estar constituido el futuro Tribunal de Garantías Constitucionales en la República española y si han de preponderar en él elementos retardatarios o progresivos». (D. de S., 13117b). V., acerca de tales contradicciones, no infrecuentes, del criterio filosófico con el político, KELSEN, 1. c. supra («La igualdad en las Constituciones modernas»), 8 y s. También el diputado Sr. Ossorio y Gallardo se congratulaba de que no se llevaran al Tribunal de Garantías «no ya el texto explícito, categórico, de la Constitución, sino también sus principios dogmáticos, sus orientaciones, sus concepciones doctrinales», porque de otro modo «no hay que ponderar hasta qué extremos llegaría el barullo de estos litigios y cuán en entredicho quedarían todas las manifestaciones del Derecho español». (D. de S., 13109b.) Como si el «Derecho» debiera estar, de modo ineludible, únicamente formado por las decisiones del Parlamento.

y normas específicas; el Poder legislativo —otras Cortes que no sean esta Cámara Constituyente, que está haciendo una superley—, va a votar distintas leyes; puede votar una ley contraria al espíritu de la Constitución, y si una Cámara ultraizquierdista o ultraderechista vota una ley contraria al espíritu de la Constitución, ¿qué ocurre? Pues ocurre, sencillamente, un conflicto, y este conflicto es el que tiene que resolver, según el Sr. Royo Villanova, el juez, y según nosotros, el Alto Tribunal de Garantías Constitucionales. Este es, reducido a sus términos más simples, el problema que plantea el dictamen»¹⁹⁸.

El diputado Prof. Ruiz-Funes había precisado, en nombre de la Comisión de Constitución, después del debate de totalidad sobre el título preliminar y el título primero, el valor político que se había querido dar a las declaraciones de principios:

La Comisión ha tratado, al construir una norma jurídica positiva, como es toda Constitución, de fijar en ésta esencialmente aquellas realidades españolas que se imponían y unas normas que se dictaban, en primer lugar, para España. Y, en este sentido, ha surgido este título preliminar, en el cual hay una disposición de principio más allá de la parte orgánica y de la parte dogmática de la Constitución; disposición de principio que, si no tuviera otras, tendría, fundamentalmente, la eficacia de que, creando el proyecto un Tribunal de Garantías Constitucionales, en todo momento interesa que haya unas normas fundamentales a que ceñir la actuación de ese Tribunal; principios fundamentales, además, que sintetizan en otras tantas normas estas afirmaciones: la República española es una República democrática, es una República laica, es una República fundada en la igualdad, es una República que rechaza la guerra como medio de política nacional, y es una República que acepta las normas del Derecho de gentes como leyes propias¹⁹⁹.

198 Diario de Sesiones, 2668b-2669a.

199 Ib., 881b-882a.

El Prof. Ruiz-Funes explicó también en el mismo discurso uno de los aspectos fundamentales del principio de igualdad con singular acierto doctrinal: «... Pero este principio de igualdad representaba algo más: representaba y llevaba latente la afirmación de la libertad. Todos los ciudadanos son iguales porque todos los ciudadanos son libres. En el momento en que se constriña o se limite la libertad de unos ciudadanos frente a otros, haréis dos categorías de ciudadanos: los ciudadanos a quienes se permite ser libres y los ciudadanos a quienes se impide esta libertad; habréis hecho ya ciudadanos desiguales»²⁰⁰.

No cabe afirmar, como ya hemos tenido ocasión de exponer²⁰¹, que la subsunción de casos concretos en una norma general sea labor conceptual ajena a la función judicial. Bien al contrario, esta clase de subsunción es frecuentísima en las decisiones de los tribunales. ¿Hacen otra cosa los funcionarios judiciales cuando deciden casos no regulados o insuficientemente comprendidos en una ley? ¿No los resuelven aplicando la costumbre «y, en su defecto, los principios generales del derecho»? ¿No estatuye el primer apartado del art. 6º del Código civil que «el Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad»? ¿No se ha demostrado ya que, conceptualmente, la labor del juez, como la de los órganos gubernativos, no difiere de la del legislador, pues todos crean, ejecutan, aplican, interpretan, complementan y suplen normas políticas?

No exceptuó el Prof. Ruiz-Funes, al discutirse la Constitución, de la garantía judicial ninguno de los principios consignados en el título preliminar, ni es insólito que se establezca un contraste judicial de la observancia de tales principios fundamentales²⁰².

Cuando se aprobaron en las Cortes Constituyentes el título preliminar y el título tercero de la Constitución, donde se establecen principios ge-

200 Diario de Sesiones, 882a.

201 V. supra, «Diferenciación entre política y justicia».

202 V. supra, Contraste judicial de la observancia de los principios fundamentales.

nerales relativos a los derechos individuales, no estaba en la intención de los autores del proyecto atribuir al Tribunal de Garantías la competencia de declarar la constitucionalidad de las leyes. En varios pasajes del instructivo libro del presidente de la Comisión de Constitución, diputado Prof. Jiménez de Asúa, se declara claramente el punto de vista de la Comisión: «Nosotros no hemos llegado a considerar a este Tribunal como capaz de declarar la inconstitucionalidad de las leyes; el art. 118 conserva la soberanía del Parlamento; pero podrá denunciarse por el Tribunal, al Presidente, la inconstitucionalidad de una ley, y éste traerla a la Cámara para ceñirse a lo que ella determine o acudir al referéndum»²⁰³.

Lo que la Comisión de Constitución entendió que debía prevalecer es, en efecto, la «soberanía» del Parlamento, ya que la posibilidad de un veto del cuerpo de ciudadanos, en España, a instancia del presidente de la República —es decir, del gobierno, ya que todos los actos del presidente necesitan del refrendo, contra una ley aprobada por la mayoría del Parlamento, unicameral, con la participación del consejo de ministros y del presidente de la República, quienes, en caso de disconformidad, hubieran podido disolver las Cortes— es apenas concebible. Esa garantía habría sido, probablemente, nula en la práctica. El reconocimiento, en el sistema político del proyecto de Constitución, del cuerpo de ciudadanos como órgano con competencia para declarar directamente decisiones concretas era tanto más extraño cuanto no se le concedía en el proyecto ninguna otra intervención directa en la gestión de los intereses colectivos. El Prof. Jiménez de Asúa escribe respecto al art. 66 de la Constitución, que instituye una modalidad del veto y una iniciativa restringida del cuerpo de ciudadanos: «No disimulo mi antipatía a estas formas de democracia directa que han originado arrepentimiento en cuantos países las establecieron. No puedo olvidar que en Suiza fue el referéndum quien restableció la pena de muerte y quien ha impedido el avance de las leyes sociales. Además su costo es exorbitante. Por desdicha estos argumentos no fueron

203 *Proceso histórico*, 75, 83-84.

esgrimidos en la Cámara, que se deja llevar en demasía por el sonido radical de ciertas frases»²⁰⁴.

Así fueron aprobándose las declaraciones de principios y derechos que figuran en la Constitución, las cuales, aunque se quería obligaran en principio a todos los órganos constituidos, estaban sólo garantizadas contra el abuso de la competencia de los órganos gubernativos y judiciales, pero no eficazmente contra las desviaciones del órgano legislativo. Sucedió después que, mientras se rechazaban todas las iniciativas de establecer un sistema parlamentario bicameral, para dejar al Congreso exclusivamente la competencia legislativa, al discutirse lo relativo al Tribunal de Garantías no se tuvo en cuenta la verdadera naturaleza de la labor realizada en el título preliminar y en el título tercero de la Constitución y, sin comprender exactamente la trascendencia de lo que se estaba haciendo, se introdujo el contraste judicial puro de la constitucionalidad de las leyes y, por tanto, el contraste de las decisiones legislativas a base del texto constitucional²⁰⁵.

La mayoría de las Constituyentes incurrió en contradicción con lo que había establecido en la primera parte de la Constitución y, principalmente, en el art. 51, que atribuye al Congreso la competencia legislativa. La contradicción adquiere carácter de agravante técnica en el contenido del art. 124 de la Constitución, que atribuye a la competencia legislativa la determinación de «las inmunidades y prerrogativas de los miembros del Tribunal [de

204 *Proceso histórico*, 345-346. Cf. el discurso del Prof. SÁNCHEZ ROMÁN (D. de S., 13095a), donde manifiesta con referencia al proyecto de Constitución en este particular: «¿Tiene esto algo de parecido con el recurso de inconstitucionalidad? Evidentemente, no, sobre todo con el recurso de inconstitucionalidad que hoy aparece estructurado en el proyecto [sc. en la Constitución]».

205 Respecto a la desorientación de la mayoría de las Constituyentes nos informa el Prof. SÁNCHEZ ROMÁN: «Esto [lo sucedido cuando la discusión del art. 121 de la Constitución] revelaba que el criterio político de las Cortes Constituyentes no estaba muy definido en punto tan trascendental, y que entró la institución, digámoslo con serenidad, pero, en fin, con valentía también, en las horas fatigosísimas de los debates finales de aquel esfuerzo parlamentario que hicieron las Constituyentes. Pero es que esta falta de criterio se hace específica precisamente cuando se trata del recurso de inconstitucionalidad». (Diario de Sesiones, 13095a.)

Garantías] y la extensión y efectos de los recursos a que se refiere el art. 121», pues deja, hasta cierto punto, a merced del órgano contrastado el ordenado funcionamiento del órgano contrastador. El lapsus técnico es más sensible cuando se somete el reglamento del órgano judicial contrastador de la constitucionalidad de las leyes a la aprobación del consejo de ministros²⁰⁶.

Y, sin embargo, no parecía necesario que se mermara de antemano la eficacia de la gestión del órgano judicial contrastador para salvaguardar la primacía del Parlamento, pues en la Constitución se ha evitado establecer un órgano con competencias supremas exclusivas. El cuerpo de ciudadanos puede oponer el veto a las leyes, con las excepciones consignadas en el art. 66 de la Constitución, el presidente de la República puede devolver, acompañada de un mensaje motivado, una decisión legislativa del Parlamento no calificada de urgente, que no habrá de promulgar después si no es de nuevo aprobada por mayoría de dos tercios; el Tribunal Supremo y el presidente de la República pueden dejar sin efecto las leyes en casos particulares por medio de indulto²⁰⁷.

El propósito de limitar taxativamente todas las competencias ha tenido la consecuencia, no insólita, por cierto, de imponer trabas a los mismos órganos constituyentes futuros, los cuales, según el art. 125, habrían de circunscribir su deliberación y resolución a la reforma de los artículos que les hubiera designado previamente el Congreso anterior, lo cual nos proporcionaría el espectáculo de un órgano constituido que limita la competencia del órgano constituyente.

Aunque, según el art. 1, los poderes de todos los órganos del Estado emanan del pueblo, el cuerpo de ciudadanos carece de competencia de veto o modificación de la Constitución y de sus «leyes complementarias». Si el presidente de la República, con el consejo de ministros, puede di-

206 Cf. la tentativa de constitucionalización de las competencias del órgano judicial contrastador de la gestión legislativa en Austria; artículos de su Constitución transcritos en ARCAYA, 86 y sig. V. el decreto de 8 de dic. de 1933 y el «Reglamento del Tribunal de Garantías Constitucionales» (Gaceta del 9), en ARCAYA, 249 y sig.

207 POSADA, *Constitution*, 246-248.

solver el Congreso, éste puede imponer la dimisión o separación de los ministros, con arreglo a los arts. 82 y 64.

De ese intrincado entrecruzamiento de competencias, de ese elaborado sistema de trabas, equilibrio y fiscalización, descuella un órgano, el Tribunal de Garantías, que, por su naturaleza, ocuparía en la estructura constitucional una posición no menos predominante que la de aquel Senado que de acuerdo con la idea de Sieyès se había colocado en la cúspide de la pirámide política del año VIII. Bien es verdad que la eficacia de ese contraste judicial de la gestión legislativa parece un tanto problemática por las circunstancias en que se ha colocado al Tribunal de Garantías. El afán de las Cortes Constituyentes de rectificar la Constitución²⁰⁸ se manifiesta bien claro en la ley del Tribunal de Garantías y, especialmente, en la pretensión de que queden exceptuadas de la competencia constreñidora ciertas leyes no constitucionales votadas por aquellas Cortes, que, según opinión general, pueden ser modificadas sin más por decisiones legislativas ordinarias posteriores.

No puede preverse el rumbo de la evolución política en lo que concierne a la actuación del Tribunal de Garantías, pero del texto de la Constitución, de las declaraciones de conspicuos y autorizados constituyentes al discutirse la totalidad y los títulos preliminares y tercero (cap. 1º) de la Constitución, y del estudio de los sistemas políticos extranjeros de contraste judicial de la constitucionalidad de las leyes, hemos de deducir que el Tribunal de Garantías tiene la competencia de aplicar en el discernimiento de la constitucionalidad de las decisiones legislativas el criterio enunciado explícitamente en los arts. 2º y 25 de la Constitución. Negarle esta competencia equivaldría a afirmar que: 1º los principios generales de la Constitución son meras declamaciones en cuanto no obligan eficazmente al órgano legislativo, uno de los constituidos, aunque, como el del art. 2º, especificado en el art. 25, enuncien una norma expresa; 2º las

208 Una de las consecuencias del equívoco político de la identidad del órgano constituyente con un órgano constituido.

atribuciones del Tribunal de Garantías Constitucionales se determinan, no por el art. 121 de la Constitución, sino por la simple decisión del órgano legislativo que se halle ocasionalmente en vigencia; 3° el significado y alcance del art 29 de la ley actual del Tribunal de Garantías Constitucionales no debe elucidarse mediante interpretación lógica de su texto, sino a base de las opiniones limitativas manifestadas por ciertos diputados en el curso de la discusión parlamentaria de la ley referida de 24 de junio de 1933.

No es ésta la única competencia de libre discernimiento que la Constitución atribuye al Tribunal de Garantías. En el art. 19 se señala a ese Tribunal una competencia semejante²⁰⁹: la de elucidar si existe colisión de los intereses generales con los intereses de una región en materia que corresponda a la competencia legislativa regional. En caso afirmativo, el órgano legislativo del Estado podrá establecer «bases a que habrán de ajustarse las

209 Hay toda una categoría de funcionarios a quienes se atribuye también una competencia «discrecional»; aunque no con resultados ejecutivos directos; art. 104 de la Constitución: «El Ministerio Fiscal velará por el exacto cumplimiento de las leyes y por el interés social. Constituirá un solo Cuerpo y tendrá las mismas garantías de independencia que la Administración de Justicia». Este artículo, cuyo texto merece especial atención por más de un motivo, no existía en el proyecto de la Comisión y se debe a una enmienda del diputado Sr. Fernández Clérigo (los demás firmantes de la enmienda fueron los diputados Sres. Rico, Sánchez Albornoz, Mirasol Ruiz, Bello, Ansó y Serrano Batanero). Ni el diputado Prof. Jiménez de Asúa, que declaró haber aceptado la Comisión de enmienda, ni el Sr. Fernández Clérigo, que la defendió, se refirieron en sus manifestaciones a la competencia de «velar por el interés social». (Diario de Sesiones, 2480 y sig.) Más impreciso era aún el texto correspondiente en el anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora, art. 83: «El Ministerio Fiscal velará, ante los Tribunales, por el cumplimiento de las leyes, por el interés social y por la pureza de los procedimientos». V. los arts. 1° y 2° del Estatuto del Ministerio Fiscal y el art. 838 de la Ley Orgánica del Poder judicial. Cf. GOYET, *Le ministère public*, 1926, 16 y sig., 214 y sig.; E. CARSTEN, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, 1932; YAMAOKA, *Staatsanwaltschaft*, 1909, 10 (también en el Japón se ha adoptado el sistema francés). Los antecedentes españoles del ministerio fiscal están expuestos brevemente en la referencia correspondiente de la Enciclopedia Seix, XVI, 435a y sig. V. también, sobre la «organización judicial en España», BECEÑA, *Magistratura*, 299, 415.

disposiciones legislativas de las regiones autónomas». Pero ya se advierte que la eficacia de esta facultad de apreciación del Tribunal está sometida a la aprobación parlamentaria de una ley de bases.

