

LA CONSTITUCION COMO ORDENAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES POLITICAS Y JURIDICAS. UNA INTERPRETACION DE LAS FUENTES CONSTITUCIONALES EN EL ESTADO CONTEMPORANEO

«La operación de magia por excelencia
consiste en dar leyes a los hombres».

CAMPANELLA

«La ley est la plus haute inheritance,
que le roy ad, car par la ley il même et
toutes ses sujet, sont rulés, et si la ley
ne fuit, nul roi et nul inheritance sera».
(*Yearbooks*, bajo Enrique VI).

«Y la señal en que se conoce estar una
República bien ordenada es ésta: que
conserva el pueblo en el orden del go-
bierno que está ya establecido, y ni se
levanta en ella alboroto o motín que sea
digno de contar, ni hay ninguno que sea
tirano en ellas».

(ARISTÓTELES: *Política*, II, 9).

I. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO POSITIVO

En toda sociedad (1) existe un orden de control de las actividades de los individuos y de los grupos: un orden de «control social»; es decir, «una serie de procesos sociales que hacen al individuo responsable con relación a la sociedad, construyen y mantienen la organiza-

(1) La Etnología ha eliminado la hipótesis del primitivo sin leyes, del bueno y libre salvaje de ROUSSEAU. El primitivo tiene normas, y muy severas. Las hay en todas las comunidades conocidas. En cambio, han surgido con mayor dificultad entre las varias comunidades: «el mundo ha sido, y ha continuado hasta el presente, una contigüidad de áreas de ausencia de ley, comunidades sin derecho que las vincule entre sí» (*The web of government*, pág. 61).

ción social, forman la personalidad humana, socializando al individuo, y permiten alcanzar un orden social mejor» (2). Dentro del complejísimo sistema del control social juegan procesos y técnicas muy diferentes: en los grupos primarios, la vigilancia colectiva, el chisme, la opinión pública, etc.; en los secundarios, la publicidad, la propaganda, la educación, la moral la costumbre la misma ciencia y la técnica en general el Derecho, el Gobierno, etc. (3). Pero en todas las sociedades, y sobre todo en las más perfectas, el orden propende a jerarquizarse y a formalizarse por selección de las normas más importantes para la vida de la sociedad. El «control social» culmina en el «orden jurídico» (4).

El Derecho es, pues, un «conjunto de reglas de conducta social de

(2) PAUL H. LANDIS: *Social control; social organization and disorganization in process*, 1939.

(3) IVO HÖLHUBER critica la teoría del «control social» como misterioso «Deus ex machina» de una Sociología atómica, materialista y nominalista. Pero, en realidad, tal doctrina no es contradictoria de una Filosofía social que vea al Derecho como trascendente, enraizado en el orden metafísico; ni con una idea superior del Estado, centrado en torno a la idea del «bien común». Al contrario, como veremos, gracias a la teoría institucional, es posible soldar la doctrina del Derecho natural con la Microsociología.

(4) A juicio de ROSCOE POUND, la «teoría sociológica del siglo xx» tiene su aspecto más importante en el estudio del Derecho «como elemento integrante del proceso total del control social» (*Social control through Law*, 1947). Es indudable que, en todos los sectores y escuelas, «el Derecho vuelve a ser una ciencia de la vida» (como dice BURDEAU, subrayando el sentido de la obra de DUGUIT y HAURIUO la crisis de los «dogmas del 89»); y que, como dice MIRKINE-GUETZÉVICH, «el sentido social del Derecho ya no constituye una doctrina, ni una escuela jurídica, es la vida misma. (*Les nouvelles tendances du Droit constitutionnel*, 2.^a ed., París, 1936, págs. 140-141.) Ver la clásica obra de GURVITCH, *Le droit social*, París, 1932.

En su artículo «Sociología del Derecho», en *La Sociologie au XX.^e siècle* (volumen I, pág. 349), ROSCOE POUND estima que la ciencia del Derecho de nuestros días, cada vez más penetrada por la teoría sociológica, presenta estos rasgos generales: a) Una actitud funcional; b) Estudio del Derecho como parte del control social; c) Movimiento hacia la justicia preventiva; d) Idem hacia la individualización y particularización; e) Idem hacia la cooperación con las demás ciencias sociales; f) Estudio de los límites de la eficacia de la acción jurídica.

En esta idea creemos que carece de sentido la distinción de Kelsen atribuyendo a la Ciencia del Derecho el estudio de las normas, en cuanto a su forma y aplicación, mientras que la Sociología las consideraría en cuanto a su contenido y creación (*Ueber die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Tubinga, 1911).

naturaleza particular» (5). ¿Qué le distingue de las demás normas sociales? En principio se diferencia por su materia, por su fin, por su modo de elaboración y por su modo de sanción (6). Por su materia, el Derecho se circunscribe a la conducta externa de los hombres, y aun dentro de ésta, a determinados sectores considerados como especialmente importantes para la comunidad (7). Por su fin, el Derecho sirve al *bien común* mucho más que a la perfección individual; incluso el Derecho privado, «quod ad singulorum utilitatem pertinet», lo hace en función de un interés social —de aquí la doctrina de la causa— (8). El modo de elaboración le relaciona directamente con la autoridad política, «qui curam communitatis habet» (9). La sanción es característica del Derecho positivo: sanción externa, coactiva, previsible (10). En definitiva, el Derecho es una «regla social sancionada por la autoridad pública, cuya violación es

(5) DUVERGER: *Manual de Droit Constitutionnel et de Science Politique*, página 7.

(6) *Ibidem*, págs. 10-11. Sobre la definición del Derecho, ver mi «Estudio preliminar» al tomo VI, vol. II de mi traducción de MOLINA, *passim*.

(7) «De internis non iudicat praetor». Por supuesto, el grado de interés por las cuestiones, para hacerlas o no jurídicas (y, dentro ya del Derecho, para atribuirles a un orden u otro de normas, verbigracia, público o privado), está sujeto a grandes variaciones históricas.

(8) El «bien común», como dice RUIZ DEL CASTILLO, «es una directriz y no una fórmula». DABIN lo define como «bien de los individuos humanos tomados en su conjunto, tal como se realiza normalmente en el cuadro y por medio de la sociedad política» (*La philosophie de l'ordre juridique positif*, pág. 156). Para J. T. DELOS es el «conjunto de condiciones materiales y morales que, en el orden natural y normal, permiten a los individuos que quieran tomarse este trabajo alcanzar la felicidad temporal ordenada a la felicidad eterna» (*La société internationale*, pág. 19). En otro lugar (*Le but du Droit*, pág. 40), el P. DELOS define el bien común como el «conjunto organizado de las condiciones sociales gracias a las cuales la persona humana puede cumplir su destino natural y espiritual». Como análisis de la secularización del «bien común» y su transformación en «utilidad social»; v. JEAN BELIN, *La logique d'une idée force. L'idée d'utilité sociale et la Révolution française* (1789-92), París, 1939.

Sobre la *causa civil*, v. mi estudio preliminar al tomo II, vol. I de mi traducción de MOLINA.

(9) Como dice CARNELUTTI, «el precepto es el contenido ético del mando; el mando es el *corpus* jurídico del precepto» (*Teoría general del Derecho*, trad., página 65).

(10) Por eso la nota esencial de un orden jurídico positivo es su *efectividad* (que, en realidad, tanto quiere decir como positividad). En cambio, es mucho más complejo el juicio sobre su *legitimidad* (monárquica, democrática, etc.). BISCARETTI DI RUFFIA, *op. cit.*, págs. 81-82.

reprimida por una sanción igualmente organizada por dicha autoridad» (11).

De lo dicho se infiere, de todos modos, que el Derecho, a pesar de su autonomía (12), se mantiene siempre muy relacionado con las demás formas de regulación social. Pretender separarlo de ellas es destruir su vida y su espontaneidad (13). El proceso de uso social a costumbre, y de costumbre a Derecho escrito, es uno de los más interesantes de la Sociología jurídica y de la teoría de las fuentes (14).

(11) DUVERGER: *Op. cit.*, pág. 11. Casi todas las definiciones al uso coinciden. Para DE BUEN son las «reglas de conducta obligatorias por exigencia de la vida social»; para SANTAMARÍA DE PAREDES, un «orden racional de leyes que rigen a la voluntad para el cumplimiento del bien, manteniendo la armonía en las relaciones del hombre con la sociedad por medio de la coacción, cuando no se cumplen voluntariamente»; para SOHM, «conjunto de normas que regulan la convivencia dentro de la sociedad humana y rigen de un modo coactivo»; para SERAFFINI, «conjunto de reglas prescritas a las acciones humanas, la observación de las cuales está garantida por el poder social»; para ENNECERUS, «ordenamiento autárquico obligatorio, basado en la voluntad de una colectividad, de la conducta externa de los hombres en sociedad, mediante mandatos y concesiones»; para HOLTZENDORFF, «lo que debe hacer el hombre, bajo una garantía coactiva, en el interior de una sociedad políticamente organizada»; para BERGBOHM, «las normas que en algún modo se refieren a la conducta práctica de los hombres entre sí y poseen una especial fuerza obligatoria», etc. Ver, en ARIAS RAMOS, *Derecho romano* (1.^a ed., I, páginas 29-30) la distinción entre «ius», «fas» y «boni mores».

(12) El Derecho presenta en particular un anota de mayor conciencia sobre las demás formas sociales de control: «la organización consciente es la característica de la sociedad jurídica» (N. KRALEVITCH: *La portée théorique du glissement du Droit vers la Sociologie*, 1939, pág. 243).

(13) DEL VECCHIO estima que el Derecho nace siempre como costumbre. «También la moral —dice— se expresa, lo mismo que el Derecho, en la costumbre. Como es sabido, estas dos distintas formas de valoración de la conducta humana aparecen *in origine* casi completamente indiferenciadas, e incluso después que se han hecho distintas permanecen para siempre conexas y relativas» (*Revista Internacional de Sociología*, pág. 33).

(14) Ver mi trabajo sobre «Los usos del comercio» en *Estudios jurídicos*. Las Partidas contienen un notable planteo del problema. Partida I, tít. II, «Del uso, e de la costumbre, e del fuero» (ed. Valencia, 1767, vol. I, págs. 21-23). «Estas nacen unas de otras, e han derecho natural en sí... ca bien como de las letras nasce verbo, e de los verbos parte, e de la parte razón, así nasce del tiempo uso, e del uso costumbre, e de la costumbre fuero» (pág. 21). En efecto: «uso es cosa que nasce de aquellas cosas que hombre dice e face, e sigue continuamente por gran tiempo e sin embargo ninguno» (Ley 1); costumbre es derecho o fuero que non es escripto; el qual han usado los hombres luengo tiempo, ayudándose de él en las cosas e en las razones sobre que lo usaron» (Ley 4); y «fuero es cosa en que se encierran dos cosas que habemos dicho, uso e costumbre» (Ley 7).

Cujacio preguntaba: «¿Quid lex? Consuetudo scripta.—¿Quid consuetudo? Lex non scripta». O como dice Modestino: «Omne ius aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo.»

El Derecho es, pues, la suprema tentativa de orden dentro del complejo proceso del control social. Nunca llega a ser pura lógica: «la vida del Derecho no es la lógica, sino la experiencia», decía el juez Holmes. Tal vez por eso no existe un concepto seguro y final del Derecho (15). Pero tiene una vocación de ordenación propia, correlativa de la que intenta establecer en la sociedad. Por eso, normalmente, el «conjunto total de mandatos» (al que llamamos «ordenamiento jurídico») no sólo produce «un orden jurídico», llamando así a la «realidad de la reglamentación organizadora», sino un «sistema jurídico», que es la «construcción teórica instrumental del ordenamiento» (16).