Podía establecerse una garantía gubernativa, parlamentaria o judicial de la Constitución. La garantía gubernativa se adapta más bien a los regímenes de monarquía constitucional; implica, en efecto, la preponderancia del órgano de gestión continua sobre el legislativo, de gestión intermitente, sometida al arbitrio del titular de la Corona, quien participa, además, tanto en la competencia legislativa como en la constituyente. La garantía que significa el funcionamiento de un órgano legislativo bicameral con trámites especiales para ciertas deliberaciones y votaciones puede combinar la tendencia estabilizadora que impone un texto constitucional relativamente rígido y una ejecución evolutiva sincronizada con los impulsos transformadores de las circunstancias personales y reales en el proceso de la integración. El contraste judicial, tal como se ha establecido en la Constitución, contra el propósito de la mayoría de los constituyentes, transforma fundamentalmente el sistema político que ellos idearon, para transferir la apreciación en última instancia de la conveniencia de las normas legislativas a un órgano cuyos titulares no son designados por sufragio universal, igual y directo. Subvierte la distribución de competencias que se suponía era la base de la Constitución y da al art. 1 un significado que la mayoría de los constituyentes quiso repudiar y que, si el Tribunal de Garantías ejercitara estrictamente las competencias que le corresponden, produciría una verdadera revolución, porque no sólo podría resolver el Tribunal de Garantías acerca de la constitucionalidad de las leyes posteriores a la Constitución de 1931, sino de todas las leyes anteriores a la Constitución, cuya vigencia se invocase en algún litigio²¹⁰. Lo que esto significaría en relación con el principio de igualdad, por ejemplo, para la legislación tributaria, puede imaginarse repasando las leyes que continúan aplicándose en esta materia. Tiene en cambio la competencia del

210 Cf. ADAMOVICH, *Grundriss*, 314.

Tribunal de Garantías eficacia estabilizadora en lo referente a la autonomía de las regiones, no sólo porque habrá de unificar, con arreglo al art. 2.º, la legislación y, por tanto, todo el sistema de normas de las regiones, como acontece en Norteamérica y Suiza, sino porque, además, habiendo atribuido la ley del Tribunal de Garantías en el art. 29 a ese órgano judicial la interpretación de los Estatutos regionales (aunque sea con terminología inexacta, pues califica de «inconstitucionales» las decisiones legislativas locales que infringen los Estatutos locales), la legislación regional queda, también en este aspecto, sometida al discernimiento de un órgano estatal, en el que, cierto es, tienen las colectividades regionales alguna participación.

No es de extrañar que las circunstancias que han acompañado la institución y las primeras actuaciones del Tribunal de Garantías reflejen la deficiencia de algunos supuestos sociales en general y políticos en particular que condicionan ineludiblemente su gestión. Pero si es cierto que la función crea el órgano, no es políticamente insólito que el órgano cree la función, y lo que fue feliz atisbo en la percepción de la conveniencia de una garantía de continuidad de la obra constituyente —siempre renovada en el dinamismo de la integración— no sería del todo imposible que llegara a ser con el tiempo, aunque no se introdujera más adelante la garantía parlamentaria que implica una estructura bicameral del órgano legislativo, —y tampoco en este caso sería desconveniente un contraste judicial idóneo de la constitucionalidad de las decisiones del Parlamento—, un factor evolutivo de consolidación, si los titulares del ejercicio de las funciones colectivas y los demás ciudadanos quisieran aprovechar las enseñanzas que se derivan a este respecto de la historia constitucional de España y de otros Estados de análogo régimen político.

Abreviaturas bibliográficas

- ADAMOVICH, *Grundriss* = L. ADAMOVICH, *Grundriss des österreichischen Staatsrechtes*, 1932.
- ALDAG, *Gleichheit* = H. ALDAG, *Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung*, 1925.
- ALVARADO, *Inconstitucionalidad* = A. J. ALVARADO, *El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes*, 1920.
- ANSCHÜTZ, *Verfassung* = G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 1933.
- ARCAYA, *Tribunal* = F. D. DE ARCAYA, *El Tribunal de Garantías Constitucionales, su legislación y doctrina constituyente y constitucional*, 1934.
- BARTHÉLEMY/DUEZ, *Droit constitutionnel* = J. BARTHÉLEMY y P. DUEZ, *Traité de Droit Constitutionnel*, ed. de 1933.
- BECEÑA, *Magistratura* = F. BECEÑA, *Magistratura y justicia, notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial*, 1928.
- BURCKHARDT, *Kommentar* = W. BURCKHARDT, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 1931.
- CARRÉ DE MALBERG, *La loi* = R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, 1931.
- DUGUIT, *Droit constitutionnel* = L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, I, 1927; II, 1928; III, 1930.
- ESMEIN/NÉZARD, *Droit constitutionnel* = A. ESMEIN y H. NÉZARD, *Éléments de Droit Constitutionnel français et étranger*, I, 1927; II, 1928.
- FINER, *Modern Government* = H. FINER, *The Theory and Practice of Modern Government with special Reference to Great Britain, France, Germany, and the United States of America*, 1932.
- Handbuch* = *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, ed. por G. ANSCHÜTZ y R. THOMA, I, 1930; II, 1932.
- HAURIOU, *Droit constitutionnel* = M. HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, 1929.

- HAURIOU, *Précis élémentaire* = M. HARIOU, *Précis élémentaire de Droit Constitutionnel*, 1933.
- HAURIOU, *Sources du droit* = M. HAURIOU, *Aux sources du droit; le pouvoir, l'ordre et la liberté* (Cahiers de la Nouvelle Journée, 23), 1933.
- G. JELLINEK, *Erklärung* = G. JELLINEK, *Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, 1927. Trad. de la 2ª ed. alemana por A. G. Posada, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, 1908.
- G. JELLINEK, *Staatslehre* = G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 1929.
- G. JELLINEK, *System* = G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1905.
- W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht* = 3ª ed., 1931.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, *Proceso histórico* = L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Proceso histórico de la Constitución de la República Española*, 1932.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código penal ref.* = L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la República*, 1934.
- KELLER, *Freiheitsgarantien* = R. v. KELLER, *Freiheitsgarantien für Person und Eigentum im Mittelalter*, 1933.
- KELSEN, *Staatslehre* = H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, 1925.
- KOHN, *Constitution* = L. KOHN, *The Constitution of the Irish Free State*, 1932.
- LAMBERT, *Gouvernement* = E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, 1921.
- LASKI, *Derecho y Política* = trad. de Jesús Navarro de Palencia, 1933.
- LAUN, *Démocratie* = R. LAUN, *La démocratie; essai sociologique, juridique et de politique morale*, 1933.
- LEIBHOLZ, *Gleichheit* = G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, 1925.
- LLORENS, *Autonomía* = E. L. LLORENS, *La autonomía en la integración política*, 1932.
- MAINZER, *Gleichheit* = O. MAINZER, *Gleichheit vor dem Gesetz, Gerechtigkeit und Rech, entwickelt an der Frage: welche Gewalten bindet der Gleichheitssatz in Art. 109 RV?*, 1930.
- NIPPERDEY = *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, ed. por H. C. NIPPERDEY, I, 1929; II y III, 1930.

- PÉREZ SERRANO, *Constitución* = N. PÉREZ SERRANO, *La Constitución española*, 1932.
- POSADA, *Constitution* = A. G. POSADA, *La nouvelle Constitution espagnole*, 1932.
- RUIZ DEL CASTILLO, *Derecho Político* = C. RUIZ DEL CASTILLO, *Derecho Político* (obra ajustada al programa de 16 de agosto de 1933 para las oposiciones a ingreso en el Cuerpo de Aspirantes a la Judicatura), 1934.
- RÜMELIN, *Gleichheit* = M. RÜMELIN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 1928.
- SCHMITT, *Verfassungslehre* = C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928.
- SMEND, *Verfassung* = R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928.
- Veröffentlichungen* = *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 3, 1927 (*Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*); 4, 1928 (*Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*); 5, 1929 (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*).

EL ESTADO
Y SUS ÓRGANOS

Señores:

En la declaración de decisiones que afectan a la colectividad política y en la designación de funcionarios con ejercicio anejo de autoridad, a quienes incumbe la gestión de intereses colectivos, se presentan dificultades derivadas de la naturaleza de la colectividad, de la posición de los individuos que asumen el ejercicio de las competencias y del origen y el fundamento que se atribuye a la actuación y las decisiones de esos titulares de los órganos instituidos para realizar las funciones colectivas.

La relación entre la colectividad y sus funcionarios constituye uno de los aspectos del problema cardinal de la ciencia política, como de toda ciencia social, estrechamente enlazado con el más complejo de la calidad respectiva del individuo y la colectividad, y ha merecido desde antiguo la atención de los que han tratado de dilucidar las razones y las circunstancias de la formación y la continuidad del proceso de la integración política.

Platón, que concebía el Estado como un ζῶον compuesto de espíritu, materia y un tercer elemento en que se combinaban la idea y la sensibilidad, derivaba de esa concepción antropomórfica que la unidad es el máximo bien del Estado, el cual es a su vez condición del valimiento de los individuos; éstos han de subordinarse en un todo a la colectividad política. Aristóteles, que, como los geopolíticos modernos, tenía también al Estado por un organismo viviente, rechaza, sin embargo, la idea de que sea un hombre en grande y que halle su más perfecta realización en la unidad. Concede Aristóteles que el Estado es un organismo, pero un organismo compuesto, cuya verdadera unidad es inconcebible sin diferenciación de las partes. De aquí la famosa comparación del Estado a una sinfonía, en la que acordes varios de diversos instrumentos y voces distintas producen un conjunto armonioso.

No dejó de advertir Platón el hecho de alguna diferenciación de los individuos y las funciones en el Estado, aunque negara a este fenómeno la transcendencia que siempre ha tenido en la estructura de la colectividad política. El Estado, para Platón, era una necesidad; estaba fundado en la razón, sus leyes habían de ser razonables. Sólo los filósofos, los hombres que raciocinan, pueden hacer leyes razonables y, pues son escasos en número, forman una aristocracia, no de nacimiento o de riqueza, sino de inteligencia. Y si el primer principio de la actividad del Estado era la razón, el segundo sería la fuerza, ya que no era de esperar que las masas se sometieran voluntariamente a leyes razonables. Habían de ser obligadas a obedecer. Luego, siendo indispensable la actividad productora para la vida, el tercer principio había de ser el trabajo. Resulta, por tanto, un plan de división de funciones entre los filósofos, los guerreros y la masa. El reclutamiento de los miembros de cada una de estas clases no implicaba para Platón dificultad insuperable y tampoco el discernimiento de la razonabilidad de las leyes le parecía tropezar con ningún obstáculo digno de mención. La perpetuación de la obediencia de «la masa» era también, a su juicio, un fenómeno constante e irremediable.

Aristóteles no estaba ya tan seguro de la sabiduría preeminente de un individuo o un grupo y cuando clasificó las formas de gobierno en monarquía, aristocracia y timocracia o república constitucional, al explicar que en la monarquía rige un solo individuo, porque es tan superior en saber a los demás, que naturalmente los guía, añadió que la monarquía era impracticable porque no existen individuos perfectos que merezcan ser monarcas; sólo en los pueblos primitivos le parecía que podía encontrarse un héroe exaltado por la muchedumbre. También se basaba en la capacidad de ciertos individuos, sin que sepamos por qué procedimiento había de ser comprobada, el régimen de aristocracia. La opinión de Aristóteles se inclinaba hacia el sistema que consideraba más adecuado para la πόλις de su tiempo: el constitucional.

Platón coloca al frente de la colectividad una clase de hombres; Aristóteles ensalza la Constitución, la πολιτεία. De esta preferencia por la Constitución, ordenamiento político que suponía independizaba a los

ciudadanos de una voluntad individual ajena, derivaba un principio relativo a la gestión de los intereses colectivos: los que asumen el ejercicio de funciones colectivas no actúan en virtud de una cualidad propia personal suya, sino como parte en un todo y a base de un ordenamiento objetivo: sus competencias no existen en beneficio propio individual, sino para provecho de la colectividad.

También Cicerón, continuando el pensamiento de la filosofía griega y apoyándose en el aspecto individualista del estoicismo, entendía ser obligación de los que ejercen funciones colectivas la *utilitas civium* y, al mismo tiempo, el fomento del *totum corpus rei publicae* [todo el cuerpo de la república]. La *res publica* es la *res populi*, la *civitas* es *constitutio populi*. *Populus* es, para Cicerón, el conjunto de ciudadanos con derecho de sufragio. En la *res publica popularis*, una de las posibles formas de la estructura del Estado, la *summa potestas*, cuando la inspira el *iuris consensus*, corresponde al *populus*. Sin embargo, Cicerón prefería el régimen monárquico por su mayor semejanza al gobierno del universo por un solo Dios.

En efecto, puede acontecer que la superioridad de un individuo en las cualidades que en ciertas circunstancias favorecen en grado máximo los intereses colectivos parezca tan manifiesta que ese individuo sea aceptado como funcionario director y que sus decisiones sean acatadas por todos los demás individuos de la colectividad. El fundamento real de la superioridad es de efectividad variable y no suele ser indiscutido. De aquí que se acuda a muy diversos procedimientos para establecer sólidamente esa superioridad, con el propósito aparente de hacer más aceptable lo que no podemos explicar con los recursos ordinarios de nuestro raciocinio. La necesidad de un jefe parece ser casi universal en el tiempo y el espacio; Kant definió al hombre «un animal que cuando vive con otros de su especie necesita un amo». «*Ubi non est gubernator ibi corrueat populus* [Allí donde no hay un gobernante, el pueblo se corrompe]», enseñaba Suárez.

Tal es la tradición milenaria; hay Repúblicas democráticas en que la terminología oficial desconoce la calificación de «ciudadanos» y sigue empleando la designación de «súbditos». Todos, desde la infancia, estamos acostumbrados a obedecer y, por nuestra limitación espiritual y física,

hemos de someternos en muchos aspectos de la vida a la opinión de autoridad ajena. Son pocos los que poseen en algún respecto las cualidades del mando y aun entre esos pocos los más no quieren asumir los pesares y la responsabilidad de la gestión colectiva, insuficientemente compensados con el halago de la ambición satisfecha, tanto más cuanto son inevitables los errores y es siempre incierto el éxito.

Aún en colectividades que se tienen por refractarias a soportar por confianza o pasividad el predominio de un hombre o de un grupo se percibe la importancia del factor personal en la vida política y no son raros partidos acaudillados por un jefe sin programa u otros que subsisten en lo principal a pesar de cambios inconsultos de opinión y de táctica de la persona o del grupo que los dirige. Eso no impide que junto a la tendencia de enaltecer un jefe se manifieste el afán de criticar sus medidas, de socavar su prestigio para contrarrestar su prepotencia. El correctivo de la influencia y de la popularidad es el ostracismo, que restablece cierto equilibrio en la colectividad. Así oscila la acción colectiva entre el mito de Agamenón o «las ranas pidiendo rey» y la muerte de Sócrates con las trágicas expatriaciones de todas las épocas.

De acuerdo con la estructura de las colectividades primitivas parece que la fuerza y la energía físicas hubieron de ser factor decisivo de la preponderancia de opiniones o individuos en las colectividades. Pero bien pronto se manifestaría que esas cualidades no aseguraban el éxito en todas las empresas y que precisamente en las más difíciles fallía ese elemento de dinamismo al que solía atribuirse preferencia.

Desde un principio debió de existir el propósito de añadir a una opinión o a un individuo o grupo el prestigio de lo sobrenatural, para realizar sus pretensiones en el plano social, revistiéndolas de una aureola que las distinguiera de los demás momentos de la convivencia. Ese prestigio sobrenatural se remontó a veces hasta una ascendencia fabulosa, hasta enlazar a una familia o grupo con la más poderosa de las divinidades, en forma que nadie pudiera, sin cometer un absurdo, poner en duda la preeminencia de los descendientes de aquel poder sobrenatural. El momento patrimonial en la posición de los funcionarios carece de eficacia política

suficiente, pues ninguna colectividad se presta a la condición de mero objeto de dominio: y la preponderancia de los funcionarios sobre el resto de la colectividad no halla explicación bastante en la fuerza, ni en la riqueza, ni en la propiedad territorial; por eso se involucran siempre ideas de índole religiosa. Lo mismo que en las Partidas, donde leemos que «vicarios de Dios son los reyes cada uno en su reyno», decía Luis XV en 1770, en pleno Parlamento: «*Nous ne tenons notre couronne que de Dieu* [No debemos nuestra corona más que a Dios]».

Este concepto teocrático supone una autoridad superior a la del monarca, cuya función, *officium* o *ministerium*, le impone hacer honor a su nombre *rex, a recte agendo* [se dice *rey*, porque gobierna *rectamente*], expresiones ya usadas en los concilios del siglo IX. Por eso se califica al monarca de *publicae utilitatis minister, minister populi* [servidor de la utilidad pública, servidor del pueblo]; Dante escribe que el emperador es *minister omnium* [servidor de todos].

El pensamiento de atribuir el origen y fundamento de la calidad del ejercicio de las funciones colectivas a un factor sobrenatural, a la divinidad, no es, desde el punto de vista psicológico y social, tan disparatado como pudiera suponerse. Parece así innecesaria una demostración de la superioridad cualitativa del individuo que ha de ejercer funciones de mando, ya que su fingida institución le asegura desde luego un rango preeminente en la colectividad. Esa demostración, por otra parte, presentaría graves inconvenientes caso que hubiera de realizarse. ¿Sería posible demostrar la verdadera superioridad relativa de un individuo? ¿En qué facultades habría de ser superior el que se trataba de designar? Porque la aptitud habría de referirse a la clase de competencias y a las circunstancias. Lo cierto es que no disponemos de una medida objetiva para discernir la capacidad política de los individuos; ésta es la razón de la impracticabilidad del sistema ideado por Platón. ¿Quiénes son los filósofos que han de gobernar? ¿Aceptará la colectividad sus candidaturas? El consentimiento de los miembros sería dudoso, aleatorios sus efectos. Se comprende que la monarquía electiva haya evolucionado hacia la monarquía hereditaria. «*Le hasard de la naissance est moindre que le hasard du scrutin* [El azar del

nacimiento es menor que el azar del escrutinio]», escribió Renán. Si en el año 499 el Sínodo romano decidió que la designación del papa se realizaría por mayoría de votos del clero, fue sólo para cuando el papa mismo no hubiera designado en vida su sucesor.

Es un hecho que el ejercicio de las funciones colectivas implica autoridad y que surge en todos los grupos humanos, aun sin intervención activa de sus individuos, aunque no sea más que por la conveniencia de cierta unidad en la acción. Observando que la posición de algunos funcionarios superiores no depende a menudo de la voluntad de los individuos y grupos menores de la colectividad, parece expedito, y piadoso, asignar su preeminencia a una causa exterior y superior al grupo, como explica Saavedra Fajardo en una de sus Empresas, evitando así el tenerla por invención de los hombres. De esta manera se sustrae en lo posible la posición de ciertos funcionarios a las contingencias de la opinión individual. Al decir *omnis potestas a Deo* [todo el poder (procede) de Dios], elevamos a lo sobrenatural lo que no es cómodo ni agradable explicar y que, por eso mismo, es sobrenatural hasta cierto punto. Esto explica que sean tan frecuentes las confusiones que se producen, intencionadamente o no, entre la política y la religión. Aquella *religión civile*, soñada por Rousseau, con dogmas estatuidos por el Estado, de que nos ofrece tantos ejemplos la historia, se trata de realizarla aún en nuestros días. ¿No proclama Mussolini que «*il fascismo é una religione?*». La coronación y la consagración religiosas de los monarcas son una manifestación sensible del origen supraterráneo de la autoridad, de que se beneficia su titular. En una referencia de las Glosas Silenses, relativa a la elección y consagración de Ordoño II, se expresa con admirable sencillez la concomitancia esencial del momento de espiritualización del ejercicio de funciones colectivas.

En tales casos la competencia funcional se concibe a veces como propiedad del funcionario. Loyseau define la calidad del monarca «*puissance en propriété*», llama a los funcionarios «oficiales» y los califica de «reflejo, rayo o influencia de la potestad soberana y universal del monarca». Entonces los demás funcionarios del Estado se hallan con respecto al monarca en estricta subordinación, como sucedió en la época de decadencia del Imperio

Romano. Aunque el monarca haya de actuar *ad utilitatem Status* [al servicio del Estado], según escribía el legista Jason de Mayno, sólo puede corregirse o evitarse la tiranía mediante una perturbación de la estabilidad y la continuidad colectivas. O se acepta una autoridad exterior para dirimir los conflictos e impedir el abuso de las competencias, o se admite la licitud de la resistencia, de la revolución. Alfonso X reconoció en las Partidas al *Apostólico* facultad «para soltar las juras que los homes fecieran». Si no se concede esa posibilidad, no queda más que el tiranicidio, que defendían ciertos monarcómacos, entre ellos nuestro P. Mariana. El derecho a la revolución se consignó en los primeros documentos constitucionales modernos: en la Constitución de Maryland, de 1776; en la Declaración francesa de 1789.

Siendo el supuesto de actuación del órgano la existencia personal del funcionario, aunque se distinga entre la dignidad y la persona, de la coincidencia mencionada se derivan consecuencias importantes relativas a la protección especial de la vida y la reputación de los titulares de los órganos. La situación privilegiada de los funcionarios cuando su posición se vincula a una familia o grupo, combinada con su supuesta personificación de la colectividad, pueden conducir a suplantar los intereses colectivos por los de los titulares del ejercicio de las funciones y de sus allegados, postergando los intereses colectivos a lo que Maquiavelo llamó con aparente cinismo la *ragione di Stato*. Esta actitud es seguramente tan antigua como la existencia de una autoridad, ya que la hipótesis del «estado de naturaleza», de una edad de oro, es tan improbada como improbable.

Se alega a veces una intervención directa de la divinidad en las decisiones de un individuo, que se verifica por la llamada inspiración, de que tenemos ejemplos contemporáneos. No son infrecuentes las alegaciones de individuos que dicen oír una voz interior que les señala el camino que debe seguir la gestión de los negocios públicos, y la de los privados. Pero esa inspiración, la voz interior, presenta el inconveniente de no excluir la concurrencia de otros individuos que pretendan oponer a aquella voz otra inspiración disidente. Entonces el problema queda planteado en los mismos términos que anteriormente y ha de dilucidarse cuál de las dos inspiraciones ha de prevalecer.

Conviene, por tanto, acompañar la inspiración de momentos accesorios que la revistan de solemnidad hasta el punto que se dificulte la tentativa de competir en ese fenómeno, de manera que se establezca prioridad para una revelación en virtud de signos externos, físicos en general y atmosféricos en particular, esto es, de índole sensorialmente perceptible, cuya categoría y simultaneidad den a la intervención un sello de excepcional eficacia. Sin embargo, este procedimiento tiene una desventaja, además del posible descubrimiento de la superchería política: su intermitencia; los accesorios de la intervención extrahumana no se hallan de continuo a disposición del que de ellos ha menester.

Se comprende, pues, que sea antigua la tendencia de estabilizar, de racionalizar, por decirlo así, la supuesta intervención de la divinidad, haciéndola en todo momento asequible, permanente. Surgen entonces los lugares, donde, por el procedimiento del oráculo u otro semejante, se trata de establecer una comunicación constante entre la divinidad y el hombre. Esta institución ha ejercido notable influjo en la historia antigua y parece que no es desconocida en nuestros tiempos. Es un procedimiento también peligroso, pues, además de ser relativamente fácil descubrir el misterio que lo protege, resulta que las contestaciones y las declaraciones espontáneas del oráculo son ambiguas o se ven desmentidas con excesiva frecuencia por la realidad. En ambos casos sufre el prestigio de la institución.

Es más inofensivo el procedimiento de designación o decisión por la suerte, el cual tiene a su favor, como refería Platón, la igualdad entre las soluciones propuestas o posibles y la libre facultad de acción de los poderes sobrenaturales para que manifiesten en el sorteo su suprema sabiduría. Sin embargo, se percibía a veces que no eran en verdad iguales los méritos de las soluciones alternativas, y algunas de las que así se impusieron, especialmente cuando se descuidaba corregir con anterioridad prudentemente la fortuna, hubieron de parecer en discordancia con los elementos perceptibles del caso. Con la ley del año 487, que sustituyó en Atenas la elección de los arcontes por su designación por la suerte, Temístocles no hizo más que proseguir la evolución iniciada por Solón y Clístenes para

transformar el régimen aristocrático en una oligarquía constitucional, como etapa de transición a la llamada democracia. Era un paso más en la tendencia a la impersonalización del ejercicio de las funciones, un factor de diferenciación entre el órgano y el funcionario.

El hecho que tanto en las designaciones como en las decisiones suelen hallarse personalmente en pugna individuos, candidatos o sostenedores de una solución determinada, sugirió la conveniencia de la lucha personal efectiva entre los candidatos o campeones de cada punto de vista. Este trámite parecía tan natural y oportuno y con él hubieron de obtenerse tan buenos resultados que se le denominaba «juicio de Dios». Ha caído luego en desuso, pero hemos de conceder que si bien no garantizaba la excelencia del resultado, tenía las ventajas de disminuir las probabilidades de diferenciación de criterio y de eliminar a los sostenedores de la opinión vencida.

Esta eliminación es la única garantía eficiente del prevalecimiento de la candidatura u opinión victoriosa en cuanto implica la supresión o el acatamiento de los que discrepaban de la solución dominante. El consentimiento o el asentimiento de toda o de gran parte de la colectividad ha de suponerse para la eficacia de una designación o decisión; es inconcebible una colectividad en la que no exista subordinación o coordinación, o ambos momentos integradores.

Por esta causa debió de parecer conveniente inducir a parte importante de los individuos a cooperar en algún modo en la designación o decisión antes, o al menos después, de realizada. En último término el apoyo para una opinión será más eficaz, o menos perturbadora la oposición, si se puede presentar la adhesión como bien óptimo, o como mal menor, en un momento dado. En igualdad de las demás condiciones, la adhesión de los más podrá reducir más fácilmente la discrepancia de los menos o compensarla en la actividad colectiva. Se trata de un factor a la vez material —de fuerza física— y espiritual —mayor difusión de la tendencia coordinadora—. Esos dos momentos recomiendan el principio de la mayoría. Pero no el discernimiento, como supone Aristóteles. No demuestra la experiencia el aserto del filósofo, aceptado por el papa Inocencio IV, quien entendía

era menos falible la opinión de muchos que la opinión de pocos o de uno. Las causas de error son, algunas veces, distintas en cada caso, pero no son menores en número ni más leves en consecuencias en cualquiera de ellos. El principio de la mayoría, basado en el de la igualdad, implica, por lo demás, una contradicción. Si se basa en la igual capacidad de discernimiento de todos los que emiten el sufragio, hallándose «la verdad», por tanto, «naturalmente» en el bando del mayor número, según afirma De Tocqueville, ¿cómo se explica que verdadera igualdad de discernimiento pueda producir opiniones discrepantes?; ¿cómo es posible una suma de elementos heterogéneos?

No excluye necesariamente la participación de los que han de acatar las normas en el proceso de su declaración ni la intervención sobrenatural ni tampoco la congruencia de las normas. Al contrario, pueden combinarse doctrinas anteriores del origen de las competencias con regímenes democráticos: la inspiración, la revelación y hasta la manifestación directa y pública de la voluntad o sabiduría divina que encontramos en los oráculos; el oráculo es el pueblo: *vox populi, vox Dei* [la voz del pueblo es la voz de Dios]. Se dice también, aludiendo al origen inmediato de las competencias: *omnis potestas a Deo per populum* [todo el poder procede de Dios a través del pueblo]. Y los teólogos medievales explicaban la decisión popular señalando que se realizaba *populo faciente et Deo inspirante* [con la acción del pueblo y la inspiración de Dios]. Suárez explicaba: «*Immediate a Deo politicum principatum sed mediante humana voluntate et institutione* [El gobierno político (procede) de modo inmediato de Dios, pero mediante la voluntad organizada del hombre]».

Para dilucidar exactamente el grado de discernimiento antes de proceder a una designación o decisión no disponemos de ningún medio seguro. El principio de la mayoría se reduce a una cuestión de cantidad, pues si se quisiera restringir el sufragio o condicionarlo con arreglo a un criterio de idoneidad, desde luego tendríamos aquella garantía de discernimiento antes de proceder al acto político. Ya sabemos que la aplicación del principio de la mayoría, afortunada invención de un genio desconocido, no es tan fácil como parece, especialmente cuando se trata de una co-

lectividad numerosa, y menos aún si se consideran las dificultades que supone la comprensión del concepto de cantidad, con abstracción de la calidad. Refiere Plutarco que en Esparta desfilaban ante la muchedumbre los candidatos al ejercicio de las funciones encomendadas a los éforos, gerontes y senadores, y que los partidarios de cada uno lo aclamaban a su paso, resultando designados los candidatos cuya exhibición había sido acompañada del mayor estrépito de voces. No era más satisfactorio el procedimiento de escrutinio, pues la medida acústica de la popularidad de cada personaje estaba encomendada a unos funcionarios que asistían al acto, escondidos, para que el público no influenciara el aquilatamiento de su percepción auditiva. Ese procedimiento, además de ser algo infantil, a juicio de Aristóteles, se prestaba a grandes abusos. Algo semejante sucedía en las asambleas de los antiguos germanos, de cuyas irregularidades nos informa Tácito. Los concurrentes manifestaban su descontento con fuertes murmullos y su aprobación esgrimiendo y entrechocando las armas, actitud propicia a apresurar la adhesión de los indecisos y superar la resistencia de los discrepantes.

No era preciso que fuera la mayoría de los circunstantes la que decidiera una resolución. Una minoría puede compensar su deficiencia numérica con energía y denuedo o, simplemente, con violencia y desparpajo. Lo importante es crear unanimidad en apariencia, por persuasión o intimidación de los disidentes eventuales. La unanimidad, que parece ser en los orígenes requisito ineludible de la declaración de las decisiones que afectaban a la colectividad en general, como si ésta fuera resultado de un contrato, ha de entenderse con dos limitaciones: nunca estaban congregados todos los partícipes efectivos de la solidaridad colectiva y jamás habrá sido la resultante espontánea de todas las apreciaciones individuales de la conveniencia de una decisión. Las relaciones de las crónicas que atribuyen carácter de unanimidad a ciertas decisiones han de tenerse por aproximación a la realidad. Por lo demás, las etapas psicológicas de la persuasión son multiformes y no será fácil establecer en estos casos, una línea divisoria entre el razonamiento y la presión irracional. «Consentir», observa E. Lavissee, es uno de los sinónimos de «obedecer».

Las circunstancias en que se llevaban a cabo las decisiones sugerían la conveniencia de una racionalización de las condiciones de actuación de las asambleas. Supuesto que el grupo de los que más ruidosamente, con la voz o con las armas, habían manifestado una opinión era el que en caso de formalizarse la oposición se llevaría la victoria material y efectiva, por razones de expedencia y economía se dio eficacia normativa al predominio de lo que se consideraba opinión de la mayoría. Lo que había sido acto circunstancial, que no sentaba precedente, se fue convirtiendo en ley constitucional. Uno de los ejemplos, apunta Starosolskyj, de la transformación de la fuerza en «derecho». Y es que parece más expedito y es sin duda, frecuentemente, más factible convertir la fuerza en «derecho» que el «derecho» en poder efectivo.