El orden es un elemento esencial del Derecho (17). El orden, como dice Merriam, «se refiere a un sistema en el cual hay razonables esperanzas de lo que va a hacerse y por quién en el campo de la conducta social» (18). Por este lado, pues, el Derecho está irremisiblemente vinculado a los conceptos de poder, organización, política, Estado. Como dice Eugenio D'Ors, «no hay orden sin subordinación, a menos de operar en el vacío» (19). Por otra parte, el orden social está vinculado a una estructura determinada, a un reparto de los «status» y las influencias.

(15) Decía LEIBNITZ: «Iuris et iustitiae notiones, etiam post tot praeclaros scriptores, nescio an satis liquidae habeantur.» Y BAHNSEN: «¿Qué es el Derecho? Esta primera y fundamental pregunta espera siempre una respuesta.»

(16) FEDERICO DE CASTRO: *Derecho civil de España*, 2.^a ed., vol. I, 1949, página 57. Sobre clasificación de los «sistemas jurídicos», v. CASTÁN, *La noción del Derecho a través de los sistemas filosófico-jurídicos tradicionales y modernos*, Madrid, 1947.

A su vez, los cambios sociales y políticos repercuten necesariamente en el sistema jurídico. V. LUIS DíEZ DEL CORRAL: «Reforma de los estudios jurídicos en Alemania», en *Revista de Derecho Privado*, 1935.

(17) RUIZ-GIMÉNEZ, después de desarrollar el concepto de orden en el mundo, como obra de Dios, que lo estructura al pensarlo y al crearlo (haciéndolo «cosmos» y no «caos»), llega al concepto de orden jurídico, como modo de realizarse la vida política, cuyo fin es la paz, sin la cual no es posible la especulación ni la beatitud; ni se logra el fin supremo del hombre, que siendo sobrenatural, presupone, no obstante, condiciones naturales de vida» (*Derecho y vida humana*, Madrid, 1944).

(18) *Systematic Politics*, pág. 35.

(19) CARL SCHMITT va más allá: «El orden jurídico, como todo orden, descansa en una decisión, no en una norma» (*Teología Política*, pág. 41).

Pero el Derecho es, al mismo tiempo, justicia. Cómo se encuentran al mismo tiempo dos elementos tan dispares en la idea del Derecho, es cuestión compleja; pero en todos los ordenamientos jurídicos conocidos así ocurre (20). El Derecho, dice Hauriou, es «una forma de conducta que apunta a realizar a la vez el orden social y la justicia». Y ello en forma dinámica, de tensión, porque no es fácil la adición de ambos elementos. Como escribe el propio Hauriou, «un orden social establecido contiene siempre prácticamente una cierta dosis de justicia que le está incorporada, pero prácticamente también está siempre en conflicto con una nueva dosis de justicia que aun no le ha sido incorporada».

En cuanto que es justicia, el Derecho se regiría por el principio «fiat iustitia, pereat mundus». Pero en cuanto que es orden, el Derecho tiene que plantearse así la cuestión: «fiat iustitia, dum faciat mundus». En realidad, la justicia (21) acaba siempre por socializarse, por incorporarse al orden. Así, dice Cicerón: «Iustitia est habitus animi, *communi utilitate servata*, suam cuique tribuens dignitatem.» Y ello es normal porque, en caso de conflicto entre el orden y la justicia, normalmente ha de prevalecer aquél (22). El caso contrario es la ruptura revolucionaria del orden.

(20) Dos observaciones: Primera. El Derecho, objeto de una ciencia muy antigua y elaborada, y de constantes meditaciones filosóficas, aparece a veces integrando cuestiones que ciencias nacidas con posterioridad (como la Sociología) reivindicar para sí. Pero la reacción de la Escuela «pura» del Derecho, como todas las reacciones, fué desmesurada; la llamada «ciencia jurídica pura» es realmente una ciencia del Derecho «despojada de todo elemento moral y metafísico, reducida únicamente al análisis lógico o a la construcción sistemática de los conceptos del Derecho positivo» (FRANÇOIS GUISSAN: *La science juridique pure: Roguin et Kelsen*, Lausana, 1940). Y resultado característico del «sistema político de despolitizaciones», o sea de la hipocresía organizada, al final dejaba entrar por otros portillos una serie de valores entendidos (liberalismo, democracia, etc.).

Segunda. Lo dicho en el texto se refiere a la separación dialéctica de *orden* y *justicia*, sin negar que sean sólo dos aspectos de una realidad superior. Históricamente, los sistemas jurídicos han hecho cargar el acento sobre una u otra, y el equilibrio se logra raras veces. Pero, como dice RADBRUCH, «justicia es el valor que corresponde propiamente a la vida social», y Derecho es «regulación de la sociedad o comunidad».

(21) Ver PIERRE DE TOURTOULON: *Les trois justices*, París, 1932. El autor distingue la justicia «individual o metafísica», la «justicia social» y la «justicia de Estado».

(22) Es conocida la frase de GOETHE. El Presidente TEODORO ROOSEVELT la re-

Es claro que los órdenes jurídicos cambian, envejecen y desaparecen. El Rey Sabio hablaba de las leyes que «han usado los omes tan luengo tiempo, que son como envejecidas e por el uso de cada día reciben enojo de ellas». El orden tiene un carácter eminentemente temporal (23), histórico. Es más, la misma tendencia del orden a crecer, a incluirlo todo dentro de su órbita, tiende a llevarlo a la saturación. A su vez, es difícil desmontarlo por partes y puede derrumbarse por entero. Saavedra y Fajardo, en la *República literaria*, expresa el deseo de que yengan los bárbaros a barrer la balumba del Derecho viejo. Claro es que, por su parte, el desorden viene con todas sus consecuencias; del caos se arranca poco a poco hacia un orden nuevo.

El Derecho, que por eso es tan noble y tan difícil *arte* (24), tiene que integrar conservación y cambio. Como dice Roscoe Pound, suyo es «el perenne problema de preservar la estabilidad y admitir el cambio». Pues si bien el orden jurídico es eminentemente conservador (25), «el cambio es un factor constitucional del Derecho» (Kocourek), por lo que todo orden jurídico incluye un «conflicto intrínseco

firió en una célebre carta al gran teórico de la Política, CHARLES E. MERRIAM: «Merriam, en caso de tener que elegir entre el orden y la justicia, siempre estaré del lado del orden; ¿no haría usted lo mismo?»

(23) Dice FICHTE que «no hay un tiempo único, sino tiempos y órdenes temporales, sobre órdenes y dentro de órdenes temporales».

Por otra parte, si bien es evidente que las normas tienen un *contenido* objetivo, éste es recibido en determinadas circunstancias y con ciertas disposiciones de ánimo. Cuando LLORÉNS dice que «sólo el *contenido* de una decisión merece suscitar coordinación de voluntades en la integración política» y que «los demás alegatos que se formulan con referencia a la tradición o al progreso son, simplemente, asimilaciones impertinentes de conceptos teológicos a la política» (*El Estado y sus órganos*, Murcia, 1934, pág. 49), está diciendo una verdad a medias, supuesto que la *eficacia* es nota esencial de la Política y del Estado.

(24) HAURIOU, glosando la *elegante* definición de CELSO («ius est ars boni et aequi») contrapone el *arte* a la mera *técnica*.

Por su parte, los romanos concebían a la jurisprudencia como «divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti et iniusti scientia». Y en todos los idiomas el jurista es el *prudente*, el *letrado*, el *ulema*, etc. Como dice BARTHÉLEMY, «las cualidades del jurista son la prudencia y la ausencia de pasión y de emoción, y el principio de no decidirse sino tras un examen profundo que no deja lugar a duda alguna».

(25) Por supuesto, habría que distinguir entre los varios sistemas jurídicos y el tipo de *legitimidad* que prevalece en cada uno. Los sistemas basados en el liderazgo carismático o en ideologías racionalistas son más dinámicos o revolucionarios que los basados en el tradicionalismo en todas sus formas.

entre el progreso y el orden, entre la renovación y la estabilización» (Gurvitch). Del legislador se espera, como Horacio,

... moribus ornes
legibus emendes... (26).

Por eso el Derecho exige *lucha*. Ihering desarrolló a fondo este punto de vista, lamentando la desgana (27) de las sociedades modernas al respecto (28). Desde que él escribió, sin embargo, han surgido ramas enteras del Derecho, desconocidas en Roma y del siglo XIX, que precisamente con el nombre de «Derecho social son el fruto de la lucha contemporánea por cambiar la sociedad y su orden jurídico. En esto basa Burdeau su crítica a la «vanidad de una disertación abstracta sobre las instituciones», supuesto que «vivimos en una época en que el Derecho, que desde hacía siglos parecía no tener más misión que la de encuadrar los fenómenos sociales, ha sido promovido a la categoría de instrumento para actuar sobre los mismos»; concluyendo que «hoy el Derecho es mucho menos el orden que se impone a la sociedad presente, que el fermento de donde debe nacer la sociedad futura» (29).

Es verdad que, a su vez, este camino tiene sus problemas. No se puede avanzar tanto en la reforma que el orden perezca. Si el Dere-

(26) *Epístolas*, II, 1. El poeta, en otros versos, señala la diferencia de punto de vista según la generación:

*«Di, probos mores docili inventae,
Di, senectute placidae quietem,
Romulae genti date remque prolemque
Et decus omne...»*

(27) «Si hoy el Derecho parece al vulgo algo que está en el papel sellado, para el plebeyo de Roma el Derecho era algo con que se hacía el pan, tan necesario como la harina» (*La lucha por el Derecho*, trad.).

(28) Verdad es que, en determinadas circunstancias, puede amortiguarse la conciencia jurídica. SCHUBART, comentando los efectos del terrible yugo tártaro sobre Rusia (1238-1480), dice: «Todos los pueblos que han sido esclavizados durante mucho tiempo ofrecen esta característica común: la atrofia del sentimiento del Derecho. Han sufrido demasiadas injusticias y por esto pierden la fe en el valor moral y práctico del Derecho. Mientras que el que se siente amparado por la ley insiste en su título, quien carece de derecho se ve obligado a recurrir a medios reprobables, a la adulación, al soborno y al robo» (*Europa y el alma de Oriente*, pág. 75).

(29) BURDEAU: Op. cit., I, pág. 11.

cho, en cuanto es justicia, es absoluto, necesario («quod semper aequum ac bonum est»), en cuanto es realizado en el mundo por los hombres, es un Derecho humano, donde el oxígeno —en la ingeniosa frase de Carnelutti (30)— va mezclado, no sólo con impurezas, sino con excipientes inertes que lo pongan al alcance de nuestra naturaleza». Suárez lo dice genialmente, refutando a Fortún García: «su fin es la felicidad natural de la comunidad humana perfecta, cuyo cuidado lleva, y de cada uno de los hombres, en cuanto son miembros de tal comunidad, para que vivan en ella *en paz y justicia* y con suficiencia de los bienes que miran a la conservación y comodidad de la vida temporal, y con aquella probidad de costumbres que es necesaria para esta eterna paz y felicidad de la República, que contiene la conservación de la naturaleza humana.» Pero bien entendido que «la ley civil debe ser acomodada a la comunidad humana», *considerada según la condición natural*, y, por tanto, las leyes civiles no prohíben todos los vicios; así como tampoco la potestad coactiva se extiende a todas las cosas, porque esto sería sobre la *condición humana*» (31).