Entonces cambia el aspecto de la estructura política. Pero no puede afirmarse que la evolución del principio de la unanimidad al de la mayoría signifique en sí una tendencia colectivista, ni tampoco individualista. El prevalecimiento de una autoridad unipersonal o de la atribuida a un pequeño grupo, si acontece con desdén hacia las demás opiniones, que son deliberadamente ignoradas, puede ser eminentemente individualista desde el punto de vista del que ejerce las competencias y en la consciencia de los súbditos discrepantes, aunque desde el punto de vista de los miembros de la colectividad cuya individualidad no obtiene participación suficientemente eficaz en las decisiones sea en sus efectos de apariencia colectivista. El predominio de la supuesta mayoría supone valimiento de cada individuo en las decisiones y en cuanto éstas dependen de la actitud asumida por cada cual presenta un momento individualista, no implica el paso de la «asociación» a la «corporación». Por otra parte, no obstante, el voto de un individuo no sólo carece de eficacia inmediata, considerado aisladamente, pues no actúa sino en unión de otros afines, esto es, en la medida en que es factor colectivo, sino que para los de la minoría el voto carece a menudo de valor político y resulta anulado en holocausto a la colectividad. Algo análogo sucede con el requisito de unanimidad. A primera vista es el más colectivista, pero si se tiene en cuenta que la discrepancia de uno solo bastaría para influir decisivamente en la vida

colectiva se comprende que ese formidable efecto del veto individual, extrema valoración de la personalidad, conduzca a la inordinación. Esto explica que el principio de unanimidad sea de excepcional aplicación en una colectividad política, y que lo que se califica de unanimidad no sea, en realidad, más que el predominio más o menos disimulado de una indiscernible mayoría, esto es, en todo caso, de una minoría efectiva.

Si rige el principio de la mayoría, en lugar de dirigirse los esfuerzos de los que tratan de ejercer el predominio a dotar a su opinión de carácter sobrenatural, con tendencias místicas, teocráticas, es preciso inducir al mayor número posible de individuos a designar a ciertos funcionarios y a consentir decisiones específicas. Y así como antes se tenía especial cuidado en señalar y realzar la continuidad y hasta la identidad entre el funcionario y la divinidad de la que parecía instrumento, se trata ahora de establecer esa continuidad, ese contacto con gran número de individuos, procurando aparentar mediante un arte refinado de influenciación de las masas coincidencia de aspiraciones y de criterio.

En uno de los títulos del Código de Justiniano con el singular epígrafe *De maleficis et mathematicis et ceteris similibus* [sobre los brujos, adivinos y similares], después de estatuir que «*ars autem mathematica damnabilis interdicta est* [el arte adivinatoria se prohíbe, por sus peligros]», se contiene una referencia a los *suffragia*, esto es, los encantamientos, los conjuros y otras fórmulas mágicas. Y, en efecto, la naturaleza y las consecuencias del sufragio son uno de los fenómenos más sorprendentes que presenta el aspecto político de la integración social.

Por muy grandes que fueran el genio y la habilidad de los romanos en la construcción de su *ius privatum*, no ha llegado a nuestra noticia ninguna exposición sistemática del *ius publicum*; el primer tratado de la materia lo debemos a Mommsen.

Leemos que los funcionarios actuaban *vice populi* [en lugar del pueblo], pero esa expresión puede ser interpretada de varias maneras. Percibieron los romanos la característica de la imputabilidad, pero más bien porque identificaban la colectividad, la función, el órgano y el funcionario. Nunca distinguieron los juristas romanos al pueblo como unidad del pueblo

como pluralidad y lo mismo derivan la costumbre del *tacitus consensus omnium* [el consenso tácito de todos] que de la *tacita civium conventio* [un acuerdo cívico tácito]. Cicerón identifica la totalidad a los ciudadanos con derecho de sufragio. En otras palabras, la actividad del Estado se rige, no por la suma de los habitantes del territorio, sino por un conjunto de individuos que disfrutaran del *ius suffragii et honorum* [derecho de sufragio y de acceso al cargo público], regulado explícitamente por la ley. El Senado era consejo de la colectividad hasta que Tiberio le confirió la facultad de representarla en su gestión tanto ante los dioses como ante los hombres. Las facultades de gestión del Senado se explicaban, como aduce Pomponio en un pasaje del *Digesto*, por la dificultad de reunir a la *plebs*: «*necessitas ipsa curam rei publicae ad senatum de duxit* [la misma necesidad llevó al senado el cuidado de la república]».

En el Código de Justiniano se evoca, aludiendo a la nebulosa *lex regia*, una cesión irrevocable de las competencias, por la cual «*omne ius omnisque potestas populi romani in imperatoriam translata sunt potestatem* [todo el derecho y todo el poder del pueblo romano fueron transferidos a la potestad suprema]». En otro pasaje, de Ulpiano, se emplea el término «conferir»: «*populus ei et in eum omne imperium et potestatem conferat* [que el pueblo le conceda todo el imperio y la potestad y (deposite tales facultades) en él]». No es históricamente improbable la manifestación externa de esa transferencia, de la que tenemos ejemplos modernos calificados de «plebiscitos». Puede asegurarse que tanto la primera cesión o transferencia de las competencias como las posteriores son ficticias y no dan fundamento psicológico de voluntad al ejercicio del mando. Un notable ejemplo moderno de usurpación manifiesta de atribuciones nos lo ofrece la gestión de los Estados Generales franceses de 1789, cuyos miembros habían sido designados con mandato limitado e imperativo, al declararse Asamblea Constituyente.

El resultado de la transferencia fue en Roma que la gestión de defensa de los intereses del Estado competía de modo total, absoluto e irrecuperable al emperador. El emperador aparecía como personificación del Estado; sus actos eran imputables al Estado y el Estado era, por la irrevocabili-

dad de la transferencia y la autoridad de dominio ejercida efectivamente por el emperador, patrimonio de éste. Sin embargo, era sensorialmente perceptible que no existía identidad entre el emperador y el Estado. Ya Cicerón en *De officiis* se había referido a la *persona civitatis*, anticipando el concepto del Estado como «persona jurídica», que, según Gierke, introdujeron en la ciencia política los canonistas, persuadidos, claro está, de su carácter de ficción. Decía así Inocencio IV: «*cum collegium in causa universitatis fingatur* [porque una ficción convierte al colegio en persona cuando actúa como *universitas*]» una persona. Al reunir el emperador todas las funciones del Estado en su persona, pudo decirse, en virtud de la alienación de la *potestas populi, quod principi placuit, legis habet vigorem* [del poder del pueblo, lo que place al príncipe, vale como ley]. Poco a poco fue generalizándose este principio, que culminó en la máxima *princeps legibus solutus est* [el príncipe está absuelto (del cumplimiento) de las leyes], análoga en la expresión al dicho de Heráclito: Dios está más allá del bien y del mal. Así llegó a ser la fórmula del absolutismo: el emperador era, no sólo la personificación del Estado, sino de la ley. Justiniano, alterando el sentido de una expresión de Aristóteles, se denomina a sí mismo νόμος ἐμψυχος, es decir, *lex animata*, ley viviente.

Aquella cesión de competencias a que nos hemos referido recibía a veces calidad de pacto, *pactum subiectionis*, el cual, otorgado *in necessitatem*, era irrevocable. Cicerón, cuando enuncia argumentos en favor de la Constitución llamada mixta, menciona la división de la *summa potestas* que en ella se observa como una *quasi pactio inter populum et potentes* [una especie de acuerdo entre el pueblo y los poderosos].

Un pacto no alcanza, sin embargo, a explicar la posición de los funcionarios en la cesión irrevocable a menos que se admita que la gestión no está sujeta a condiciones o que ha de desarrollarse perpetuamente con arreglo a las estipulaciones del tiempo de la cesión, lo cual es incompatible con la continuidad evolutiva de la colectividad. La cesión irrevocable se asemeja a la transferencia de propiedad y con el fin de limitar en algún modo el arbitrio del cesionario decían los legistas que no se transmitía la *potestas*, sino su *exercitium*, distinción que ha adquirido luego importancia

para explicar la estructura de los Estados llamados federales. En los Estados Generales de 1484, el senescal de Borgoña declaró que «la realeza es una dignidad y no una propiedad del príncipe», pero esta doctrina, la del concepto de *minister populi* y otras parecidas no influían realmente en la estructura política y servían más bien para tranquilizar el ánimo de los que eran calificados de súbditos.

Otros decían que no se transmitía la propiedad sino el usufructo, que había de ejercitarse respetando los intereses del nudo propietario. De esta idea a la del mandato no hay más que un paso, pues ya se concibe en la posición del usufructuario la sujeción a los intereses del propietario. Sin embargo, el mandato del *ius publicum*, era distinto del mandato del *ius privatum*, pues aquél no estaba sujeto a traba alguna. Este pensamiento ha sido recogido por Hauriou, quien acepta esa distinción entre los dos mandatos: el mandatario de derecho público estaría dotado de autonomía y la naturaleza de los poderes del gobierno sería que son derechos de dominio. Hauriou denuncia la contradicción entre los conceptos de autonomía y de delegación o representación, y concluye: «delegar el ejercicio de la soberanía a representantes que tienen derecho de autonomía es enajenarla». Por eso decía Royer-Collard, jefe de los doctrinarios, que el término «representación» es una metáfora. Vemos, pues, que la idea de mandato implica la de representación, ya contenida en algún modo en el momento de la imputabilidad.

Se creía que una colectividad no puede actuar por sí misma —*universi consentire non possunt* [las corporaciones no pueden prestar consentimiento]— y de esta situación se dedujo que era necesario someterla a una especie de tutela o curatela. En una glosa de un pasaje del Código de Justiniano se lee: «*sicut enim minores sunt sub curatoribus, sic est respublica sub administratoribus* [lo mismo que los menores completan su deficiente capacidad mediante el curador, también la colectividad se encuentra bajo sus administradores]». Es raro que no se percibiera la diferencia entre el órgano y el representante, entre, por ejemplo, el alcalde de un municipio y el abogado que defiende al municipio en un pleito. Es comprensible que el derecho romano degenerara al fin en un conjunto de reglas de administración. Si el mandato del *ius*

publicum no conocía traba ninguna para el mandatario, no era tal mandato, a pesar del ascendente terminológico que parecía corresponder a los que designaban a ciertos funcionarios: *creare*, *creatio* y *creator* eran sinónimos de *nominare*, *nominatio* y *nominator*. En el *Digesto* se emplean indistintamente las expresiones *creatores magistratuum* y *nominatores magistratuum*.

La teoría de la voluntad colectiva, en la que se basa la Constitución española de 1931, se halla en el derecho romano con las mismas peculiaridades que en nuestra época y con la misma ficción del principio de la mayoría. Puesto que *universi consentire non possunt*, había de hallarse algún subterfugio de índole formal para salvar ese obstáculo. Ulpiano nos dice que «*refertur ad universos quod publice fit per maiorem partem* [afecta a todos aquello que una mayoría decide en materia de cosas comunes]» y Scaevola explica que «*quod maior pars curiae effecit pro eo habetur, ac si omnes egerint* [lo que la mayoría del Senado ejecuta se considera como si todos lo hicieran]». En esa teoría, exclusiva del *ius publicum*, a la manera de la doctrina de Cicerón, no se distingue la asamblea en la cual se toma una resolución de la totalidad colectiva a la que la resolución afecta. No se percibe el hecho de la imputación. Los glosadores empleaban también para designar a todas las colectividades el nombre genérico de *universitas* y Pilio la define: «*collegium est personarum plurium in corpus unum quasi coniunctio vel collectio* [collegium es ayuntamiento de muchas personas en un solo cuerpo]». Rofredo de Benevento concebía las colectividades con criterio monista: «*universitas est quoddam individuum, unde partes non habet* [la colectividad es como un todo individual, que no admite división en partes]»; lo mismo que Platón. No obstante, en los comentarios a los textos legales romanos surgen ya algunas cuestiones que estaban llamadas a adquirir importancia. Con referencia a la expresión ya citada del *Digesto*, *maior pars*, se pregunta: «*sed an respecto numeri tantum dicitur maior pars?* [veamos si el concepto de mayoría tiene que ver solo con el mayor número]; y se contesta: no, no es sólo con relación al número, sino *etiam ratione dignitatis* [también por razón de dignidad]. Tal es el significado del principio canónico de la *maior et sanior pars* [la parte más numerosa y la más juiciosa], reconocido en 1179 por Alejandro III en el concilio de Letrán.

No son válidas incondicionalmente todas las decisiones de la mayoría. Desde luego habían de ser convocados los miembros de la colectividad *ad sonum campanae vel tubae vel cornu vel ad tabulam pulsatam* [al sonido de la campana o de la tuba o del cuerno o al golpe de la mesa]. Una vez reunido cierto número de miembros de la colectividad, ¿cómo es posible que los que allí participan en la declaración de una norma obliguen con ella a individuos que no toman parte en la votación? ¿No decía la Glosa ordinaria que *universitas nihil aliud est nisi singuli homines, qui ibi sunt?* [la comunidad no es otra cosa sino los hombres uno a uno que allí están?]. ¿Por qué pueden, sin embargo, obligar a los ausentes? Ya no se trata del principio de mayoría, pues no sabemos si en realidad los que acordaron la decisión forman en efecto la mayoría de los miembros de la colectividad. Lo contrario es lo que suele suceder. No presenta menor dificultad el establecimiento de un nexo de obligación entre la mayoría de una asamblea y la minoría que emitió un voto opuesto a la resolución de la mayoría. ¿Por qué debe obligar a la minoría disidente la opinión de la mayoría? De un pacto podrá derivarse la obligatoriedad de las resoluciones en que concurren las voluntades de los que coinciden en una apreciación, nada más. Si existe posibilidad de imponer una decisión a ausentes o disidentes, lo que actúa no es la voluntad propia sino una voluntad ajena, de una sola persona o de un grupo parcial; no hay contrato; el acto que obliga es una orden dirigida a los disidentes. Y aunque se admitiera la existencia de un convenio anterior en que se basa la obligatoriedad de acuerdos posteriores no votados por unanimidad, aquel convenio no modificaría el carácter del acto posterior; éste será siempre una orden, nunca un contrato; no habrá coordinación, sino subordinación. Hemos de insistir en esta circunstancia, ya que la primera decisión que se supone fue un convenio sólo lo habrá sido en casos excepcionales y ha perdido su carácter en las decisiones posteriores. Si hubiéramos de aceptar como rasgo distintivo de la democracia, según sugiere Schindler, el hecho de estar basados en ella todos los actos importantes de «imperio» —la Constitución, las leyes, los reglamentos y las órdenes— en una coincidencia de voluntades, ¿cuántas democracias habría en el mundo?

Ningún tratadista nos ayuda a solventar este problema. El mismo Suárez, que con tanto empeño trató de realzar la eficacia del consentimiento en la integración política y que creía que la «*potestas ratio naturalis ostendit solum esse necessariam in tota communitate et non in una persona vel senatu* [la razón natural quiere que la potestad resida en toda la comunidad y no en una persona singular ni senado]», insistiendo en que «*haec potestas non est in singulis nec totaliter nec partialiter imo nec ipsa rudi collectione* [la potestad no reside en el individuo ni total ni parcialmente, ni tampoco en un conjunto informe de individuos]», no logró explicar de qué manera y por qué razón y en cuáles condiciones puede transferirse y ser ejercida la *potestas*.

Hay que echar mano a otra ficción, al principio de representación, del cual se encuentran también precedentes en el derecho romano. Por eso se supone que esas decisiones se apoyan en el consentimiento tácito o expreso.

La idea de representación surgió para responder a la necesidad de explicar de alguna manera la relación peculiar que existe entre la colectividad y los funcionarios, en cuanto se admite que el pueblo es el origen de las competencias. Si se entendiera que la *potestas* corresponde a uno o varios individuos por alguna cualidad especial intrínseca o procedente de la divinidad, la relación entre los titulares del ejercicio de las funciones colectivas y el pueblo podrá ser meramente la que se da entre los que mandan y los que obedecen, juicio grato a los sofistas, quienes equiparaban la justicia al derecho del más fuerte; el Estado sería entonces una invención de los fuertes para explotar a los débiles, como repite Oppenheimer en nuestros días.

La teoría de la representación, como las anteriores, implica la imputabilidad de los actos de los funcionarios a la colectividad: «*quod rex promittit, videtur res publica polliceri* [lo que el rey promete, es promesa de la res publica]», dice Servio, y nuestro Séneca confirma en sus *Controversias*: «*imperator foedus percussit; videtur populus romanus percussisse et continetur indigno foedere*». Existe, pues, una relación causal entre el origen de una competencia y su ejercicio. La idea de transferencia implica cesión o tras-

paso y supone, claro es, que el cedente transmite por acto de voluntad. ¿Quién transfiere el ejercicio de las funciones? ¿Cuáles son la naturaleza y el contenido del acto de transferencia? ¿Quién fue el primer cedente? En todas las hipótesis habrá siempre, en último término, un individuo o un grupo que se ha arrogado la facultad de ejercer esa función. Así explica Hauriou que «el cuerpo electoral se constituye de por sí, a la manera de un hecho que se convierte en una institución por la adhesión de la voluntad general».

Los legistas, que adoptaron sólo en parte la doctrina canónica relativa a la naturaleza y actividad de las colectividades y dieron el paso definitivo a las ideas modernas, reproducen el principio de la imputabilidad colectiva de los actos de los que tienen a su cargo la gestión de asuntos colectivos y usan ya corrientemente el término «representación». En los comentarios de Bartolo de Sassoferrato se halla el célebre pasaje: «*arengum enim illud seu parlamentum, ubi non est alius superior, habet ab initio eligere consilium, et istud consilium sic electum postea repraesentat totum populum* [en efecto, aquella arenga o parlamento, donde no hay nadie superior a nadie, tiene desde el principio que elegir un consejo, y ese consejo así elegido representa después al pueblo entero]. *Parlamentum* tiene el significado de *adunantia generalis* [un concierto general]». Por otra parte, según la expresión de un documento inglés de aquella época, el *parliamentum* era *vox et praeterea nihil* [voz y nada más]. En el siglo XV se observa otra reacción contra esta teoría; se dice entonces que las resoluciones colectivas están formadas por cada uno de los individuos que las habían votado, no por la colectividad; les falta calidad colectiva a los órganos cuyos titulares son designados por individuos de la colectividad, porque no puede tomarse la parte por el todo. Por eso es tan difícil establecer relaciones normadas entre ciertos funcionarios y la colectividad. En Inglaterra adquirieron también eficacia política algunas de esas teorías relativas a la actividad colectiva en general, y del Estado en particular. El *parliamentum* no implicaba al principio representación ni elección en el sentido que se atribuye hoy a estos términos. En 1254 se convocó a dos caballeros por cada *shire* para que acudieran a Westminster *vice omnium et singulorum eorundem co-*

mitatum [en lugar de todos y cada uno de aquellos encomendados], pero ni éste ni los demás Parlamentos de la época tenían verdadera competencia de decisión.

Gierke enlaza la idea de representación con la idea de voluntad, idea que luego desarrolló y sistematizó Georg Jellinek, tomando al pie de la letra un pasaje de Juliano en el *Digesto*: «*nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?* [pues, ¿qué importa si el pueblo declara su voluntad mediante sufragio en los mismos asuntos y hechos?]». Pero este pasaje es tan digno de crédito como los de las obras modernas que invocan la llamada soberanía popular. En los antiguos concilios de Toledo, refiere Colmeiro, los Padres solían congregarse a los fieles y publicar en su presencia los decretos *non ut suffragium praestarent, sed ut defenderent communem fidem edictis, legibus, et, si opus fuisset, gladio* [no para asegurar el sufragio, sino para mantener la confianza común por leyes y edictos y, en caso necesario, por la espada]. En las Cortes de 1363 los procuradores consta que se presentaron con «poderes bastantes». ¿Cuál era la calidad de esos poderes? Nos lo revela ingenuamente la referencia a las Cortes de Sevilla en el año anterior, de 1362: «con procuraciones suficientes para hacer lo que el rey les mandase».

El sufragio se considera como alternativa del consentimiento: si éste no es posible, «*quod universitas, vel maior pars vel illi qui a maiore parte universitatis electi sunt, faciunt, perinde est ac si tota universitas faceret* [lo que la colectividad, bien su mayoría bien aquellos que fueron elegidos por la mayoría de ella, hacen, vale como si toda la colectividad lo hiciera]», pues, como asegura Pileo: «*quia cum ab omnibus sint electi, ab omnibus est eis concessa potestas* [al haber sido elegidos por todos, por todos se les ha concedido su potestad]». Y así como las decisiones de los elegidos son imputables a la colectividad, también lo son los actos que ejecutan los agentes de los elegidos; según Rofredo, «*quod feci de mandato consulum castris, videor de mandato omnium civium fecisse; refertur enim ad universos, quod pro voto primatibus indulgetur* [lo que hice según el mandato de los cónsules de la ciudadela, parece que lo hice según el mandato de todos los ciudadanos; pues afecta a todos lo que por voto se concede a los principales]».

En los tiempos modernos, Laband, comentando el art. 29 de la Constitución alemana de 1871, que reproducía el art. 83 de la de Prusia y aseguraba que «los miembros del *Reichstag* son representantes del pueblo entero», señaló que esta fórmula carecía de sentido y que «desde el punto de vista jurídico, los miembros del *Reichstag* no representan a nadie». Así lo repite Anschütz en su comentario al art. 21 de la Constitución de Weimar. Con respecto a la posición del monarca, Baldo de Ubaldis en su comentario al Digesto afirma que dentro de su competencia representaba a la *universitas*, fuera de ella sus actos no obligaban a nadie. Ni se engañó el espíritu perspicaz de Bartolo; eso de la representación le parecía uno de tantos casos en que «*tenemus fictum positum pro vero, sicut ponimus nos iuristae* [los juristas aceptamos como real lo ficticio]». La equivalencia de la voluntad de cierto número de individuos a la de una totalidad de ellos, que Jhering calificó de *technische Notlüge* [tecnicismo piadoso], es, según Kelsen, fuera de la esfera jurídica, un «fenómeno psicológicamente imposible».

La sutil teoría de la imputabilidad representativa había de incurrir en contradicción cuando se trató de la responsabilidad electiva. Los glosadores completaron la máxima romana *universi consentire non possunt* declarando que había de sobrentenderse la palabra *facile*, es decir, que aun cuando no era la regla, y salvo casos de consentimiento o mandato de la totalidad, las colectividades no eran responsables por actos ilícitos de sus administradores, como tampoco lo eran los pupilos por los actos de sus «representantes legales». Coincide con esta apreciación el precepto canónico: «*delictum personae non nocet ecclesiae; ecclesia non patitur damnum propter culpam praelati* [el delito de la persona no daña a la iglesia; la iglesia no tolera el daño por la culpa del prelado]». Inocencio IV declaró: «*impossibile est quod universitas delinquat* [es imposible que la comunidad delinca]». No parecen darse cuenta los que sostienen esta doctrina de que esa excepción destruye su sistema y que sale malparado el concepto fundamental de la imputabilidad de los actos de los que se supone representan a la colectividad. Bartolo admite, lógicamente, la responsabilidad colectiva, «*universitas potest criminaliter accusari et puniri* [la comunidad

puede ser acusada de un crimen y ser castigada]», porque si la *persona ficta* existe o tiene valimiento, ha de tenerlo en todo. Y, en efecto, en las relaciones intercolectivas la regla es la imputabilidad de los actos de los titulares del ejercicio de las funciones a la colectividad total y a ella se exige la responsabilidad de los actos de los funcionarios.

Carl Schmitt supone que la realidad política implica identidad o representación, dándose aquélla cuando un pueblo es capaz de actuación política en virtud de su poderosa y consciente homogeneidad, de fronteras naturales fuertes, o por otros motivos, mientras que la representación deriva del concepto que la unidad política de un pueblo no puede estar jamás presente con identidad real y por tanto ha de estar representada siempre por medio de hombres. Estos representantes hacen visible y actual un ser invisible mediante un ser públicamente presente; esta representación —*re praesentare*— hace «existencial» lo que no está realmente presente. Si procuramos discernir el fondo de la idea a través del aparatoso vocabulario en que se disimula, entendemos que los representantes, según Schmitt, y también según Leibholz, hacen visible algo inmaterial, esto es, la existencia política de un pueblo, el Estado, realidad en parte inmaterial.

Ya había señalado esa supuesta identidad Schindler, alegando que, en los regímenes de sufragio, la decisión de la mayoría del cuerpo de ciudadanos podía asimilarse sin error a la de todos ellos, pues si todos participaran efectivamente en el acto político —hipótesis irrealizable— se obtendría el mismo resultado. El mantenimiento de la misma proporción de fuerza numérica de los partidos en el Parlamento allí donde se ha extendido el derecho de sufragio a las mujeres sería una prueba de este aserto. No ha sucedido eso en España, según la opinión general. Esta extensión del derecho de sufragio ha modificado además la orientación política de los Estados que la han instituido. Y no puede negarse que la reducción del límite de edad para la capacidad electoral modifica también los resultados del sufragio. Pero hay más: la identidad no sería exacta aunque se lograra incluir en un conjunto de voluntades con una manifestación concordante a las que declaran abiertamente en el sufragio su oposición. Porque el

sufragio no expresa la opinión reflexiva individual ni colectiva; el arte de influenciación transitoria de los electores y la variedad de métodos de presión que se ejerce sobre ellos quitan gran parte de su valor a los sistemas electorales vigentes en la actualidad. De ningún modo puede admitirse que el resultado del sufragio exprese siempre una opinión de los electores emitida con consciencia de la función colectiva que realizan en el ejercicio del derecho electoral. Es fácilmente demostrable en muchas ocasiones que el voto emitido es contrario a los intereses individuales de los votantes y al colectivo de la integración política.

Esta facilidad de influenciación de los espíritus que desvía el ejercicio de la función electoral tiene por consecuencia agudizar la diversidad de tendencias en el proceso de formación de las decisiones, engrandeciendo las tentativas particulares o grupales de inordinación. Por esta razón no conviene el régimen de sufragio con el prevailecimiento de la mayoría, y menos aún con el sistema proporcional, a colectividades políticas de cohesión deficiente, en las cuales no existe un sólido fondo común de intereses primordiales, ya que el valimiento que alcanzan entonces las tendencias de diversificación y desintegración impide la eficacia de la solidaridad, destruyendo el Estado o imposibilitando su adecuado desarrollo. Para que pueda ser eficaz la coordinación es preciso ante todo que tenga una base social y política en que apoyarse, de lo contrario el régimen llamado democrático parlamentario aumenta las dificultades y acentúa la intransigencia de los distintos grupos, cuya actuación política no se inspira en las necesidades de la interdependencia de todos los intereses, por la sencilla razón de que no se reputa que existen intereses primordiales comunes a todos los grupos y a todas las opiniones, intereses que irradiarían una energía de integración siempre activa y suficiente para superar diferencias accidentales y secundarias. En estas colectividades, que carecen de lo que Schindler llamó «convicciones profundas comunes», donde hasta los mismos principios de la convivencia se hallan en entredicho, la integración política habrá de mantenerse en virtud de relaciones de subordinación, con el natural inconveniente de convertirse el Estado en algo ajeno, hostil, repudiable para parte mayor o menor de los miembros de la

integración. Esta parte de los miembros de la integración que ve, o cree ver, sus intereses postergados por un grupo parcial dominante, se halla en la situación de los pueblos coloniales; la colectividad parcial de intereses sistemáticamente postergados es, a pesar de todas las apariencias, una *universitas superiorem recognoscens*, superior que se sirve de la colectividad minoritaria para satisfacer intereses particulares. Esta diferenciación no se percibe a veces, porque los individuos cuyos intereses son postergados no forman grupos contiguos y su comunicación y unión es difícil en virtud de esta circunstancia de distanciamiento. Ciertos partidos, sin embargo, formados precisamente para radicalizar diferenciaciones fundamentales entre los intereses de los miembros de la integración, generalmente con pretextos dinásticos o relativos a la forma de gobierno, religiosos o económicos, tratan de suplir esa falta de coherencia de los individuos que creen tener intereses peculiares diferenciados. A mayor diferenciación, menor es el número y la extensión de las funciones colectivas que puede asumir eficazmente el Estado.

Por estas razones no puede crear la llamada representación lo que no existe en su base. Aquella visibilidad a la que se atribuye la idea de representación es también una ficción y no nos adelanta nada en la solución del problema de la posición de los órganos del Estado y de sus funcionarios. Cualquier persona o cosa puede servir para recordar, simbolizar, «representar» otra persona o cosa, pero esta representación no radica en el símbolo, sino en la mente del que la acepta como tal símbolo. De un pedazo de madera puede tallarse una figura que «represente» algo inmaterial, en el sentido de esos autores; podrá representar la divinidad; pero la condición, la esencia de tal representación no está en la madera, sino en el espíritu de los que le atribuyen la calidad de representar lo invisible. Es indudable que existen individuos y grupos que asumen el gobierno o participan en él; lo que es preciso elucidar es con qué fundamento y de qué manera realizan el ejercicio de sus competencias. Aun admitiendo la ideología de Schmitt, quedarían por explicar la naturaleza y las condiciones del ejercicio de las funciones colectivas. Es lástima que Schmitt, que en un ingenioso trabajo ha señalado las coincidencias entre la teología y

la política, haya sido víctima del mismo espejismo contra cuyo engaño quiso prevenir.

Aunque se perciba la diferenciación de calidad en la posición de los diversos funcionarios, la percepción es deficiente si se le atribuye alcance excesivo. Es posible que convenga denominar con algún término especial la categoría de los funcionarios superiores en la jerarquía supuesta o real de las funciones, pero no parece estar en lo cierto Schmitt cuando tiene por menosprecio hablar de Federico el Grande o de Bismarck como si hubieran sido funcionarios del Estado de su época. No acertamos a ver nada deshonoroso ni denigrante en considerar a esas personalidades como titulares del ejercicio de funciones estatales. Fueron titulares que, en algunos respectos, dieron esplendor a la institución de que derivaban su competencia y a la colectividad a que eran imputables sus actos. Alguna vez ha de corresponder la eminencia de los funcionarios a la preeminencia de la función.