No se puede excluir de las construcciones jurídicas el juego de los intereses sociales en pugna (32), sin supeditarse a ellos; y no se ha de olvidar que las normas han de pasar por la prueba de su aplicación efectiva (33). El legislador actúa en un mundo que es el descrito por Graham Greene en *El poder y la gloria*: rara vez es posible «certa lege, nec summo iure agere». Y el abuso de la legislación, la fe excesiva en el poder taumatúrgico de unas normas que se adelanten demasiado a la sociedad, está acreditado por las consecuencias del imprudentísimo manejo de la ley en el siglo XIX. La inflación jurídi-

(30) «Tal vez, así como los hombres no podrían vivir respirando oxígeno puro, así tampoco pueden obrar regulándose según la pura justicia.» Frase que recuerda esta otra de POL QUENTIN: «En estado de pureza, la verdad es de manejo peligroso.»

(31) El P. CERECEDA, en su *Semblanza espiritual de Isabel la Católica* (Madrid, 1946), cita un testimonio de PEDRO MÁRTIR DE ANGLERÍA, de cómo los contemporáneos veían en su obra más una acción sobrenatural que temporal. «No se habla en la Corte otra cosa sino de hacer la guerra a los enemigos de la fe y restablecer la justicia; quitar los estorbos de la religión católica; extirpar vicios, fomentar virtudes. Son cosas superiores a lo humano las que aquí se piensan, se hablan y se emprenden.»

(32) BENTLEY llega a afirmar que una ley es siempre la resultante calculable de una lucha entre grupos de presión y nunca una decisión entre concepciones opuestas del bien común.

(33) En la feliz expresión de HOLMES, «el Derecho es una profecía sobre lo que los Tribunales harán en realidad».

ca (34) ha producido el mismo efecto en la ley que en la moneda: la depreciación de ambas; por lo demás, son dos aspectos evidenciales —dice Alvaro D'Ors— «de un mismo fenómeno: la crisis radical del mundo moderno». El gran jurista Georges Ripert ha dedicado al tema un libro capital, *Le déclin du Droit* (35). El autor ve por todas partes «la ley del más fuerte». Teme que la publicación de todo el Derecho, a la larga, suponga un aumento de la arbitrariedad; habla de la «servidumbre bajo las leyes» por el exceso de reglamentación; la reacción en forma de «espíritu de desobediencia», contra la cual muchas veces resulta inútil la tendencia a reforzar las sanciones; habla de la «discontinuidad del Derecho», fruto de la inestabilidad política; de la «inseguridad jurídica» que resulta de la demasiado rápida elaboración de las leyes (imprecisas, plagadas de erratas, «elásticas»). «Lo que es inadmisibile —concluye— es ver a juristas que usan la lengua del Derecho y una técnica hábil, que proponen o justifican reglas que hubieran condenado cuando aprendían o enseñaban los principios del Derecho. Y si tantas leyes que crean el desorden y realizan la injusticia son acogidas con indiferencia o aprobadas con temor, hay que ver, desgraciadamente, en este silencio o en esta adhesión una decadencia del Derecho» (36).

Se ha hablado de socialización, publicación, proletarización del Derecho. Se piensa que se ha visto demasiado influido por el Estado y por la Economía y que está descompensada la influencia de la Re-

(34) De 1800 a 1919 se dictaron en Francia 250.000 leyes, decretos, etc. De ellos corresponden 10.500 al Primer Imperio; 35.000 a la Restauración; 27.000 a Luis Felipe; 12.400 a la Segunda República; 45.500 al Segundo Imperio; 100.000 a la Tercera República.

(Ver DEHERME: *Le nombre et l'opinion publique*, página 65.)

Después de la II Guerra Mundial el ritmo se ha acelerado, si cabe. En 1945 se dictaron 2.480 ordenanzas y decretos del Gobierno provisional, más 206 leyes y decretos; total, 3.046 (más de 12 por día hábil). En 1946, 2.972 leyes y decretos; en 1947, 2.450; en 1948, 2.046. En cuatro años suman 10.514. Y recuérdese el principio: «nul n'est censé d'ignorer la loi».

Solamente la materia de precios ha sido objeto, entre 1940 y 1949, de más de 25.000 resoluciones ejecutivas.

Ver el artículo de JACQUES LACOUR-GAYET, en *La vie française*, 29 de mayo de 1949, y también *Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans* (1869-1919), dos vols. Société de Législation Comparée, París, 1922-23.

(35) París, 1949. Ver, del mismo autor, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1947; *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2.ª ed, 1948.

(36) RIPERT: *Le déclin du Droit*, pág. 222.

ligión y de la Familia (37). Sobre todo, la sustitución de la fe en Dios y en una moral trascendente (38) por una excesiva esperanza en los resultados de la ciencia positiva y de la técnica (39). Y entonces se han vuelto los ojos hacia la vieja doctrina del Derecho natural (40).

2. EL RENACIMIENTO DEL DERECHO NATURAL

Uno de los fenómenos más impresionantes de la ciencia jurídica actual es, sin duda, el renacimiento en todos los sectores, a lo menos como problema, del jusnaturalismo (41). Hace poco se oían en las Universidades frases como la que cita Munro: «Si lo que usted quiere estudiar es *Justicia*, vaya a las clases de Teología, porque lo que aquí estudiamos es el *Derecho*.» Tönnies escribía en 1925: «El Derecho natural sigue, como antes, incomprendido y despreciado. Este desprecio es una de las causas, y no pequeña, del desgarramiento físico y moral en que vivimos en Europa.» Pero ya entonces estaba en marcha un movimiento cuyo ascenso no se ha detenido. Heinrich Rommen señala cómo muy poco después que Gierke (en 1883) dijese «lo que los sablazos de la Escuela Histórica han dejado subsistir del Derecho natural, no es más que una sombra de su antiguo y orgulloso

(37) La idea de comunidad, «sumergida por la imperiosa marea de una filosofía hostil y por los remolinos de acontecimientos contradictorios» (BIGNE DE VILLENEUVE: *Communauté*, pág. 11), fué así reemplazada por principios individualistas o clásistas.

(38) NIETZSCHE vió con claridad que «el expulsar a Dios del mundo priva a la idea de justicia de todo significado».

Y HALÉVY dice que fué inútil el querer poner a la Justicia en el lugar de Dios: «en un mundo abandonado a las fuerzas brutas, en un sistema totalmente materialista, ¿qué significaba esta virtud desanimada, vano reflejo de los dioses muertos? No era ya sino una palabra, una máscara para el odio y la envidia, un arma para destruir» (*La fin des Notables*, pág. 148).

(39) «La ciencia es hoy un competidor, cada vez con mayor éxito, de la Religión, en cuanto a mostrar a los hombres cómo pueden lograr lo que necesitan» (HARRY EMERSON FOSDICK: «Will science displace God?», en *Harper's*, agosto, 1926).

(40) «Las convenciones, las formas políticas y gubernamentales han perdido todos sus significados. El alma humana desea penetrar en las profundidades de la vida, quiere saber todo lo que es útil y esencial, quiere vivir la verdad y la justicia» (*El Cristianismo y la lucha de clases*, pág. 151).

(41) Ver mi «Estudio preliminar» al tomo VI, vol. II de mi traducción de MOLINA.

poder; Stamler (en 1888) le rectificaba ya de modo radical: «no son sablazos, son simples alfilerazos e invectivas lo que la Escuela Histórica ha dado al Derecho natural.»

Aún había de sufrir nuevos embates la idea jusnaturalista después del historicismo y del positivismo. Un sociologismo mal entendido quiso convertir (en la escuela de Durkheim) a la teoría de la Sociedad en Metafísica (como Marx había intentado con la Economía) (42) y a la «science des moeurs» en Moral y Derecho natural (43). Leibnitz afirmaba que la Jurisprudencia se parecía a la Teología y no a la Matemática o a la Medicina. Pero no faltaron recetas biológicas, etcétera, para mejorarla en los pasados años.

Pero si la Sociología tenía mucho que aportar al Derecho, era inútil que pretendiera sustituir al Derecho natural, cabalmente lo que se salía del marco de la colaboración. Y, llegados al punto más bajo del abandono de los asideros metafísicos (44), poco a poco se ha vuelto a una nueva consideración de los valores tradicionales. Después de ser necesaria «una máquina sumadora para contar el número de veces que el Derecho natural ha sido dado por muerto por positivistas, realistas, materialistas y hombres de ciencia, pero sólo para ser revivido por poetas, tomistas, abogados de grandes compañías y hombres

(42) La *inmanencia* del Derecho, característica de la concepción marxista, es uno de los puntos en que más radicalmente se opone a la tradición occidental de su *trascendencia*. V. un estudio de la oposición entre la legalidad socialista y la concepción jusnaturalista y personalista en BODENHEIMER: «Some recent trends in European legal thought: West and East (*The Western Political Quarterly*, 1949).

(43) En su obra *La Morale et la Science des Mœurs* (París, 1937), LÉVY-BRUHL clasifica en tres tipos los sistemas de moral: a) En las sociedades inferiores es moral «pura y simplemente lo que las creencias religiosas, las instituciones, el estado económico, las condiciones del medio y el pasado de esa sociedad le hacen ser» (pág. 286); b) Más adelante se da un esfuerzo de racionalización por «obra de moralistas, de psicólogos, de filósofos y, en forma menos sistemática, de narradores y de poetas» (pág. 287); c) Y se propone, como fórmula superior, la de «considerar la moral de una sociedad dada, incluso de la nuestra, en su relación necesaria con la realidad social de que es parte» (pág. 290).

(44) La actitud irónica de MACÍAS PICAVEA merece recordarse aquí: «Comte suprimió de una plumada la Religión y la Metafísica; los llamados monistas tudescos suprimieron en seguida el alma y cuanto se le parezca; los modernos biólogos no se han rezagado en suprimir toda especie de energía vital... ¡Por Cristo, que esto más que ciencia o filosofía o como quieran los interesados que a su doctrina se llame, parece un puerto de Arrebatacapás!»

de fe» (45), es indudable que «oímos hoy hablar del Derecho natural más que hace diez años» (46).

A finales de siglo se produce en Francia un claro renacimiento del jusnaturalismo, que arrancó del campo filosófico, con la hegemonía intelectual de la «École Normale» y sus maestros Lachelier, Boutroux y Parodi. De allí pasará a los juristas, a través, sobre todo, de la obra prodigiosa de Hauriou y Renard. Simultáneamente se daba un fenómeno parecido en los países anglosajones, con lord Bryce, Morris Cohen y el propio Laski, que reconoció que «la necesidad de postularlo como una parte esencial de la filosofía de la obligación moral no puede ser eludida». En Alemania, un cambio estaba ya iniciado cuando Franz Bretano dió su célebre conferencia sobre «El origen del conocimiento moral (47) y anunciaba la *era moral*: «el despuntar del nuevo día es, sin duda alguna, el orto más magnífico que tiene lugar en la Historia del mundo» (48). En formas diversas aparece en todas las tendencias la preocupación jusnaturalista. La teoría de la *rectitud* («Richtigkeit») y del Derecho justo, de Stammler, abre el paso a la resurrección de la Filosofía del Derecho en Alemania, como la obra de Petrone lo hace en Italia, donde culminará en la gran obra de Giorgio del Vecchio (49). Ocurrió en esto como en tantas otras cosas: que el error es más abundante, pero la verdad es más coherente (parafraseando a Hauriou) (50).

(45) CHINTON L. ROSSITER, recensión al libro de C. G. LE BOUTILLIER, *American Democracy and Natural Law* (1950), en *Annals of the American Academy of Political and Social Science*.

(46) Entre los nombres que en Estados Unidos marcan una clara reacción contra el positivismo, deben citarse los del Juez CARDOZO, C. G. HAINES, E. S. CORWIN, C. E. MANION, H. R. MC KINNON, y subrayar la popularidad que han alcanzado las enseñanzas de MARITAIN, ROMMEN, etc. El propio ROSCOE POUND ha admitido algunas rectificaciones.