Sucede que personalidades que actúan por la colectividad, merced a su inteligencia en presentir las posibilidades del momento y su arte de adaptación, imprimen rumbo decisivo a la evolución colectiva sin atenerse exactamente a instrucciones o limitaciones estatutarias de su competencia, pero no cabe afirmar que sólo el que gobierna participa de la representación en el sentido de aquellos autores y que el gobierno se distingue de la administración y de la *gestio negotiorum* en que expone y concreta el principio de la existencia política. Esta manera de ver adolece del defecto de suponer una diferenciación real absoluta ineludible entre los gobernantes y los llamados gobernados, ficción antiquísima y tantas veces repetida, pero que no por la insistencia en su formulación adquiere visos de verosimilitud. Hauriou, por otra parte, reitera que si los problemas del Estado han de exponerse de manera realista, «suponen la oposición y el equilibrio de la nación y del gobierno del Estado considerados como dos poderes colectivos diferentes», entre los cuales existe un «antagonismo continuo». A eso arguye Duguit, quien tanto hincapié hace, en otro sentido, en la distinción entre gobernantes y gobernados, que el gobierno y la nación no son dos unidades simples, distintas y contrapuestas, sino

complejas y necesariamente conjuntas. La nación, si damos ese nombre a la colectividad política consciente de su unidad, comprende entre sus factores al gobierno. La representación gobernante a que se refiere Schmitt presupone ya la unidad política; tal es su condición. El pensamiento de que no hay Estado sin representación, que expone Schmitt, es el mismo que Georg Jellinek expresó con las palabras: no hay Estado sin órganos; y lo mismo que ahora Schmitt, afirmó a fines del siglo pasado Jellinek, que el Estado, en resumen, no era más que un sistema de órganos. Sin embargo, los órganos no tienen más razón de ser que el ejercicio de las funciones colectivas y no se comprende cómo puede imaginarse el ejercicio de esas funciones prescindiendo de la colectividad.

La posición de los funcionarios con respecto a la colectividad no es idéntica en todas las circunstancias y en todas las funciones: el vocablo «funcionario» se aplica a una extrema variedad en el origen, la naturaleza y la extensión del ejercicio de funciones estatales. Esta diversidad ha inspirado una diversificación en la nomenclatura, distinguiendo algunos autores entre órganos y representantes con referencia a la calidad de la función. Tal es la doctrina de Saripolos y Carré de Malberg, los cuales afirman que «la calidad de órgano y la de representante se excluyen mutuamente». Leibholz niega la diferenciación de los autores citados entre órgano y representante, apuntando con razón que estos conceptos no son incompatibles en la terminología política corriente. Entonces todos los representantes serían funcionarios, pero no todos los funcionarios serían representantes. Prodúcese en este respecto la clasificación de Jellinek relativa a los órganos primarios y secundarios y la de Duguit, de gobernantes y agentes, suponiendo, con el parlamentario francés Barnave, que la diferencia entre representante y «simple funcionario público», tales son los términos de Barnave, es que el representante está encargado en ciertos casos de querer por la nación, mientras que el «simple funcionario» sólo está encargado de obrar por ella. En otras palabras y en la terminología de los tratadistas alemanes referidos, el representante típico de la totalidad del pueblo es el monarca, el presidente, y por lo general también el gobierno y el Parlamento, grupo de individuos que «integran funcionalmente el Estado en su

unidad política». Frente a ellos y al pueblo, unidad política ideal, idéntica al cuerpo de ciudadanos, se hallarían los agentes, los simples funcionarios, los empleados que actúan por inspiración de las unidades personales integradoras, y las personas que actúan por encargo de las categorías mencionadas con competencia definida, pero no en nombre de la totalidad.

Al efecto de realzar la posición de ciertas categorías de funcionarios se usan accesorios decorativos peculiares en su alojamiento e indumentaria, y los actos de su gestión —y aun a veces otros que no se relacionan con ella— vienen regulados y acompañados de ceremonias destinadas a impresionar los ánimos con atributos que se suelen adscribir a la majestad y al poder. Así se revela la tendencia de colectivizar, estatizar tales funcionarios, hasta el punto que la terminología del régimen monárquico, ingenuamente adoptado por otros que aspiran a diferenciarse radicalmente de aquella tradición, atribuye a un funcionario la personificación del Estado. Smend señala a los «jefes de Estado» la calidad de símbolos que encarnan o personifican la unidad del pueblo, a modo de la bandera, el escudo, el «himno nacional». Si esta ficción no tuviera más alcance que el sentimental podría ser acogida con el interés que despiertan las efigies de personalidades ilustres cuya memoria se trata de popularizar con monumentos, en los sellos de correos o en actos solemnes —como el otorgamiento de títulos «nobiliarios» o la designación de «ciudadanos de honor»— para crear momentos integradores en el Estado; desgraciadamente, puede ser peligrosa por sus posibles consecuencias políticas. Los titulares de ciertos órganos se complacen en usar tales alegorías para realzar su posición en la colectividad; un presidente de la República se produce persuadido de que sus actos «personifican la voluntad política de la nación»; los miembros de un Parlamento lo califican de «encarnación de la soberanía nacional».

La distinción entre representantes y órganos, entre gobernantes y agentes, supone que aquéllos gobiernan, esto es, declaran las normas, mientras que todos los demás funcionarios, individuos y grupos menores han de limitarse a acatar las decisiones de tan eximios representantes. Este concepto de *status subiectionis*, de mera subordinación en la estructura política, es incompatible con la naturaleza de la integración, cuya continuidad

no se explica más que por la solidaridad y, por tanto, coordinación de sus miembros. Hay categorías de órganos no comprendidas en la clase de los representantes o gobernantes, que no sólo no están limitados exclusivamente a la ejecución mecánica de las normas de otros órganos, sino que, como indica Posada, ejercen la función de declarar a su vez normas imputables a la colectividad. Esta es la situación de los órganos de la función judicial. Cada órgano en su función cumple un cometido en la vida colectiva y la jerarquía en el servicio no implica jerarquía en la función. Para ello habría de demostrarse que una función puede aislarse de las demás y que es primariamente más necesaria e indispensable que las otras.

La tendencia de atribuir preferencia intrínseca, «representativa», a ciertos órganos, como si en ellos se manifestara en realidad la existencia política del Estado, el cual, por lo demás, como realidad en parte inmaterial, no es, por eso mismo, materializable, conduce a separar lo político de lo que se reputa meramente técnico-administrativo, como hace Smend, y, pues sólo los representantes son los que plasman la evolución política, a atribuirles en algún modo la omnímoda dirección de la gestión colectiva. Explícate así que Schmitt estime que la monarquía absoluta sea la forma absoluta de la representación.

La preeminencia de los que tienen a su cargo la gestión de los asuntos colectivos, la autoridad que ejercen, la dificultad de discernir el verdadero fundamento de su poder y la posición que suelen reivindicar en la integración política contribuyen a darles apariencia de personificación de la colectividad, y en el Estado se observan hoy todavía trazas de esta confusión. Si un monarca francés pudo haber dicho «El Estado soy yo», (Bossuet decía, refiriéndose al titular de la Corona, *tout l'État est en lui*), y Bismarck afirmar «Yo soy el Estado» y uno de los canonistas polemizantes en la Edad Media declara que *papa est ipse ecclesia*, un grupo o clase podría decir en nuestros días, como indica Schmitt, «el Estado somos nosotros». Aun hoy se confunden con lamentable frecuencia los términos «gobierno» y «Estado». En realidad, el Estado sólo es tal Estado para los que puedan decir: el Estado somos nosotros. Para los demás, será otra cosa, pero no Estado. Para que exista un Estado será preciso, como enseñaba Platón,

que sean muchos los que puedan decir, no «el Estado soy yo», sino «el Estado es en todos y en cada uno de nosotros».

Es de notar que la distinción entre gobernantes y agentes, entre representantes y simples funcionarios, repercute también en las manifestaciones externas de la gestión colectiva. Así una ciudad que se designa como residencia o capital «representativa» es suntuosamente urbanizada y provista de edificios públicos cuyo aspecto es apropiado para imbuir ideas de admiración y respeto hacia el «Estado», abstracción temible y magnífica, mientras están sufriendo penuria misérrima gran número de municipios; o se dota de morada, emolumentos y otras prerrogativas relativamente espléndidas a una clase de funcionarios, para que su presencia y actuación ejerzan, como la contemplación de los palacios destinados a algunos servicios, aquella fuerza integradora que ha de suplir, fomentar o complementar la consciencia de la solidaridad política. Sin embargo, todos los funcionarios sin excepción ejercen funciones de gestión colectiva y los individuos han de tener necesariamente del Estado la idea que les proporcionen el aspecto y la actuación de aquellas sus partículas personales con las que están en contacto cotidiano. El resultado es, como en la doctrina, que no basta realzar la posición de unos pocos funcionarios para mantener el prestigio de la colectividad.

Si el *imperium* es característica de las colectividades políticas frente a las de otras categorías y puesto que el *imperium* sugiere el predominio de una o más voluntades —más bien que el primado del discernimiento— no es de extrañar que esté tan difundida la creencia de que no puede existir ningún Estado sin un «órgano supremo», es decir, un órgano cuya incumbencia es resolver en «última instancia» los casos dudosos y los conflictos de opiniones e intereses. En los regímenes autocráticos puede existir en verdad un órgano cuyo titular unipersonal o colegiado asume la decisión última, definitiva, de todas las cuestiones. La terminología del régimen monárquico constitucional con sus referencias al «Poder moderador», «Poder neutral», «Poder armónico», responde también hasta cierto punto a la realidad en los casos en que el titular de la Corona tiene efectivamente la competencia de dirimir conflictos entre órganos superiores del Estado y de impedir por medio del veto o con procedimientos de idéntico

resultado la declaración de ciertas decisiones políticas. Es entonces verosímil la calificación de «Jefe del Estado» con que se designa al titular de la Corona, con las salvedades ya apuntadas respecto a la clasificación de las formas de gobierno con criterio meramente cuantitativo. Esa terminología se ha adoptado también en regímenes en que no parece adecuada a la realidad política, en virtud de la tendencia a la continuidad ideológica y de la creencia referida en la necesidad absoluta de un «órgano supremo» en todo Estado.

Es cierto que la primacía de un criterio puede evitar la inordinación desintegradora en la colectividad política, pero conviene precisar algunas circunstancias en que se producen las decisiones. Observamos, desde luego, que no consta en las Constituciones el verdadero origen de las decisiones, que no se deben éstas todas en su «última instancia» a un solo y único origen y que no es previsible el origen de decisiones futuras. No ha sido posible a perspicaces investigadores descubrir la sede de la «soberanía» en un Estado determinado; no conocemos de antemano —y a veces tampoco después— el factor decisivo en la declaración de una norma, en el fracaso de un proyecto, en la derogación, modificación, ejecución o el incumplimiento de cada norma. El monarca o el presidente, el Parlamento o una de sus Cámaras, el consejo de ministros, un partido o un grupo, parte de la Prensa, una corporación, momentos extraestatales, pueden ser factor decisivo de la declaración de una norma, de la resistencia a su promulgación o de su incumplimiento.

Es tendencia de algunas Constituciones dividir y condicionar el ejercicio de las competencias de tal modo que ninguno de los órganos del Estado pueda ejercer predominio permanente sobre todos los demás. Esa tendencia se manifiesta especialmente en la Constitución española de 1931. Se emplea en ella el calificativo de «jefe del Estado» para designar al presidente de la República y bien pudiera ser que un presidente llegara realmente a actuar en el sentido de tal calificativo, pero entonces no ejercería sus competencias sometido a las fuertes trabas que le ha impuesto la Constitución. No puede calificarse razonablemente de «jefe del Estado» al funcionario que puede ser destituido sin indicación de motivo y sin

recurso por una mayoría cualificada del Congreso, cuyas decisiones con carácter de urgencia se ve aquél, por otra parte, irremisiblemente obligado a acatar, funcionario que no puede realizar acto funcional ninguno sin el refrendo de otros funcionarios cuya posibilidad de gestión depende de la aquiescencia de la mayoría de los titulares de otro órgano, funcionario, que, por lo demás, está subordinado en su designación y cese, en la extensión y duración de sus competencias, a la Constitución, decisión, a su vez, de otro órgano, el constituyente. En su afán de restringir y condicionar el ejercicio de las competencias, los autores de la Constitución de 1931 han llegado hasta prescribir limitaciones del futuro órgano constituyente al arbitrio del Congreso, órgano constituido. Sólo en el caso de perfecto acatamiento de la Constitución en su letra y en su espíritu, supuesto que ese acatamiento fuera lógicamente posible, podría admitirse la calidad de «órgano supremo» de las «Cortes Constituyentes» cuya decisión se atribuye al pueblo mediante una serie de imputaciones sucesivas: mayoría de las Cortes Constituyentes, mayoría de los electores, totalidad de los electores inscritos, cuerpo electoral, cuerpo de ciudadanos, pueblo.

Se ha dicho que es «órgano supremo», en la práctica, el que en caso de emergencia asume el ejercicio de la autoridad total, a la manera de las facultades del titular de la Corona en las monarquías llamadas absolutas —como señaló Bodin—, o de la posición del presidente de la que fue República Alemana de acuerdo con las competencias que una de las interpretaciones del art. 48 de la Constitución de Weimar entendió le estaban concedidas. Sucede, no obstante, que cabalmente en esos casos de crisis, nadie sabe cuál será el factor decisivo en la situación: el titular del «órgano supremo», los de otros órganos instituidos en la Constitución, o algún factor todavía desconocido, extraconstitucional, que adquirirá valimiento político infringiendo las normas que habían de regular el ejercicio de las competencias.

Los órganos existen independientemente de los individuos a quienes incumbe el ejercicio de su actividad, pero no pueden actuar sin servirse de individuos. Acusan dos características: una personal y otra real. La atribución de carácter colectivo a una función varía con arreglo a la estruc-

tura de la colectividad respectiva; su extensión y contenido difieren en el espacio y en el tiempo. Consecuencia de la atribución de esta calidad a una función es la imputabilidad de su ejercicio a la colectividad. De esta imputabilidad podrán deducirse resultados diferentes según el contenido de las normas, pero la imputabilidad es, en todo caso, desde el punto de vista colectivo, momento esencial e ineludible de la actuación de los funcionarios; es la razón de ser de su existencia, el motivo de su gestión, el requisito de su actividad. No se derivan a veces en un sistema legal todas las consecuencias políticas de la imputabilidad, excluyendo algunos de sus efectos por disposición expresa de una norma, pero los que declaran las normas no alcanzan a desvirtuar por completo la naturaleza conceptual de una institución. Esta imputabilidad es un momento tan prominente en el ejercicio de las funciones colectivas, que cuando este ejercicio está, por cualquier causa, específicamente vinculado a un individuo, una familia, una clase, parece que la función es un accidente del órgano y que sus titulares personifican la colectividad, asimilando los tres conceptos «colectividad», «órgano» y «funcionario».

La correlación condicionada entre función, órgano y funcionario no se da en las colectividades políticas con esa sucesión lógica estricta. En principio, el concepto de órgano implica la existencia de la función, y el de funcionario supone la realidad de la función y del órgano, pero en la vida política, con su variedad de circunstancias y la polaridad de los intereses inmediatamente perceptibles de individuos y grupos, acontece que una estructuración determinada de funciones y órganos se debe a la existencia de ciertos individuos, hasta el punto que se instituyen órganos y competencias con arreglo a la posición de un individuo o de un grupo en la colectividad. Este fenómeno aumenta la confusión y dificulta el discernimiento de la relación entre los conceptos fundamentales de la estructura de la integración política.

La actuación del titular de una función colectiva se nos presenta de diversa manera según sea el punto de vista de nuestra observación. Desde el punto de vista de la colectividad, los actos de ciertos funcionarios parecen actos colectivos propios, ya que son imputables a ella, no actos de

un representante que fuera ajeno en algún modo al representado. Desde el punto de vista del titular, los actos tienen cierto carácter de representación, ya que trascienden la esfera de imputabilidad de la persona física. La apariencia individual de los actos del ejercicio de las funciones colectivas conduce a veces a la ficción o representación de la voluntad y así define Carré de Malberg los órganos del Estado: hombres que individual o colegiadamente están habilitados por la Constitución para querer por la colectividad y cuya voluntad vale, en virtud de esta habilitación estatutaria, como voluntad de la colectividad. La atribución de voluntad deriva de modo inmediato de la doctrina de la persona jurídica o corporativa que con tanta habilidad han expuesto, en los tiempos modernos, Otto Gierke y Georg Jellinek. Estima Jellinek que toda colectividad debe tener una voluntad, que esta voluntad ha de ser uniforme y que siendo la voluntad atributo humano, hombres han de ser los que ejerzan la voluntad colectiva.