Ver CHARLES G. HAINES: *The revival of natural law concepts*, 1930; y NORMAN ELLIOT: «The Los Angeles Natural Law Institution» en *America*, vol. 84 (1950), páginas 305 y siguientes.

(47) Ver la traducción española, 2.^a ed., Madrid, 1941.

(48) Op. cit., pág. 77.

(49) Ver RECASÉNS: *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, 1929. A juicio del autor, la Filosofía jurídica estaba muerta en 1860; apenas si podrían señalarse como excepciones, fuera de la neoescolástica, la escuela vosmiana y el krausismo español. Sobre la especial tendencia del Derecho internacional a basar sus construcciones en el jusnaturalismo, v. NUSSBAUM: *Historia del Derecho internacional*, págs. 303 y ss., y LE FUR: «La théorie du Droit Naturel depuis le XVII^e. siècle», en *Recueil des Cours*, 1927.

(50) «De la misma manera que la verdad por sí misma no posee en cada caso

La verdad la habían descubierto desde el primer momento los hombres. El Derecho (positivo) es una «mensura mensurata»; obra del poder, no puede ser una creación arbitraria del poder (51). De aquí la tendencia a buscar su entronque con el Derecho *divino* (52) y con el Derecho *natural* (53).

particular una preeminencia o un poder místico para imponerse al error, su victoria final es probable, porque no es más que una, al paso que los errores sobre el mismo objeto son incontables» (SIMMEL: *Sociología*). Que es el clásico argumento de BOSSUET en su *Historia de las variaciones de las Iglesias Protestantes* (traducción, Buenos Aires, 1945).

(51) En este sentido, si la política es la forma social, el Derecho es la *forma* que inevitablemente adopta toda política. Ninguna forma política se consolida si no acaba por realizar una idea del Derecho. Así, el Derecho viene a ser *forma de formas*, forma modélica, paradigma formal, cualidad paradigmática que llega al máximo en el Derecho constitucional (el «Derecho *político*» por antonomasia), en el cual, como dijo bellamente ROSSI, están las iniciales de todos los capítulos de las demás ramas del Derecho.

Pero, a su vez, el Derecho nunca puede ser algo externo o anterior a la Política. Como vimos al tratar del poder en general, esa concepción fué un error derivado del iusnaturalismo decadente y racionalista del siglo XVIII, que ha venido conservándose a través de la «teología política» liberal y se ha prolongado incluso en la doctrina de notorios rectificadores de aquélla, como en la famosa teoría de la «*règle de droit*» de DUGUIT.

Esta posición es tan equivocada como su antípoda la seudo *realista*, que pretende reducir el Derecho a un mero epifenómeno del poder constituido y su red de intereses creados; a una formulación abstracta del juego de fuerzas vigentes en un momento determinado de una sociedad. El Derecho se reduce entonces a una farsa, como pensaban los sofistas griegos a quienes confundió SÓCRATES; y no se adelanta gran cosa si se le concibe pura y simplemente como *autolimitación* (si ésta no se basa en criterios objetivos).

La doctrina clásica del poder, como *creador de derecho*, brillantemente reivindicada por HAURIOU, se mantiene alejada de ambos extremos: en este mundo el *poder crea el derecho*, se entiende el Derecho *positivo*. Al hacerlo se convierte a sí mismo en *poder de derecho* (que es la clave de la teoría del *poder constituyente*). Pero encima del poder mismo planea el Derecho natural, que, a su vez, se ha de realizar en un «ordenamiento positivo» que es guía y límite del poder, y, a su vez, la fuente de todo poder, ya que la naturaleza (social) pide que sea el poder el que organice y normalice la sociedad.

Aquí se nos presenta, en toda su rotundidad, el problema y la grandeza del Derecho político: que es el Derecho del poder, el Derecho para el poder; el que hace que exista un poder de Derecho capaz de crear Derecho; que hermana Política y Derecho, Poder y Justicia. Empeño nada fácil en la crisis presente.

(52) «Universus hic mundus una civitas communis deorum atque hominum existimanda est» (CICERÓN).

(53) Es decir, «lo que debe ser sale de lo que es. El Derecho natural deriva de la naturaleza misma de los seres y es por lo que se le llama *naturalis*» (BRUNO

La Antigüedad dejó muy bien planteada la cuestión (54), que, en realidad, está toda en el angustiado y eterno apóstrofe de Antígona a Creón. Mauricio Barrés piensa que «el hombre prudente que lee esta escena querría tender un velo sobre su propia cara, pues la fulminante reivindicación de aquella virgen en pro de la equidad divina contra la frágil justicia humana, naturalmente nos emociona de simpatía; pero tenemos que vivir en sociedad y no podemos exteriorizar el impulso caballeresco que nos pondría al lado de esta atrevida. Si cedo al prestigio de Antígona, se acabó la ciudad. Esta virgen, en nombre de su sentido personal, protesta contra la ley escrita y se vanagloria de proceder de modo distinto que sus conciudadanos. Detrás de ella, si esto se admite, cada uno de nosotros, para proceder a su gusto, podrá invocar leyes no escritas, imperecederas, emanadas de los dioses» (55). Tal es el drama eterno del Derecho. Pero es inevitable. El Derecho positivo ha de ser considerado como la realización del Derecho natural, pero sin eludir la posibilidad de que, al-

DE SOLAGES: *L'institution*, pág. 8). Lo natural se contrapone, en este sentido, a *arbitrario*, como en este texto de ECIDIO ROMANO: «Aquel que mucho desea que el su principado sea perpetuado en sí y en los hijos que vienen en pos de él, debe ahincadamente estudiar que el su gobierno sea *natural*, porque nunca puede ser ninguno gobernador natural si siempre quisiese gobernar con *pasión y voluntad*».

Claro es que aquí surge el problema: ¿Cómo se determina lo natural? A finales del siglo XVIII, PIERRE CHARLES LÉVESQUE escribía: «Sur quelques acceptions du mot nature» y llegó a la conclusión de que «ce mot signifie tout». En esto se han basado las principales objeciones contra el jusnaturalismo. BENJAMÍN FLECHTER WRIGHT, después de exponer que «el concepto de Derecho natural ha sido usado de muchas formas y para muchos fines», concluye que «el Derecho natural, en su esencia, es el intento de resolver lo insoluble» (*American interpretations of natural law*, Cambridge (Mass.), 1931, págs. 327 y 345).

KELSEN, bien recientemente ha insistido en que todo Derecho natural encubre una política: «Que la doctrina del Derecho natural sea capaz, como pretende, de determinar de un modo objetivo lo que es justo, es una falsedad. Pero quienes lo consideran útil pueden usar de ella como de una falsedad útil» («The natural law doctrine before the tribunal of science», en su *Western Political Quarterly*, volumen II, 1949, págs. 481-513). En su opinión, el error clave está en confundir los reinos del *ser* y del *deber ser*, si bien reconoce que el intento responde a la necesidad humana de la *justificación*.

(54) Ver E. BURLE: *Essai historique sur le développement de la notion du Droit naturel dans l'antiquité grecque* (Trévoux, 1908), y CARLO ALBERTO MASCHI: *La concezione naturalistica del Diritto e degli istituti giuridici romani*, Milán, 1937.

(55) BARRÉS: *El viaje a Esparta*.

guna vez no lo sea. Entonces surgen problemas muy difíciles, cuyo límite es la *revolución* del orden jurídico entero.

Ello es lógico si tenemos en cuenta que el Derecho nace de y para la vida (56), y que en la vida los sistemas de valores son complejos y circunstanciados (57). Por eso es tan difícil una auténtica Filosofía del Derecho (58). Por eso «la eticidad del Derecho es una conquista, como el Derecho natural es una posición no de descanso, sino de combate» (59). Y por eso el Derecho natural aparece, desde el punto de vista de una política legislativa, como un Derecho ideal» al que es necesario acercarse con la imperfección de todas las empresas humanas» (60).

(56) «El Derecho no puede ser el simple producto de un principio único, por amplio o comprensivo que se le haga. Es, desde el punto de vista que le es propio, la expresión de una realidad poderosa, que no es sino la vida; y los factores de su formación y de su desarrollo son los mismos que determinan la evolución de toda la vida social. Está condicionado por el medio físico y social en el cual se produce, que, al mismo tiempo que le imponen los elementos fijos que contiene ciertas direcciones necesarias, provoca, por sus transformaciones y modificaciones sucesivas, su evolución progresiva» (TANON: *L'évolution du droit et la conscience sociale*).

(57) Sobre la complejísima problemática de la Axiología, v. KAUFFMAN: *Metodología de las ciencias sociales*, págs. 118 y ss.

(58) «La Filosofía del Derecho es la ciencia de lo justo» (F. J. STAHL: *Historia de la Filosofía del Derecho*, Madrid, s. a., pág. 29). Pero, como observa GARCÍA VALDECASAS, «trata el jurista de valerse de un sistema filosófico en boga, y como el pensamiento filosófico no se detiene, esa Filosofía del Derecho así contruida lleva al menos una fecha de retraso». Y otra, probablemente, sobre la realidad.

(59) PERTICONE: *Il Diritto e lo Stato nel pensiero italiano contemporaneo*, Padua, 1950, pág. 162.

(60) En este sentido habla LEGAZ de la contraposición entre Derecho natural y Derecho positivo, como la que existe entre «el ideal jurídico que todavía no existe como Derecho, y el Derecho que ya ha traducido a su modo un ideal». Pero entendiendo que «lo que es eternamente válido en la idea jusnaturalista es la existencia de unos principios supremos de justicia que son cabalmente aquellos que todo orden positivo aspira a realizar» (*Introducción a la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1943, págs. 260-261).

Pero esta tensión no debe interpretarse como base para negar la sustantividad del Derecho natural, reduciéndolo a una vivencia social de ideal jurídico, como hace DUVERGER: «El Derecho ideal —al que se llama más frecuentemente, pero menos exactamente, Derecho natural— es el conjunto de las reglas que ese mismo grupo social considera, en ese mismo momento, como más perfectas que las reglas del Derecho positivo, y desea, por consiguiente, ver entrar en aplicación en el lugar y sitio de éstas» (*Op. cit.*, pág. 12).

Esta noción del «Derecho ideal» se descompondría en estas dos, distintas y a

Para acercarse a ese ideal, los gobernantes han realizado en todos los tiempos grandes esfuerzos, y la Ciencia del Derecho, una de las más nobles y características de la cultura cristiana, ha trabajado a este servicio. El Rey Sabio, después de definir la justicia a la romana, como «dar a cada uno lo que conviene cumplidamente e lo que merece» (61), formula como un problema de sabiduría su realización a través de las leyes: «E tomamos de las palabras e de los buenos dichos que dijeron los sabios, que entendieron las cosas razonablemente según natura, e de los derechos de las leyes, e de los buenos fueros que ficieron los grandes Señores, e los otros omes sabidores de derecho en las tierras que hubieron de juzgar» (62). Es un esfuerzo intelectual y de la experiencia de todos los hombres y de todas las épo-

veces contradictorias: «orden social» ideal (idea de una organización social más perfecta) e «ideal de justicia» (elemento moral).

(61) Partidas, ed. cit., I, pág. 3.

(62) *Ibidem*. GREGORIO LÓPEZ comenta: «Hic dicit ex quibus fuerunt sumptae leges istae a iure scilicet Divino, et Naturali, et ex dictis sapientum, et a iure communi, et a bonis foris.» «E pusimos —prosigue el texto— cada una destas razones dó conviene.»

En el título I, ley 2 (*Del Derecho natural e de las gentes*) se insiste en este punto de vista: «*Ius naturale* en latín, tanto quiere decir en romance como Derecho natural, que han en sí los omes naturalmente. Otrosí *ius gentium* en latín, tanto quiere decir como derecho comunal de todas las gentes, el cual conviene a los omes... e este fué hallado con razón, e otrosí por fuerza, porque los omes non podrían bien vivir entre sí en concordia e en paz si todos non usasen dél. Capor tal derecho como éste cada un ome conosce lo suyo apartadamente, e son departidos los campos, e los términos de las villas; e otrosí son tenudos los omes de loar a Dios, e obedecer a sus padres, e a sus madres, e a su tierra, que dicen en latín patria. Otrosí consiente este derecho que cada uno se pueda amparar contra aquellos que deshonra o fuerza le quieran fazer contra su persona, que se entiende que lo face con derecho. E de los mandamientos de estas dos cosas e destas dos maneras de derecho que de suso dijimos, e de los otros grandes saberes, sacamos e ayuntamos todas las leyes de este nuestro libro, según que las hallamos escritas en los libros de los sabios antiguos, poniendo cada ley en su lugar, según el ordenamiento por que las hicimos» (ed. cit., págs. 3-9).

Y aún insiste más adelante (Ley 6, «Onde fueron sacadas estas leyes»): «Tomadas fueron estas leyes de dos cosas: la una, de las palabras de los Santos, que hablaron espiritualmente lo que conviene a bondad del ome e salvamiento de su alma. La otra de los dichos de los sabios que mostraron las cosas naturalmente: que es para ordenar los hechos del mundo, e de cómo se hagan bien e con razón. E el ayuntamiento de estas dos maneras de leyes han tan gran virtud que aducen cumplido ayuntamiento al cuerpo e al alma del ome. E por ende el que las bien sabe e entiende, es ome cumplido, conociendo lo que ha menester para pro del alma e del cuerpo» (pág. 11).

cas el que permite irse acercando al Derecho mejor, en cuanto los hombres lo pueden realizar. En el cual, a la vez, ha de juzgar la prudencia política. El magnífico Código Alfonsino era tan perfecto para su tiempo, que no llegó nunca a entrar en vigor más que como Derecho supletorio; mientras que hoy, totalmente derogado (63), le sigue citando como *ratio scripta* (como «razón de los sabios antiguos») el Tribunal Supremo.

Por supuesto, esta conquista *sabia* del Derecho está unida, en el mundo cristiano, a la creencia en que otra Sabiduría infinita lo pensó antes. El Derecho natural es así una parte de la «ley eterna». Pero hay más: en el pensamiento católico, si bien el Derecho divino no empeece al Derecho natural (64), sí colabora con él y lo garantiza contra los errores de la imperfección humana. Frente a la tesis de cierta teología protestante, que, como en la formulación de Karl Barth, piensa que el orden del Estado «nada tiene que ver con el orden de la redención» (65), los católicos creemos en la armonía de los diversos órdenes (66). De aquí la superioridad que tiene la doctrina neotomista —«el Oeste en busca de una Metafísica», de que habla Heinemann—, que enlaza con las mejores tradiciones, sobre los intentos secularizados de, verbigracia, la UNESCO, y no digamos de los marxistas (67).

(63) Menos la sobresaliente excepción de la famosa «acción de jactancia». Ver mi trabajo *La acción meramente declarativa*, Madrid, 1951.

(64) Dice SANTO TOMÁS: «Ius divinum, quod est ex gratia, non tollit ius humanum, quod est ex naturali ratione.»

(65) El límite de esta interpretación es el «Derecho puro» de Kelsen, como sistema normativo de una sociedad absolutamente secularizada.

(66) A su vez, el límite sería la tesis de ADAM MÜLLER: «El cristianismo constituye el fundamento de la sociedad. El ejemplo de Cristo no sólo posee carácter privado, sino también político. Cristo ha muerto también por los Estados» (*Elementos de Política*, trad., Madrid, 1935, pág. 297).

(67) Toda la doctrina de la legitimidad está basada sobre este supuesto en los países cristianos. En los países protestantes la derivación ha sido la aceptación de la legitimidad democrática (muy escasamente distinguible, a pesar de los distinguos de DUVERGER y BURDEAU de la legalidad formal). Hoy la pretenden todos los Gobiernos, después de la guerra santa contra el fascismo (VEDEL, pág. 11). Pero es un puro mito, una vez que recibe tan diversos sentidos.

La visión católica del hombre como *libre* (no *predestinado*), a la vez que caído (pecado original) conduce necesariamente a una valoración determinada del orden jurídico-político como *naturalmente* pleno en su órbita, pero *prácticamente* («ratione peccati») necesitado de ayuda, dirección, consejo, etcétera. «¿Quién sin Dios —pregunta el P. RIVADENEYRA— podrá llevar una carga tan pesada, tener en obe-

Para esta doctrina tradicional hay, por supuesto, una moral natural trascendente (68) que no es, a su vez, una emanación de la mera naturaleza, sino auténtica norma (como aclaró Suárez frente a Vázquez (69), que es la base y la medida de las normas humanas (70), que es, en fin, auténtico Derecho en las materias que tienen por objeto la alteridad (la justicia) (71), que es, en fin, invariable en la esencia, variable en los accidentes. Este último es un aspecto capital, toda vez que de este capítulo nacían las principales objeciones de la

diencia los pueblos, moderar voluntades tan libres y estragadas, unir corazones tan contrarios y enfrenar y hacer a todas manos un caballo tan desbocado como el vulgo?» (*Tratado de la Religión y virtudes que debe tener el Príncipe cristiano para gobernar y conservar sus estados, contra lo que N. Maquiavelo y los políticos desde tiempo enseñan*, ed. Autores Españoles, vol. 60, pág. 452).

Observemos a *sensu contrario* que, como señala CHESTERTON, hombres y movimientos que «comienzan combatiendo a la Iglesia por amor a la libertad y a la humanidad, acaban por echar por la borda la libertad y la humanidad con tal de combatir a la Iglesia.

(68) Otra cosa es que la conozcamos naturalmente. Probablemente, como dice GEORGE ELIOT, «todos nacemos en la estupidez moral».

(69) El jusnaturalismo dieciochesco, deísta y racionalista, insistió mucho en el *naturalismo*. Así, en el dístico de QUESNAY:

Ex natura, jus, ordo et leges
Ex homine arbitrium, regimen et coercitio.

De aquí a la tesis del *Emilio* no hay más que un paso: «Todo está bien al salir de la manos del Autor de las cosas; todo degenera entre las manos del hombre.»

(70) Y también del poder y su ejercicio, que viene a ser lo mismo; bien entendido que, como dice SIDGWICK, el simple hecho de que la Moral discuta lo que debe hacerse en política, no convierte a ésta en una parte de la Ética: entonces lo serían todas las ciencias prácticas (*The methods of Ethics*).

(71) Los romanos concebían el Derecho natural como *parte* (no como *guía*) de su ordenamiento, es decir, como Derecho aplicable: «collectum est enim ex naturalibus praeceptis, ant gentium, ant civilibus.» Los escolásticos ahondaron en este problema, y SUÁREZ llega a distinguir entre Moral natural y Derecho natural. Como observa GÉNY, el Derecho natural es el *dato racional*, el *dato natural* y el *dato ideal* del Derecho positivo. Pero es, además, un medio de realización de todo Derecho, pues, como decía ISÓCRATES, «los que hayan de gobernar bien no deberán llenar los pórticos de tablas, sino grabar en los ánimos lo justo» (*Discursos histórico-políticos*, Buenos Aires, 1944, pág. 102).

Es un elemento, a la vez, de conservación y de renovación del orden jurídico; es un límite negativo en los casos extremos; es, en fin, una especie de «norma externa», que rellena las lagunas y guía la interpretación. V. mi «Estudio preliminar» citado al tomo VI, vol. II, de mi traducción de MOLINA.

Escuela histórica contra el Derecho natural: que podrían ser válidas contra ciertas deformaciones del jusnaturalismo racionalista, pero no frente a la delicada matización de la idea (72) en Molina o en Suárez (73). Como bien dice Messner, el Derecho natural es inmutable; pero esto en manera alguna disminuye las posibilidades del Derecho positivo y del Estado (74). Este, como *societas perfecta*, tiene por misión «el crear los presupuestos para la integración de la naturaleza humana por medio de la fundamentación, prosecución y regulación de la universal cooperación social» (75); y para ello se mueve dentro de amplísimos límites (76).

Porque, en definitiva, como dice Renard, «el Derecho natural no existe sino en los Derechos positivos; no es un género que los comprende, sino su razón analógica; ellos son sus modos, lo que no hace número».

Esto nos lleva, a su vez, a una de las más notables creaciones de la teoría jurídica y social del siglo XX: la doctrina de la *institución*.

3. LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS Y POLÍTICAS

En un libro magistral (77), Ruiz-Giménez estima que la concepción institucional del Derecho constituye, en su conjunto, una auténtica «Filosofía cristiana de la sociedad y el derecho» (78), en la que se aúnan «realismo, finalismo trascendente y pluralismo conjugador» bajo «el destello de la Revelación y la claridad luminosa del discur-

(72) Ver el estudio citado.

(73) Ver JOSÉ CAAMAÑO: *La mutabilidad del Derecho natural en Suárez*, Madrid, 1949, a juicio de quien es ésta «una de las partes más interesantes y luminosas de la Filosofía jurídica suareciana».

Ver también H. ROMMEN: *La teoría del Estado y de la Comunidad Internacional en Francisco Suárez*, Madrid, 1951.

(74) *Das Naturrecht*, Innsbruck, 1950.

(75) MESSNER: Op. cit., pág. 437. El autor define al Estado como «la comunidad con mayor poder de dominación de un pueblo establecido sobre un territorio, para la universal realización de su bien común» (pág. 438).

(76) A su vez, el Derecho natural no se refiere solamente al Derecho del Estado. Fluye en todas las instituciones capaces de crearlo. Por eso TÖNIES distingue entre el Derecho natural societario y el Derecho natural comunitario (*Gemeinschaftsnaturrecht*). A su juicio, esta fué una de las lagunas de HOBBS.

(77) JOAQUÍN RUIZ-GIMÉNEZ: *La concepción institucional del Derecho*, Madrid, 1944.

(78) RUIZ-GIMÉNEZ: Op. cit., pág. 221.

so teológico» (79). La intuición genial de Hauriou, a quien se ha llamado «positivista católico» (80), y que no era tal, sino teórico cristiano del Estado y del Derecho, o sea un estudioso cristiano de la sociedad, ha desembocado en un movimiento renovador que hoy alcanza a todas las ciencias jurídicas y sociales (81). Aún queda mucho por hacer para perfilar definitivamente el sistema y desarrollarlo hasta sus últimas implicaciones (82); la Sociología y la Historia están empezando a utilizar un método que inicialmente resucitaron los juristas (83).

El siglo XIX fué la máxima experiencia de derrocamiento de un sistema de instituciones y de una teoría social y política empeñada en desconocer el hecho institucional. «Los hombres eran todo; las instituciones, nada» (84). Se afirmaba que el Estado procedía de un contrato, y que los hombres podían cambiar a capricho sus formas de vida colectiva (85). Las instituciones eran cosa del pasado oprobioso (86); la nueva sociedad, homogénea e igualitaria, no las necesita-

(79) RUIZ-GIMÉNEZ: Op. cit., pág. 203.

(80) CURVITCH piensa que las influencias principales de HAURIOU son las de PLATÓN, BERGSON y PROUDHON, y habla de «ideal-realismo».