Esta teoría es, en último término, una apología de la autocracia, pues ese régimen es el que mejor puede asegurar la realización de la supuesta voluntad única y uniforme de la colectividad. También la teoría organicista, como hemos visto, llega a resultados análogos. La analogía de una colectividad con el cuerpo humano confirma la necesidad de la preeminencia de un miembro, de la cabeza, sobre todos los demás miembros. Santo Tomás compara en la *Summa Theologiae* la Iglesia con el cuerpo humano: «*in ecclesia vicem capilis tenet papa et vicem principalium membrorum praelati maiores ut episcopi* [en la Iglesia el Papa es como la cabeza y los prelados son como los miembros]». Con este y otros argumentos se defiende la supremacía del papa sobre los concilios. Juan de Santamaría, en su «Tratado de República», escribe sobre la monarquía: «como la cabeza en el cuerpo humano, así es el rey en la república». Mariana, en la «Historia General de España», es también partidario de la monarquía porque, dice, «va más conforme a las leyes de la naturaleza, que tiene un primer movedor del cielo y un supremo gobernador del mundo». Y concluye: «Las otras formas de gobierno el tiempo las introdujo y las inventó, y la malicia de los hombres».

Marsilio de Padua, en cambio, que también tomaba en su exposición a la naturaleza como modelo, atribuyó a la actividad colectiva el cometido de ordenar armónicamente sus partes. De ahí derivó el concepto de la función, denominada *operatio, actus, officium, actio*, y el del funcionario, que era miembro del organismo colectivo. Fundamento de toda autoridad, excepto la religiosa, era la voluntad del pueblo, que se supone manifestada en un pacto o por el consentimiento expreso o tácito. El grado de predominio del pueblo varía según los autores. Marsilio de Padua distingue entre la *universitas civium* y la *pars principis*; aquella es la *causa efficiens* de la *respublica*. De la continuidad de la colectividad dedujo Baldo la obligatoriedad de las decisiones para sus superiores y, con respecto al que actúa por la *respublica* en virtud de su dignidad, señaló una diferencia entre *persona privata* y *persona regia* y añadió: «*persona regia est organum et instrumentum illius personae intellectualis et publicae* [la persona regia es el órgano e instrumento de aquella persona intelectual y pública]».

La ficción de la voluntad colectiva es muy cómoda para fundamentar la teoría de la representación y la posición de los funcionarios. Pero aun supuesto que existiera en realidad una voluntad colectiva, la posición de los funcionarios no depende necesariamente de esa voluntad. Cuando el representante o mandatario actúa en virtud de un mandato, o de instrucciones, ha de sujetarse a las condiciones del contrato correspondiente y no hace más que realizar la voluntad del representado. Pero en los casos de la llamada representación legal, puede suceder, y sucede con frecuencia, que el representante no expresa la voluntad del representado. Acontece entonces que el representado no tiene voluntad, como en los infantes o, si la tiene, puede hallarse en absoluta contradicción con la del representante, como en el caso de los menores y de los pródigos. Como a primera vista se percibe la voluntad del representante y la imputabilidad del acto al representado, se ha creído que lo que se representa es la voluntad. En tales circunstancias se reputa que el acto realizado por el representante no ha sido efectuado para el representado sino por el representado, sin que el representante haya de tomar en consideración la voluntad del representado. Para que pudiera afirmarse con fundamento que el repre-

sentante expresa la voluntad del representado, sería menester que aquél obrara en cumplimiento de instrucciones expresas de éste. Cuando no es así, no se puede hablar de mandato ni de representación, aunque las leyes den nombre de representantes o mandatarios a ciertos funcionarios del Estado. Observemos de paso, que en los casos de «representación legal» del padre, del tutor y del curador, la institución se funda en la calidad del discernimiento, que se supone es deficiente en los que no pueden actuar por sí.

La carencia de voluntad colectiva fue ya señalada por Baldo; la voluntad no es del imperio, sino del emperador: «*imperium non habet animum, ergo non habet velle nec nolle, quia animi sunt* [el imperio no tiene voluntad (ánimo), por tanto ni quiere ni puede, algo que es propio de la voluntad]». Sucede que ciertos funcionarios, que asumen la competencia de proclamar o promulgar las decisiones, aparecen como si ellos las hubieran producido y esta apariencia y su calidad de actuar como negociadores y firmantes en convenios con otras colectividades los reviste de una aureola especial, que suele calificarse de «carácter representativo». La diferencia cualitativa de la naturaleza del funcionario según su actuación está finamente percibida en la descripción contemporánea de la posición del dux de Venecia: «*rex in purpura, senator in curia, in urbe captivus, extra urbem privatus* [rey en púrpura, senador en la curia, cautivo en la ciudad, individuo privado fuera de la ciudad]». A veces el funcionario, no obstante, no representa, elabora más bien, como se expresa De la Bigne, la voluntad colectiva como factor que suple la incapacidad del pueblo, que es en el Estado, a juicio de Hegel, aquella parte «que no sabe lo que quiere».

La ficción de la representación, complacientemente defendida, siguiendo el consejo de Platón, para ilusionar al pueblo en su beneficio, tiene importantes consecuencias políticas. Es la base de todo un sistema, llamado representativo. Afirma esta doctrina que las competencias de todos los órganos del Estado emanan del pueblo, como si esta expresión designara la colectividad política y no implicara ya la existencia del órgano «pueblo», del cuerpo de ciudadanos o del cuerpo electoral. Se supone que es en último término el pueblo el que toma las decisiones, mientras que

en realidad el pueblo tiene en ellas, en el régimen calificado de representativo, poca o ninguna participación; cierto número de ciudadanos actúa en el sufragio sólo para designar a los titulares del ejercicio de ciertas funciones. El sistema representativo empieza suponiendo que el Parlamento representa al pueblo, afirma luego que el pueblo todo está en el Parlamento y termina, en fin, asegurando que el Parlamento es el pueblo. «El pueblo o la nación», decía Siéyes, «no pueden tener más que una voz, la del Parlamento» o, como decía la Asamblea Constituyente de 1789, el rey está en la nación, el rey es representante de la nación; máxima que repitió Cánovas del Castillo para explicar el régimen de la Constitución española de 1876. Hobbes había escrito en el siglo XVII: *rex est populus*.

En los Parlamentos medievales, en que estaban reunidos los defensores de los tres brazos o estamentos, nobleza, clero y pueblo en el sentido de la época, esta división favorecía la designación de personas que actuaban con arreglo a instrucciones impartidas por todo o parte del grupo que los designaba; estas personas eran, en efecto, representantes; «embajadores», los llama Carré de Malberg. La tendencia de emancipación común a todos los funcionarios, las necesidades de la gestión, que se veía dificultada cuando surgían asuntos imprevistos o urgentes o cuando las deliberaciones tomaban un sesgo no previsto, llevaron a extender esas instrucciones en términos más generales, hasta que cesaron por completo. En este momento dejaron de ser representantes y mandatarios los que actuaban en las asambleas. La base de aquella representación era la similitud de intereses entre representantes y representados y la competencia técnica de los representantes. Los teóricos de aquel sistema consideran que el correctivo de las diferencias entre los intereses, su síntesis en la asamblea, era la persona del titular de la Corona, el soberano. Así explica Bodin que los representantes no tenían, individual ni colectivamente, competencia alguna de autoridad, porque, argüía, «esta soberanía ejercida en dos partes, cuando es el dueño a veces el príncipe y a veces el pueblo, es un absurdo incompatible con la soberanía absoluta y contrario a la ley y a la razón natural. El reino de Francia —concluía— es una soberanía perfecta, en que los estados no tienen participación ninguna». Este razonamiento político

en favor de la monarquía fue acogido en España por Fray Juan Márquez en su *Gobernador Cristiano*, donde indica que es contra razón natural que no sean distintas personas la que manda y la que obedece y que la fuerza coactiva de la ley está en la persona del príncipe y no en la república, opinión que desarrolló más tarde Seydel.

Si el mandato se conserva al generalizarse el sufragio, habría de demostrarse que los mandantes tienen el discernimiento necesario para impartir instrucciones beneficiosas para el bien común. Políticamente, se desplazan los términos del problema, sin resolverlo. Si la capacidad es real, lo que importa es averiguar el medio más expedito y seguro de asegurar la óptima gestión de la defensa de intereses colectivos. Pero si los mandantes tienen el discernimiento necesario, ¿por qué han de servirse de mandatarios? En el ejercicio de las funciones colectivas no habría de ser decisiva la voluntad de parte mayor o menor de la colectividad o de sus funcionarios, sino la necesidad de defender los intereses colectivos del mejor modo posible. No es la voluntad factor determinante de la congruencia, aunque sea cierto que la condición de los miembros de la colectividad ha de tenerse en cuenta. Las circunstancias se imponen en gran medida a la colectividad, advirtió Francisco Giner, y por eso puede hablarse de una dictadura de los hechos, de la realidad. En todos los regímenes suele presentarse la necesidad, para los funcionarios conscientes de su responsabilidad, de nadar contra la corriente. Por lo general, actúan amparados en la voluntad de una fracción de la colectividad, sugiriendo al pueblo la idea de que efectivamente ejercen las funciones colectivas por representación, mandato o delegación, pero en ocasiones críticas se revela la naturaleza de su posición. Jiménez de Asúa, en su *Proceso Histórico de la Constitución de 1931*, escribe con referencia a la determinación de la estructura territorial del Estado español y de las dificultades que surgieron a este respecto en las Cortes Constituyentes: «El auténtico político no es el que pone su vela al viento de la opinión pública, enconado por las pasiones, y corre ante ella recibiendo fáciles aplausos, sino el que se para en firme, detiene con un gesto al pueblo en extravío y serenamente le encauza, después de decirle con voz recia: ¡No tienes razón!».

La representación sin mandato sugiere la idea de delegación, cuyo origen atribuyen algunos autores franceses a la Asamblea Constituyente de 1789, porque en ella se declaró que todos los poderes emanan de la nación, pero que ésta no puede ejercerlos más que por delegación. Conviene recordar que ese principio se expuso ya en la Constitución norteamericana de 1787. El primer documento político en que se consigna la idea de delegación en sentido moderno parece ser el *Agreement of the people* que 18 regimientos del ejército de Cromwell apoyaron en 1647, documento en que se declara «que las facultades de la Cámara de los Comunes eran representativas, en el sentido más estricto de la palabra, y se extendían sólo a lo que no se han reservado expresa o implícitamente los representados», doctrina que es la base de la estructura política de Norteamérica. El principio de la delegación puede combinarse con el de la representación, atribuyendo a los órganos en cuestión amplias competencias y reservándose la posibilidad de modificarlas y revocar la designación de los funcionarios respectivos. En ésta, como en todas las teorías expuestas, hay algo de verdad, especialmente cuando se establece la posibilidad de revisar las decisiones de los delegados o de oponerles un veto suspensivo o resolutorio. De la idea de delegación se ha hecho el mismo uso que de la de representación, para adormecer la suspicacia del cuerpo de ciudadanos. Poincaré, siendo presidente del consejo de ministros francés en 1929, declaró en la Cámara que si la soberanía reside en las asambleas parlamentarias es porque el país se la había delegado temporalmente. Dos años antes había afirmado, por el contrario, en la misma Cámara, que «la soberanía nacional reside exclusivamente en las Cámaras».

En realidad, los funcionarios superiores ejercen sus competencias sin estar sujetos a instrucciones concretas y si es verdad que uno de los dos elementos, delegantes y delegados, es preponderante, no puede afirmarse que sea regularmente el de los sedicentes depositarios de la soberanía. Atento a esta circunstancia, señala Hauriou que «la elección de un representante es la elección de un jefe». La teoría de la delegación adolece de un vicio fundamental, suponer un acto de voluntad expreso en la colectividad, por el cual y mediante la ficción del principio de la mayoría se

confieren atribuciones a determinados funcionarios sin explicar quién ha facultado a los delegantes para otorgar la supuesta delegación. Lamentaba Hauriou esta teoría que él llamaba «llaga del derecho constitucional francés» y cuyo origen veía, digámoslo en sus propias palabras, «en la manía metafísica de reducirlo todo a un solo principio». Bossuet corrigió ya el error de los que creían que la soberanía o el poder público eran cosas concretas que es menester poseer para poder transferir.

Hauriou propuso a su vez otra explicación de la posición de los órganos del Estado, explicación que hemos de mencionar, aunque su autor la abandonara más adelante, pues no consta en la última edición de sus *Principes de droit public*, porque es la que ha oficializado en España la primera fórmula del preámbulo de la Constitución, donde se lee que las Cortes Constituyentes «en uso de la soberanía de que están investidas han decretado y sancionado» la Constitución. El término «investidura», derivado del régimen feudal, no es de feliz elección para expresar las circunstancias tan diversas del Estado moderno. Había además varias clases de investidura y habremos de atenernos a la acepción que Hauriou dio a la palabra. Investir a alguien significa, según Hauriou, decirle: «ejercerás tu poder propio, pero lo ejercerás en mi nombre y en interés mío. La investidura respeta en el agente investido el carácter autónomo de su poder y de su competencia y le impone simplemente la obligación de ejercer este poder con cierta orientación, en nombre del que otorga la investidura». Sorprenden en esta explicación algunos puntos y se comprende que el autor la abandonara luego. ¿Qué necesidad tiene de la investidura el que ya ejerce un poder propio? ¿Y por qué es propio suyo ese poder? ¿De qué clase es la obligación de ejercerlo en nombre y en interés del que concede la investidura? Hauriou alegaba que la investidura es una especie de mandato sin representación, pero Duguit observó que si el investido se halla en la obligación de actuar por cuenta del que otorgó la investidura y en interés suyo, nos encontramos ante un verdadero mandato, ante una delegación, idea que Hauriou quería precisamente combatir, incurriendo, además, en contradicción con su teoría de la soberanía nacional, pues es incompatible con ella un derecho propio de los investidos.

Para eliminar esa contradicción, empleó Hauriou, con el fin de calificar la posición de la «nación», la expresión «soberanía de sujeción», que menciona en la última edición de su *Traité de droit constitutionnel*, y sugiere un pensamiento semejante al de los tratadistas españoles Posada y Ruiz del Castillo, quienes entienden que la soberanía implica dominio de sí mismo, algo parecido a la autolimitación de Georg Jellinek.

Es tan evidente que la posición de algunos órganos no se regula por normas políticas que los hay que deben su calidad a su propia actuación. Georg Jellinek advierte que «el sistema representativo, por ejemplo, trasciende el dominio jurídico», que «el formalismo jurídico no logra abarcarlo enteramente». Es cierto; se trata de un fenómeno social que se regula con mayor o menor acierto con normas inspiradas en los intereses colectivos, pero sin que se haya conseguido hasta ahora concretar en normas la regulación de todos sus aspectos. Georg Jellinek, sin embargo, que era jurista, y un gran jurista, no pudo librarse de la preocupación logicista del positivismo jurídico y en su propósito de sistematizar este aspecto de la integración política llegó a abstracciones parecidas a las de la escuela normativa contemporánea. El fondo de la teoría de G. Jellinek no concuerda con sus derivaciones y así se explica que, examinándola cada cual desde un distinto punto de vista, haya podido reprocharle Hauriou que no era jurídica y Duguit que era una construcción exclusivamente jurídica. Al tratar G. Jellinek de la relación entre el Parlamento y el cuerpo de ciudadanos, declara que es una relación de órgano, y añade: «la cual no puede ser, por naturaleza, sino una relación de derecho». Las objeciones de Hauriou y de Duguit son de desigual valor. Hauriou niega, con razón, que el Estado sea exclusivamente un sistema de órganos, como había dicho Giner en España, para explicar el concepto del que llamaba «Estado oficial». En efecto, existen en la colectividad individuos y grupos que no tienen esta categoría. Tampoco con la ficción de la voluntad colectiva, que emplea G. Jellinek, se logra explicar el origen de las competencias. Con respecto a aquella famosa clasificación en órganos de creación y órganos creados, pregunta Duguit cuál es el órgano de creación del que han derivado su existencia todos los demás y, en último término, siempre se

llega a un momento en que falla la teoría de la voluntad colectiva. Duguit, que acusa a G. Jellinek de formalismo, incurre en el mismo reproche al censurar que se admitan fenómenos institucionales en la integración que no se verifican según normas preestablecidas. Michoud, en su magistral estudio *Théorie de la personne morale*, trató de demostrar que el órgano es concomitante con la colectividad política; no hubo colectividad mientras no existió el órgano y no hubo órgano mientras no existió la colectividad.