(81) Bien puede decirse, por de pronto, que es la tendencia dominante en España, después de los trabajos de RUIZ DEL CASTILLO, CORTS GRAU, RUIZ-GIMÉNEZ, CARRERAS ARTAU, LISSARRAGUE, GARRIGUES, etc.

(82) Ver ROLAND MASPÉTIOL: *L'État devant la personne et la société*, y P. DUCLOS: *L'évolution des rapports politiques depuis 1750*.

(83) TOMÁS CARRERAS ARTAU afirma que «hay un término propio troncal de la Sociología: la institución»; y que su lugar propio es el análisis del *hecho social*. La Sociología concebida así, como teoría de los hechos y de las instituciones sociales, «vendría a ser una auténtica 'Introducción a las Ciencias Sociales'», y afirma que este método es fundamental en el estudio igualmente de las sociedades históricas que de las primitivas.

(84) O'LEARY: *Desgobierno y anarquía de la gran Colombia*.

(85) «Un pueblo tiene siempre derecho a cambiar sus leyes, incluso las mejores. Pues si desea hacerse un mal a sí mismo, ¿quién tiene derecho a impedirselo?» (ROUSSEAU).

(86) El preámbulo de la Constitución francesa de 1791 dice así: «La Asamblea Nacional... abole irrevocablemente las instituciones que lastimaban la libertad y la igualdad de los derechos. Ya no hay ni nobleza, ni pairía, ni distinciones estamentales, ni régimen feudal, ni justicias patrimoniales, ni ninguno de los títulos, denominaciones y prerrogativas que de ellas se derivaban, ni ninguna 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 más que la de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.» Anotemos que el último inciso pone la proa claramente hacia el Estado de funcionarios y hacia el Estado totalitario (sin sospecharlo, claro es).

ría. Revolución era tanto como derribar todas las instituciones. En lugar de la razón de los siglos, de la razón de las generaciones, aparece la razón del momento, la apresurada formulación de las Cartas de derechos y de las Constituciones (87). Y, sin embargo, el siglo XIX vió surgir instituciones imprevistas por todas partes: los partidos, considerados indeseables, aparecieron con enorme fuerza; los sindicatos, prohibidos y perseguidos, acabaron por imponerse; se declaró sin valor la jurisprudencia, pero el Derecho judicial resurgió en todas partes con enorme vigor, etc.

A finales de siglo por todas partes se ve la necesidad de estudiar las instituciones. El propio Spencer estableció una clasificación de las mismas, y dedicó a su análisis una extensa obra. Pero la concepción individualista hacía muy difícil que se pudiera encontrar el camino para su estudio, reducido a un puro nominalismo (88); mientras que, a su vez, la doctrina de la conciencia colectiva anegaba lo mismo a

(87) Los tradicionalistas reaccionaron inmediatamente. BURKE inicia el estudio de las instituciones políticas con un método realista y brillante; «en ese campo intermedio entre los hechos y la especulación —dirá de él LASKI— su supremacía no tiene rival cercano... es una figura única» (ver sus *Textos políticos*, traducción, México, 1942).

Su concepción institucional es abierta: «Cuando ha desaparecido la razón de ser de una institución, es absurdo no conservar sino su carga»; «una reforma moderada es permanente»; «mi tipo ideal del hombre de Estado reúne una tendencia a conservar y una capacidad para mejorar», etc. Pero, en principio, desea el respeto de las creaciones sociales logradas: «la nobleza es un adorno elegante del orden civil; es el capitel corintio de la sociedad civilizada»; «no me gusta ver nada destruido: ni producido en la sociedad ningún vacío, ni ninguna ruina sobre la faz de la tierra», etc.

Análogamente, BONALD y DE MAISTRE en Francia: «Cuanto más se escribe, más débil es la institución. La razón es clara: las leyes no son sino declaraciones de derechos, y los derechos no son declarados más que cuando son atacados... Por eso la constitución más vigorosa de la Antigüedad profana fué la de Esparta, donde no se escribía nada» (CONDE DE MAISTRE).

Sobre BALMES y DONOSO CORTÉS, v. mi trabajo citado.

(88) Este punto de vista subsiste en algunos sectores de la psicología social, sobre todo norteamericana. Así, dice BERNARD: «Las instituciones no son, por supuesto, externas a la gente... Son sencillamente las maneras relativamente permanentes y formales que las personas tienen de conducirse o de actuar al hacer sus adaptaciones colectivas a la naturaleza y sus semejantes» (*Psicología social*, página 504). En efecto: «la institución es un método cooperativo de satisfacer algunas necesidades fundamentales de los hombres, que pueden ser atendidas de una manera más efectiva mediante una forma relativamente estable de acción colectiva u organización social» (ibidem).

las personas que a las instituciones en un organicismo monista (89). Hauriou, que desde los primeros momentos había propendido a una consideración objetiva de la sociedad (90), vió confirmados en sus análisis de la Administración y del Derecho administrativo francés sus impresiones de que el subjetivismo individualista y revolucionario no era capaz de suministrar una base sólida para la construcción del orden jurídico-político.

Entender que :

- a) la sociedad es una simple suma de individuos;
- b) lo esencial del orden estatal es la determinación y defensa de los derechos del individuo;
- c) siendo el orden social coordinación de voluntades, la ley es la expresión de la voluntad general,

(89) Para HAURIUO, los sistemas de DURKHEIM o DUCUIT no eran, frente al individualismo revolucionario, constructivos, sino destructivos.

(90) En su primer gran libro, *La science sociale traditionnelle*, HAURIUO inicia su visión institucional.

Se enfrenta con el progresismo: «Hay individuos optimistas, hay... años de optimismo y hay filosofías optimistas; pero la tradición, en lo que tiene de continuo y de profundo, es indiscutiblemente pesimista» (pág. 163).

Hay, sin duda, un progreso, pero «la marcha del progreso no es rectilínea, incluso cuando el hombre ha encontrado la verdadera dirección» (pág. 208); alternan los períodos *orgánicos* y los *críticos*, la Edad Media y el Renacimiento. Los períodos orgánicos son aquellos en los que se acepta la tesis tradicional de que el mal es el pecado (y no la mala organización social, como pretende ROUSSEAU); es decir, se cree en el pecado original y en la redención. Esta se produce por el sacrificio: la gran idea cristiana. Pues «el Cristianismo no es sino la misteriosa orquestación de la idea de caída y de redención» (pág. 185. En esto HAURIUO sigue de cerca a DE MAISTRE). El sacrificio hace posible la organización social, cuyo otro polo es la fuerza. De ésta se abusa siempre porque «todo partido que entra en la lucha necesita elementos violentos y malos» (pág. 191). *La fuerza, funda, y el sacrificio consolida la institución*. A su vez, el sacrificio tiene su límite, su *non possumus* en el Derecho natural o en el dogma (pág. 197).

Esto supuesto, HAURIUO distingue tres «tejidos sociales»: el *religioso*, el *metafísico* o *estatal* y el que llama la *Sociedad positiva*. «La sociedad fundamental, la verdadera sociedad natural es la sociedad positiva. Ella es la que sostiene al hombre y en ella es donde se crean las organizaciones. Las otras dos sociedades, el Estado y la Iglesia, son dos especies de sociedades sobrenaturales, porque están orientadas hacia el sacrificio y trabajan para la redención de la otra» (pág. 204).

HAURIUO llega a hacer suya la afirmación del CONDE DE MAISTRE: «El gobierno es por su naturaleza infalible, es decir, absoluto, pues, de otro modo, no goberna» (*Du Pape*, cap. 1); y añade: «es un alto poder que domina a todos los demás, del cual derivan todos los otros, que gobierna y no es gobernado, que juzga y no es juzgado» (pág. 398). Es decir, la institución suprema entre las humanas.

llevaba necesariamente a estas consecuencias:

- 1) La ley es subjetiva, no objetiva (y no deja lugar para la costumbre, ni siquiera para la interpretación, llegando a pensarse en el *référé législatif*);
- 2) No se reconocen como tales, instituciones públicas ni privadas; se ataca constantemente a la familia, y la propiedad misma (clave del orden burgués) aparece como un elemento subjetivo («un derecho inviolable y sagrado»), no una institución.

Por supuesto que todo se sostenía sobre un tejido de ficciones. Por todas partes había reaparecido la costumbre y la jurisprudencia; no había podido funcionar el «*référé législatif*»; las Constituciones mismas aparecían recubiertas de usos, costumbres, convenciones, etc. Las instituciones públicas se habían abierto paso (en Francia la libertad sindical se reconoce en 1884 y la libertad general de asociación en 1901) y las privadas, como la familia, resistían a todos los ataques.

Hauriou propuso entonces en una serie de tanteos su doctrina institucional. Para él es institución, negativamente, «todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados (91); y, positivamente, «una idea objetiva transformada en una obra social por un fundador, idea que recluta

(91) Los hechos sociales pueden ser considerados: a), como cosas; b), como conductas (psicológicas, morales) de individuos y de grupos; c), como fenómenos vitales (organicismo); d), como fenómenos puramente normativos; como *instituciones*. Esta última es la tendencia predominante en la Sociología actual. Mc. IVER dice que «las instituciones son formas de organización establecidas en la vida social por una voluntad común»; diferenciándose en esto último de las costumbres, que no son sino los hábitos de la comunidad» (*Comunidad*, pág. 172).

OGBURN y NIMKOFF, en su clásico manual (*A handbook of Sociology*, Londres, 1947; la organización de la sociedad, págs. 364 y ss.) encuentran una estructuración en la sociedad, que se da muchas veces sin previa planificación (como ocurre en la gramática), que arrancando de los usos o «*folkways*», de las más pequeñas unidades asociativas, llega a las «*sistematizaciones importantes*» de la conducta social (familia, Iglesia, Estado), a las que se llama *instituciones*.

A juicio de SUMNER, una institución consta de «personal», «equipo», «organización» y ritual.

Para F. STUART CHAPIN, los elementos típicos de la estructura institucional son: a) Actitudes y patrones de conducta; b) Simbolismo; c) Elementos utilitarios; d) Estatuto (*Contemporary American Institutions*, 1935).

CARRERAS ARTAU señala en la institución tres elementos: forma, función y proceso.

adhesiones en el medio social y sujeta a su servicio voluntades subjetivas indefinidamente renovadas» (92). En toda institución, pues, hay *idea* o espíritu y *cuerpo* (o infraestructura) (93). La primera surge de

(92) Por tanto, «el medio social no es el factor determinante de las instituciones; es sólo un factor auxiliar». Y, por otra parte, «no es una conciencia colectiva; es simplemente un público, en el cual la idea de la institución puede reclutar adhesiones individuales». Dentro del medio social surge, pues, un sistema de libertades o poderes individuales y de instituciones sociales espontáneas, en virtud del poder de fundación, que da lugar a los establecimientos, corporaciones, etc.

Hay una «operación fundamental» que comprende normalmente ciertos actos de expresa fundación, simple o compleja: la redacción de estatutos, la afección de recursos determinados y, en fin, una organización de hecho; finalmente, el reconocimiento de una personalidad jurídica (privada o pública). Hay, pues, un factor de intención, de unión en la realización de una obra; un factor de poder muy complejo en el que juega el ascendiente de la idea de la obra a realizar; un poder de persuasión o coacción sobre los cooperadores; un poder económico. Finalmente, un factor de procedimiento que perfecciona el lazo jurídico. Sobre esta compleja base social se eleva la institución superior, el Estado. «Concebimos al Estado como el protectorado político de la sociedad civil nacional. Esta afirmación supone la existencia de una sociedad civil nacional, separable, en cierta medida, de la forma política Estado». El Estado es el prototipo de la institución, concebida como «una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social», para la realización de la cual «se organiza un poder, que le procura sus órganos»; mientras que «entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea se producen manifestaciones dirigidas por los órganos del poder y reguladas por sistemas de procedimiento» (*La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, 1925).

El Estado es, en efecto, característica fundación de poder, que luego engendra «comunidad de acción» y una «situación estable». El Estado se diferencia de las demás instituciones por su grado (de armonía y estabilidad, que equilibra poder y libertad) y por su perfecta incorporación (en el Gobierno representativo) y personificación (a través de la libertad política con participación de los ciudadanos en el gobierno), que la de una gran superioridad moral; ello unido al servicio de las más importantes «ideas objetivas».

Este pensamiento de HAURIU, que en sus últimas formulaciones (v. la traducción de RUIZ EDL CASTILLO, pág. 83; N. del T.) propende particularmente a unir la teoría de la institución y de la fundación, coinciden en parte con el de O. SPANN. Ver sobre su interpretación del «establecimiento u organización» y del «obrar fundacional» su *Filosofía de la sociedad*, pág. 119. Para éste, este tipo de «obrar organizador», que es «superior al obrar sobre el que se actúa, porque prefigura y prevé un algo espiritual suyo» (pág. 120) y que, naturalmente, precede al obrar económico, que «se ocupa de los medios, se da de modo eminente en el Estado. Por eso (pág. 121) el «Estado es antes que la Economía».

(93) «Las instituciones. —dice HALBWACHS— no son simples ideas: deben ser tomadas a ras de tierra, enteramente cargadas de materia, materia humana y ma-

la «invención» intelectual y del «ejemplo» moral de los fundadores (94). La segunda es capital, pues en ella está el sostén estructural de las conductas, indefinidamente renovadas, que constituyen la realidad social de la institución (95). Se trata, bien entendido, de cosas en las que vive —y revive— el espíritu. «Y de pronto, lo que parecía muerto y no decía nada, vuelve a estar vivo, y es que el espíritu lo ha hecho suyo» (Maeztu).

Ahora bien; la realización de las ideas objetivas de Bien, de Orden, de Justicia, de Bien común, etc., se plantea históricamente de modos muy distintos. Uno fué el problema de la «unidad» para el primer Capeto, otro para Cisneros, otro para las Constituyentes de Filadelfia. Porque las «cosas» sociales y políticas eran radicalmente distintas. Por eso la historia de las instituciones muestra tal riqueza y tal diversidad. Tanta, que a algunos les ha llevado a un cierto escepticismo. Boecio, en su *Consolación de la Filosofía*, dice que «las

teria inerte, organismos de carne y hueso, edificios, casas, lugares, aspectos del espacio» (*Morfología social*, trad. portuguesa, Coimbra, 1941, pág. 5).

Propongo este ejemplo: las Cortes españolas. Pocas instituciones políticas han estado sometidas a más vaivenes en los últimos treinta años, de crisis del régimen parlamentario. Vino la dictadura y la suspensión de sesiones; la Asamblea Nacional, nueva suspensión; las Cortes Constituyentes de 1931; las Cortes ordinarias de la II República; la época roja; diversos organismos instalados en el Palacio; las nuevas Cortes desde 1942... Sin embargo, había un *corpus* permanente: el edificio, la casa, el mobiliario *ad hoc*, la biblioteca, la colección de retratos de los presidentes, los *Diarios de Sesiones*, los cuerpos de funcionarios y subalternos, etc., capaz de mantener una cierta continuidad.

(94) MAEZTU, en *La crisis del humanismo*, presenta a dos oficiales que discuten sobre la explicación de la auténtica vida moral y corporeidad histórica de sus regimientos. Aprecian en ellos una cierta «alma» que hace que incluso una misma persona, trasladada de uno a otro, cambie de conducta. MAEZTU, como HAU-RIOU, rechaza las dos hipótesis extremas: la conciencia colectiva de DURKHEIM y la pura imitación entre individuos de TARE. «Lo que sucede es que las actividades notables que más han actuado en ellos han dejado en cada uno las huellas de su espíritu».

(95) Escribe MAEZTU: «Si se dice que los hombres se unen o se encuentran unidos en una o varias cosas, de carácter material o espiritual, no hace ya falta ningún supuesto misterioso, como el de la conciencia colectiva o el del hipnotismo, para que nos expliquemos la naturaleza de la sociedad» (*Crisis del Humanismo*, pág. 302). En efecto, «lo primario en las sociedades es la cosa o cosas en que los hombres se unen o se encuentran unidos» (pág. 305). Y formula su tesis de la *primacía de las cosas* frente a la sentencia de PROTÁGORAS: «El hombre es la medida de todas las cosas», en estos términos que afirma ser confirmados por la Historia: «las cosas que son y las que no son, pero deben ser, son la medida de todos los hombres.»

costumbres y ordenanzas de diferentes naciones suelen ser diferenciadas, y lo que es loado en unas, en otras merece pena; do se sigue que quien huelga que su fama se predique, le cumple que no se sepa en muchas partes del mundo» (96). Y es bien conocida la frase de Pascal: «Verdad de este lado de los Pirineos, error más allá.»

Pero esto es precisamente lo interesante de la teoría institucional: que ha dado la explicación de cómo el Derecho natural, en su esencia única, puede dar lugar a una serie de realizaciones positivas *análogas*. La concepción institucional, analógica, objetiva o finalista del Derecho, señala claramente el punto de enlace entre el Derecho natural y las instituciones positivas que lo realizan de modos muy diversos, pero que apuntan al mismo fin. Esto no se refiere, claro es, a los errores o a las desviaciones, que también son posibles; mas, por una parte, tenemos así la clara aceptación de la realidad institucional en toda su riqueza (97), y por otra, «la analogía nos deja de pronto en brazos del viejo Derecho natural» (98). Como dice el Padre Lachance, «el Derecho se elabora en el corazón mismo de los grupos vivos y, por esta razón, va sometándose a readaptaciones periódicas; sigue a las sociedades en su evolución, y así es determinado según su temperamento y aspiraciones; se pliega a sus circunstancias territoriales y climatológicas; sufre la huella de las fuerzas en acción. Pero en donde quiera que se encuentre realiza, en sus rasgos fundamentales, una forma determinada de lo justo» (99). En este sentido, la doctrina institucional ha puesto la nueva ciencia social (100) al servicio de la vieja doctrina de la variabilidad del Derecho natural, por cambio de sus supuestos fácticos, con éxito indiscutible.

La importancia de la nueva (y vieja) doctrina es decisiva en todas

(96) Ed. Buenos Aires, 1943, pág. 85.

(97) Frente a la crítica del idealista GIORGIO DEL VECCHIO, que en *Derecho y Vida* (Barcelona, 1942), págs. 56 y ss., afirma que el institucionalismo de S. ROMANO deriva necesariamente hacia el empirismo o el organicismo, responde con razón RUIZ-GIMÉNEZ: «Quien se mueva en la órbita del pensamiento tomista no puede ni desconocer la raigambre empírica del Derecho, como fenómeno concreto vivido por los hombres, forma de su existencia, ni preterir la exigencia ideal e imperativa de lo jurídico» (*Derecho y vida humana*, pág. 114).

(98) *La concepción institucional*, cit., pág. 290.

(99) Cit. por RUIZ-GIMÉNEZ: *La concepción institucional*, pág. 291.

(100) RENARD llega a decir que «la teoría de la institución y la concepción institucional del Derecho traducen, con un pensamiento profundamente tradicional, el rendimiento jurídico del moderno principio de la relatividad» (*Théorie de l'institution*, pág. 256).

las ramas, ámbitos y problemas del Derecho en general (101). La interpretación (102), la teoría de las fuentes (103), la doctrina de la persona (104), el derecho de propiedad, etc. Pero, indudablemente, la importancia decisiva está en el ámbito del Derecho público, y en particular del Derecho constitucional y del Derecho administrativo. Ningún sistema jurídico-formal es capaz de explicar ese «enredo de todas las instituciones de todos los calibres que es el Imperio británico», como bien dice Renard (105).

Hasta que se han estudiado en serio, con todo el instrumental metodológico de las técnicas sociales, políticas y jurídicas, instituciones como el Parlamento (106), el Gabinete (107), el Congreso (108), la Presidencia (109), el «koljoze» (110), etc., no se ha podido entender

(101) Ver, por ejemplo, el artículo de HAURIUO sobre «La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales», en *Revista de Derecho Privado*, (1926).

(102) En la aplicación del Derecho institucional predomina el espíritu sobre la letra, la sustancia sobre la forma, los *standars* sobre la mera «subsunción» formal, etcétera.

(103) Sobre esto hemos de volver más adelante. La doctrina institucional, en todo caso, es propicia a un cierto pluralismo, ya que en ella «el orden no es más que un límite, el Derecho no es más que un límite» (HAURIUO); y dentro de él se mueven poderes creadores de Derecho, sin perjuicio de que haya uno supremo sobre los demás.

(104) En particular, la doctrina de la persona jurídica o moral; es decir, la no comprendida en la definición de WOLFF: «Persona dicitur ens, quod memoriam sui conservat, hoc est, meminit se esse idem illud quod ante in hoc vel isto statu fuit.»

(105) El cual prosigue: «Nuestros vecinos de allende la Mancha, que se preocupan mucho más que nosotros de lo real y positivo y algo menos por la línea, están predestinados para admitir en su técnica jurídica —tan sutil— la categoría de la institución» (*La théorie de l'institution*, pág. 224).

(106) Recuérdense los libros clásicos de MAY, de REDLICH, de CAMPION, de JENNINGS, etc.

(107) V. la obra *standard* de IVOR JENNINGS: *Cabinet-Government*, 1938, o la monografía de D. N. CHESTER, «Development of the Cabinet, 1914-1949», en *British Government since 1918*, Londres, 1951, y mi trabajo «El Gabinete inglés», Salamanca, 1954.

(108) Me refiero a las obras bien conocidas de ALEXANDER, HIND y CANNON, GALLOWAY, HAYNES, LUCE, RIDDICK, etc.

(109) Verbigracia, las de CORVIN, LASKI, etc.

(110) Hasta que E. SICARD ha aclarado que el «koljoze», a pesar de las apariencias de novedad comunista, no era más que una adaptación a la técnica moderna de la «zadruga» eslava, la antiquísima institución agraria de los pueblos del Este, no se han entendido muchos fenómenos de la actual sociedad rusa. Ver SICARD: *El paso de la aldea-caserío histórico a la aldea-koljose en la actualidad*.

una palabra de las respectivas Constituciones, y para ello ha habido que averiguar, no la edad *mínima* para llegar a estos puestos, sino la edad *efectiva* y el tipo de educación y la extracción social, etc., de sus miembros; no los poderes legales, (sino los efectivamente ejercidos, y *por qué y en función de qué*, y las ideas en virtud de las cuales surgieron las instituciones y por qué se mantienen y en qué forma piensan de ellas los que mandan y los que obedecen, etc. A su vez, las instituciones no existen aisladas, sino en complemento (que puede ser polémico) unas de otras (111), porque «la vida colectiva es un sistema de funciones, cada una de las cuales se apoya en las demás y las supone» (112); de aquí la «condición de intransferible aneja a toda institución» ante la que siempre cabe la pregunta «¿Por dónde la cortamos?» (113).

En el complejo dinámico de las instituciones surge el orden, que es un orden newtoniano e incluso einsteniano, de varias dimensiones. El orden último supone una institución sobre las otras, que, en el mundo moderno, es el Estado soberano (114). Este aparecería, desde este punto de vista, como un *orden concreto* (115) de instituciones, cuyo sistema sería, claro es, la Constitución.