La existencia del órgano es un fenómeno político, podrá ser o no jurídico, se deberá a la costumbre, al consentimiento, a la fuerza, a normas anteriores. Retrocediendo al origen de las competencias, llegaremos siempre a una etapa prejurídica, ya que la norma jurídica presupone la norma política. No satisface nuestras aspiraciones la opinión de Duguit relativa a la posición del órgano, que, según el autor francés, depende de la división del trabajo, a la manera de la estructura del Estado ideal de Platón. Duguit, siguiendo la inspiración de Durkheim, admite la solidaridad por semejanzas, a causa de necesidades y tendencias comunes, y otra solidaridad, la de división del trabajo, que consistiría en que se establece un cambio de servicios: los representados aportan la mayor fuerza y los representantes el ejercicio de las funciones estatales. Pero nadie nos explica quién establece esa división del trabajo y cuáles son sus principios. Evocando la distinción entre el órgano y la función, ha expresado Hauriou lo que, a nuestro juicio, va encaminado a percibir las características de la posición de los funcionarios. Lo que une al funcionario en su gestión con la colectividad es una serie de representaciones mentales, la idea de los intereses colectivos, el ejercicio de la función tal como está definida por las normas. Este último sería el rasgo determinante: la línea de la función, como dice Hauriou. En esta línea son funcionarios los titulares del ejercicio de las funciones; si salen de ella, no ejercen la función, sus actos son individuales, personales.

En la designación por medio de sufragio, cuando asumen una o varias personas el ejercicio de una función colectiva, sea con arreglo a ciertas normas, sea sin limitación expresa —como puede suceder en la designación de los miembros de una asamblea constituyente—, los titulares del

ejercicio de la función pueden tener facultades casi discrecionales. El ejercicio de la función puede ser una facultad o un deber y siempre ha de realizarse en favor de los intereses colectivos, no de los que consintieron o cooperaron directamente en la designación, pues si ésta prospera es en virtud de la ficción del principio de la mayoría. El voto de la supuesta mayoría podría dar a conocer la opinión dominante, pero nunca podría llegar, en ninguna circunstancia, a identificar los intereses de la supuesta mayoría con los de la totalidad, ni a resolver cuestiones de principios, como tampoco puede identificarse el órgano con la colectividad o con la función. Por esta razón ha de evitarse, ya lo indicó Giner, la identificación del Estado con el cuerpo electoral. No es menor la necesidad de distinguir el Estado de la estructura de la división de competencias y del pueblo. Los términos «Estado», «Nación», «Pueblo», «República», «Monarquía», «España» no son sinónimos, aunque se procure con frecuencia presentarlos como expresiones de un mismo concepto.

Será difícil sustituir la ficción del principio de la mayoría en los regímenes democráticos, y, además, aunque es preciso conceder que la participación efectiva en la declaración de las normas o en la designación de funcionarios supone conocimientos y rectitud de intención poco comunes, no se ha descubierto hasta hoy un procedimiento practicable para dosificar adecuadamente la participación de cada cual —cuando se considera conveniente— de acuerdo con su capacidad política. Conste, sin embargo, que la exigencia de mayorías cualificadas para la validez de ciertas decisiones, lo mismo que para regular relaciones fundamentales en Estados de régimen autonómico —donde se requiere a veces aquiescencia equivalente a la unanimidad—, el régimen «representativo», el sistema proporcional, el Parlamento bicameral, el veto presidencial, son inconciliables con el principio de la mayoría.

La identidad y la representación son tan inexistentes en el supuesto teocrático como en el democrático. En la serie de imputaciones que se considera necesaria para explicar la formación y los efectos de las decisiones, existe una solución de continuidad entre la divinidad y el funcionario, lo mismo que entre la colectividad, el cuerpo de ciudadanos,

su mayoría discernible y el funcionario. El concepto teológico aplicado a la política para explicar el origen de las competencias no nos da una solución en cuanto a su ejercicio; pues si bien toda autoridad procede de Dios, no procede de Dios el uso peculiar que de ella hace un funcionario. En este punto tuvieron mayor clarividencia ciertos teólogos que muchos modernos aficionados a la política. Decía así Suárez, conforme con la doctrina de todos sus grandes predecesores, que la concesión de la potestad se había otorgado «*non per specialem actionem vel concessionem a creatio- ne distinctam* [no por una especial acción o concesión distinguida por la creación]»; por lo demás, «*homines iuxta naturae ordinem non revelatione sed naturali ratione reguntur in his quae civilia sunt* [de acuerdo con el orden de la naturaleza, en las cosas civiles los hombres no se rigen por revelación, sino por la razón natural]». No debieran aplicarse conceptos teológicos a la política. Son dos mundos distintos: una cosa es la teología; otra la política. De la voluntad divina al discernimiento del funcionario existe un abismo infranqueable y otro abismo se abre entre ese discernimiento y la legendaria voluntad de todos los individuos de una colectividad. Para equiparar en sus efectos la opinión de la verdadera mayoría a la opinión de la totalidad es precisa una ficción de equivalencia: la imputación. No es de extrañar que la transición del principio de la unanimidad al de la mayoría sea tardía en el desarrollo político; en España establecieron especialmente el principio de la mayoría las Cortes de Tarazona, en 1592.

El fundamento de la calidad de funcionario es siempre una imputación fingida a un poder anterior último indiscernible y su consecuencia la imputación real de sus actos a la colectividad. Esta imputación se produjo en primer lugar en las relaciones intercolectivas, en las que cada colectividad aparecía solidaria de los actos de sus miembros. Su extensión a la actividad intracolectiva es posterior y se va desarrollando por analogía. Su justificación, como suele suceder con las instituciones políticas, no ha precedido, sino ha seguido su existencia.

Se observa una tendencia a impersonalizar el origen de las decisiones que afectan a la colectividad y estatuir dependencias o interdependencias recíprocas en el sistema de funciones, órganos y funcionarios. Sin embar-

go, los sistemas de designación de funcionarios por una parte del cuerpo electoral y alguna participación ocasional directa de un número parcial, mayor o menor, de individuos en las decisiones —que se dan en los Estados llamados democráticos—, no nos inducen a atribuir a la colectividad el origen de las decisiones políticas. Es siempre una exigua minoría la que determina en definitiva la oportunidad y el contenido de las normas, lo mismo que en las monarquías y en las dictaduras. La diferencia entre esas dos categorías de regímenes políticos no consiste en el contenido de las normas, sino en la forma de su declaración y en la composición del grupo cuyo discernimiento prevalece en la colectividad. Por eso carece de valor la clasificación cuantitativa tradicional de los regímenes políticos. Aristóteles, el primero de los formalistas, creía que imperando la Constitución regía «la ley» y no la voluntad de un hombre o de un grupo en la colectividad. La experiencia nos enseña lo contrario: la voluntad se reviste de la apariencia de la legalidad y se disimula en elaboradas divisiones de competencias y en escalonamientos y entrecruzamientos de trámites y recursos, pero detrás de la ley asoma la voluntad de los individuos que la inspiran o declaran y ejecutan o vigilan su ejecución. Cada gobierno, cada partido entiende y ejecuta «la ley» a su manera. La técnica de la transgresión de las leyes rivaliza con la de los legisladores, hasta el punto que apenas pueden distinguirse a veces los resultados de una y otra.

Las normas podrán presentarse con apariencia colectivizada e impersonal, a lo que contribuyen las denominaciones de los órganos de las decisiones, pero no hay tal anonimato, aunque no sea en todos los casos fácil señalar los verdaderos autores de cada decisión, ya que las personas y los grupos a que se deben las decisiones no figuran todos en las Constituciones. Es que ni hay medio de concretar taxativamente las competencias asignadas a cada órgano, ni son sólo los órganos establecidos en la Constitución los que determinan, no obstante las ficciones de la literatura política, las normas y su contenido.

Por eso es tan urgente atender más al contenido de las normas que a los trámites aparentes de su formación y por eso también son tan endeble las construcciones políticas, porque no existe un criterio objetivo univer-

salmente válido para juzgar de su congruencia. Recordemos que la legalidad —que implica la observancia externa de los trámites establecidos para la formación de las decisiones— no es sustituto suficiente de la idoneidad, la cual únicamente puede derivarse de la congruencia del contenido. Las fórmulas de responsabilidad «ante Dios» o «ante el pueblo» son iguales en su inocuidad política, salvo su utilidad para los funcionarios en su propósito de disimular la realidad y velar los errores en la percepción y los vicios en la voluntad de los que declaran y aplican las normas. La mera invocación a la divinidad o a cualquier supuesto origen del ejercicio concreto de las competencias —pueblo, nación, mayoría— es insuficiente. Su reiterada repetición, su empleo como *ultima ratio* de una modalidad determinada de la gestión de los intereses colectivos, son sospechosos; sólo el contenido de una decisión merece suscitar coordinación de voluntades en la integración política. Los demás alegatos que se formulan con referencia a la tradición o al progreso son, simplemente, asimilaciones impertinentes de conceptos teológicos a la política.

Referencia bibliográfica

- DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, M.: *Traité Général de l'État*, I, 1929; II, 1931.
- BRYCE, J.: *Studies in History and Jurisprudence*, 1901.
- CARRÉ DE MALBERG, R.: *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, I, 1920.
- DUGUIT, L.: *Les transformations du Droit Public*, 1925.
- DUGUIT, L.: *Traité de Droit Constitutionnel*, I, 1927; II, 1928; III, 1930.
- FIGGIS, I. N.: *The Divine Right of Kings*, 1914.
- GIERKE, O.: *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, III (Die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland), 1881.
- GIERKE, O.: «Über die Geschichte des Majoritätsprinzips», en *SCHMOLER's Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft des Deutschen Reichs*, XXXIX (1915), págs. 565 y sig.
- HAURIOU, M.: *Principes de Droit Public*, 1910; 1916.
- JELLINEK, G.: *Allgemeine Staatslehre*, 1929.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República Española*, 1932.
- KELSEN, H.: *Allgemeine Staatslehre*, 1925 (trad. española de L. LEGAZ, 1934).
- KONOPCZYNSKI, W.: «Une antithèse du principe majoritaire en Droit Polonais», en *Essays in Legal History read before the International Congress of Historical Studies in London in 1913*, 1913.
- LASKI, H. J.: *Authority in the Modern State*, 1919.
- LE HÉNAFF, A.: *Le pouvoir politique et les forces sociales*, 1931.
- LEIBHOLZ, G.: *Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems. Ein Beitrag zur allgemeinen Staats- und Verfassungslehre* (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 13), 1929.
- PÉREZ SERRANO, N.: *El concepto clásico de la soberanía y su revisión actual*, 1933.
- POSADA, A. G.: *Tratado de Derecho Politico*, I, 1928; II, 1929.
- POSADA, A. G.: *Hacia un nuevo Derecho Politico*, 1931.

- RUIZ DEL CASTILLO, C.: «Un schéma de la doctrine de la personnalité de l'État selon la méthode juridico-psychologique d' Hauriou», en *Mélanges Maurice Hauriou*, 1929, págs. 95 y sig.
- SARIPOLOS, N.: *La démocratie et l'élection proportionnelle*, 1899.
- SCHINDLER, D.: *Über die Bildung des Staatswillens in der Demokratie. Eine staatsrechtliche Studie* (Habilitationsschrift), 1921.
- SCHINDLER, D.: *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, 1932.
- SCHMITT, C.: *Verfassungslehre*, 1928.
- SCHMITT, C.: *Politische Theologie*, 1934.
- SMEND, R.: *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928.
- STAROSOLSKYJ, W.: «Das Majoritätsprinzip», *Wiener Staatswissenschaftliche Studien*, XIII, 2, 1916.
- STAWSKI, J.: *Le principe de la majorité (son histoire, son fondement et les limites de son application). Étude sur la formation de la volonté collective dans le domaine politique* (tesis doct. de Ginebra), 1920.
- WACKERNAGEL, J.: «Der Wert des Staates; Untersuchungen über das Wesen der Staatsgesinnung», *Basler Studien zur Rechtswissenschaft*, 6, 1934.

ATHENAICA EDICIONES UNIVERSITARIAS

Esta edición se ha realizado gracias al apoyo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla a través de la I Convocatoria de Ayudas a la Publicación

El Estado y sus órganos y *La igualdad ante la ley* fueron editados originalmente, en distintos volúmenes, en 1934

Primera edición: febrero de 2015

Última revisión: 27 de febrero de 2015

Edición e introducción de Sebastián Martín

Athenaica Ediciones Universitarias ha intentado localizar a los herederos de Eduardo Luis Llorens y Clariana. Rogamos a los titulares de sus derechos se dirijan a la editorial para recabar información sobre la publicación

© de la introducción, Sebastián Martín, 2015

© herederos de Eduardo Luis Llorens y Clariana, 2015

© Milhojas, Sociedad Cooperativa Andaluza, 2015

c/ Jesús del Gran Poder, 108 B, 1º

41002 Sevilla (España)

www.athenaica.com

athenaica@athenaica.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada, salvo excepción prevista en la ley, con la autorización de sus titulares. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

ISBN: 978-84-16230-12-9

CONTROL DE CALIDAD

ATHENAICA sigue los estándares de calidad que son de obligado cumplimiento en el ámbito de las publicaciones científicas, procedimientos como el de la revisión anónima por pares (peer review) o la apuesta por mantener una comunicación fluida y transparente con los autores, que recibirán argumentos motivados sobre las decisiones de la editorial en cada fase del proceso. A este funcionamiento se fía la repercusión académica de los trabajos y el desarrollo de ATH como sello de referencia en los ámbitos nacional e internacional.

ATH asume las recomendaciones de sus Consejos editoriales, formados por profesionales de reconocido prestigio universitario, para el rescate bibliográfico de obras de importancia no digitalizadas. La estructura de los Consejos sigue el mismo organigrama: codirectores de colección y un cuerpo formado por entre diez y veinte profesionales universitarios (docentes e investigadores) de contrastada valía, provenientes de distintos centros o países para evitar cualquier tipo de endogamia.

ATH usa el software Open Monograph Press (OMP) para gestionar sus procesos editoriales. Basado en OJS, Open Journals Systems, un software libre de gestión y edición de revistas electrónicas desarrollado por el Public Knowledge Project (PKP) de Canadá, organismo conformado por las Universidades British Columbia y Simon Fraser, el OMP es un sistema similar que se utiliza para elaborar monografías en ámbitos académicos altamente especializados. Este software permite a todas las partes involucradas en una publicación (autores, evaluadores, miembros de Consejos editoriales, editores y técnicos) seguir el proceso de edición desde la misma plataforma. Los datos serán confidenciales cuando se trate de una evaluación por pares. El sistema registra y archiva la historia editorial completa de cada original (comunicaciones, informes, diferentes versiones de los ficheros subidos a la plataforma) y deja constancia de las intervenciones, los controles aplicados y los vistos buenos finales. El modelo ofrece la posibilidad de que trabajen en línea, en un mismo libro y de forma simultánea, residentes en cualquier lugar del mundo.