(111) Ver en ORTEGA: *Imperio romano*, págs. 167 y ss., la «teoría de los complementos de la vida colectiva».

(112) ORTEGA: Op. cit., pág. 169.

(113) ORTEGA: Op. cit., pág. 170.

(114) «La soberanía es el principio del *orden*; la fundación es el acto del *poder*; la adhesión es el acto de la *libertad* (RÉNARD, en «La cité moderne», *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1925, pág. 98).

(115) Es evidente que hay, a pesar de la distancia inicial, una cierta aproximación final entre la concepción institucionalista y el pensamiento schmittiano. El *orden concreto*, contrapuesto a la *pura norma* y a la *mera decisión* está mucho más cercano al institucionalismo que a una teoría como la de FREYER, de un idealismo objetivo concretizado (V. SCHMITT: *Ueber die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denken*, Hamburgo, 1934). Por otra parte, a la idea institucional, para que no caiga en el pluralismo puro y simple, ha de acompañar un *decisionismo limitado*: tal como entendió la función legal y plebiscitaria el pueblo romano, o la parlamentaria el inglés, y como ha funcionado la doctrina de la soberanía dentro de un marco constitucional.

Por otra parte, ya indicamos que el institucionalismo no es normativista y puede suscribir la tesis de SCHMITT, de que «no se hace la imputación con el auxilio de una norma, sino viceversa; sólo desde un centro de imputación se puede determinar qué es una norma y en qué consiste la regularidad normativa» (*Teología política*).

4. LA CONSTITUCIÓN COMO SISTEMA DE INSTITUCIONES POLÍTICAS

A) *La elaboración histórica del concepto de Constitución*

En una consideración previa y elemental advertimos que el «Estado es una agrupación humana en la que rige una cierta relación de poder entre sus miembros individuales y agrupados» y que «esta relación de poder está incorporada en las instituciones políticas». Pues bien; «el sistema de las instituciones políticas fundamentales es la Constitución» (116).

Esta idea de que la organización política supone un sistema básico, una estructura mínima de instituciones fundamentales es muy antigua, y en una u otra forma, reaparece siempre, como ha mostrado Jellineck. Aristóteles distinguía la «politéia» como *forma* del Estado, de los «nomói» o leyes ordinarias, en un sentido que no difiere esencialmente de la distinción de W. Burekhardt entre «normas de organización» y «normas de conducta». Los romanos acuñaron la expresión «rem publicam constituere», que estaba a cargo de magistrados extraordinarios. La Edad Media, con su concepción orgánica del cuerpo político, a la vez que la doctrina estamental de los pactos, tuvo también una cierta idea de la Constitución. La pugna política del siglo XVI llevó a la doctrina de las «leyes fundamentales» (117), originada probablemente en los monarcómacos, y a un nuevo análisis de la distinción entre «dominium politicum» y el «dominium regale» (118). Por otra parte, el análisis de los teólogos juristas y de

(116) FINER: Op. cit., pág. 116. Por tanto, «una Constitución es la autobiografía de una relación de poder».

(117) Ver GARCÍA PELAYO: *Derecho constitucional comparado*, págs. 20-24, y MAURICE DUVERGER: *Les Constitutions de la France*, pág. 36 y ss. Se contraponen «leyes fundamentales» a «leyes ordinarias», «leyes fundamentales» a «leyes circunstanciales» (CROMWELL). Se definen aquéllas como «legis imperii» o «capitulaciones», y se admite la existencia de «leges fundamentales tacitae», al lado de las «leges fundamentales expressae» (HUBER), etc.

(118) Que corresponde a los conceptos de «politikón» y «basilikón» en ARISTÓTELES.

Ver Sir. THOMAS SMITH: *De Republica Anglorum*, 1583 (y ed. ingl. cit.), y CLAUDE DE SEYSSSEL: *La Grande Monarchie de France*, 1519.

la Escuela del Derecho natural y de gentes llevó a la distinción entre el «pactum unionis» y el «decretum regiminis» (119).

En la Edad Media es evidente que la idea dominante en estos inicios de la idea constitucional es la de limitar y organizar un poder en principio absoluto e ilimitado del monarca (120). Para Loyseau, «les lois fondamentales de l'État» son una estricta limitación al poder real. En el mismo sentido se habla de «fundamental laws» en la época de Jacobo I. En Alemania el concepto aparece a partir de la paz de Westfalia. Verdad es que el concepto, entre otras razones por su carácter negativo, aparecía muy ambiguo; Hobbes dice: «Nunca he podido ver en ningún autor lo que significa una ley fundamental» (121). De hecho era un principio político más que un sistema de normas precisas; sólo en circunstancias extraordinarias (como la casación del testamento de Luis XIV por el Parlamento de París) se podía ver su eficacia específica; pero es indudable que llevaba implícita la idea de un orden y unas garantías, o sea, de una moralidad en la persona moral del Estado (122).

(119) Ver PUFENDORFF: *De statu Imperii germanici*, 1667.

Ver EUSTAQUIO GUERRERO: «Precisiones del pensamiento de Suárez sobre el primer sujeto del poder y sobre la legítima forma de su transmisión al Jefe del Estado» (en *Razón y Fe*, número extraordinario, 1948, págs. 443 y ss.), donde dice: «Para estos grandes teólogos y juristas, representantes además de una milenaria tradición, existe sin duda una real transferencia del poder público, que primero resulta y reside en la comunidad total, y después, mediante la elección explícita o implícita, se concreta en el Príncipe u organismo supremo.» En este momento —constituyente— se ha de decidir sobre forma, condiciones, etc., de ejercicio de ese poder.

(120) Que, respecto de las leyes no fundamentales, es omnipotente: «Ius maiestatis —dice BODINO— est non modo singulis sed etiam universis leges dare et latas abrogare.»

(121) A su vez, TÖNNIES y SCHMITT han puesto de relieve cómo en HOBBS está la moderna idea de Constitución y de poder constituyente. Lo que ocurre es que el siglo XVIII puso a la *nación* (no a cualquier multitud) como base para la Asamblea constituyente y afirmó, además, la mutabilidad permanente de las Constituciones; desembocó finalmente en un «Rechtstaat» de pura legalidad, en el que, como dice STAHL, el Derecho, más que un fin, era un método. Pero HOBBS reaparece en el siglo XX al surgir el Estado comunista ruso: «Grande fué la perplejidad de los juristas constitucionales burgueses —escribe C. SCHMITT— al ver que, allá por los años de 1917 a 1920, se erguía un aparato bolchevique del Estado que, como quiera que funcionaba con arreglo a normas susceptibles de cálculo, podía reivindicar también para sí el nombre de Estado de Derecho» (*Leviathan*, páginas 108-109).

(122) Por lo demás, el principio monárquico era riguroso. En el *Curso de Derecho público* mandado componer por Luis XIV para el Duque de Borgoña

En todo caso, es evidente que la importancia que adquiere en la polémica revolucionaria la teoría de las leyes fundamentales está en desproporción con su vigencia anterior. En realidad, como dice madame de Stäel, «se oía hablar mucho más en París de la constitución inglesa que de la de Francia». Pero como pedirle al Señor Rey que abdicase su poder sobre la palabra de los americanos o de los ingleses hubiera sido pura impertinencia, y unas recomendaciones tan sospechosas sólo hubieran agravado el castigo» (123), se recurrió a inflar las viejas leyes fundamentales. Semejante será, entre nosotros, la posición de Martínez Marina, Argüelles, etc.

La idea tuvo un desarrollo especial en la doctrina calvinista, sobre todo en los «Covenants» de los puritanos, de los cuales se hizo célebre el de los «peregrinos» del «Mayflower» en 1620 (124). En las *Fundamental Orders of Connecticut*, de 1639, se encuentra ya un ejemplo acabado de Estatuto político-administrativo. Este Estatuto, en efecto, fué la base de la Carta Colonial otorgada por Carlos II, así como ésta, a su vez, lo fué de la Constitución del Estado en 1776. Las trece colonias americanas tenían Cartas (del Rey o de señores) en el momento de la independencia, que desembocaron, a través de «town meetings» y «crump Legislatures», en las nuevas Constituciones, con sus dos partes características, el «bill of rights» y el «plan of government». Ahora bien; esto nos revela otra clave cierta del constitucio-

se lee: «Francia es un Estado monárquico en toda la extensión de la palabra. El Rey representa a la nación entera, y cada particular representa a un simple individuo frente al Rey... La nación no forma cuerpo en Francia; toda ella reside en la persona del Rey.» Todavía Luis XVI dirá en 1766, ante el Parlamento de París: «El orden público en su totalidad emana de mí, y los derechos y los intereses de la nación, de la que se osa hacer un cuerpo separado del monarca, están necesariamente unidos con los míos y sólo reposan entre mis manos.»

La única excepción era Inglaterra; pero ésta no satisfacía tampoco a los racionalistas del siglo XVIII. CABARRÚS, por ejemplo, se preguntaba: «¿Acaso la Gran Bretaña tiene Constitución? Y la que cotejada con la anarquía del resto de la Europa ha conservado a los ingleses algún resto de la dignidad humana, ¿es, por ventura, más que una capitulación con la tiranía?» (*Cartas*, pág. 165).

(123) CARCASSONNE, pág. 668.

A su vez, puesto ya en marcha el proceso constituyente, «los trabajos de la Asamblea no fueron guiados por una noción determinada de la Constitución. No son la aplicación de una teoría *a priori*... Los constituyentes sólo tuvieron un gran designio: hacer libre a Francia» (*La notion de constitution dans l'œuvre de l'Assemblée constituante de 1789*, París, 1932, pág. 20).

(124) Aunque hoy la crítica histórica ha restado idealismo a los acontecimientos.

nalismo moderno en cuanto que el régimen de «cartas coloniales», directamente vinculado a las cartas o estatutos de las sociedades anónimas del primer capitalismo, explica la aparición de la Constitución como estatuto de la persona jurídica Estado (125).

En Inglaterra el puritanismo produjo también, con carácter esporádico, un ensayo de constitucionalismo escrito. Venía ya de lejos la tradición, a pesar del predominio de la costumbre y la convención en la Constitución inglesa, a que algunos hitos fundamentales fuesen marcados por textos escritos, como la Carta Magna (126); pero fué Cromwell quien pretendió implantar una Constitución escrita y orgánica en el famoso *Instrument of Government* (127) de 1653.

A partir de entonces, y a través de todos estos elementos, está en marcha el movimiento que ha de producir el constitucionalismo moderno, fundamentalmente influido por el origen histórico inglés y la doctrina racionalista francesa. Ambos momentos confluirán en la «racionalización» de la Constitución inglesa, iniciada por Montes-

(125) La Constitución, en cuanto «superlegalidad constitucional», presupone la «idea de un estatuto corporativo del Estado, idea suscitada por la creencia de que el Estado es una especie de corporación». Es decir, la «carta estatutaria establecida por un poder constituyente» sólo en el grado difiere de la que se da a una sociedad por acciones.

BRYCE dejó bien establecido este punto (y le siguen HAURIU y FRIEDRICH): las Cartas Coloniales americanas proceden de las Cartas de las Compañías de Colonización y, a su vez, se convertirán en Constituciones políticas a partir de 1776. Este proceso se repetirá en este siglo en la desintegración del III Imperio inglés. «Sorprende que esta demostración tan impresionante no haya alcanzado mayor resonancia.» Casos similares, hasta cierto punto, son los de las colonias fenicias y griegas, el Estado libre del Congo, etc. Anótese, de paso, la conclusión recíproca: puede haber comercio sin sociedades mercantiles, y éstas pueden existir sin el estatuto y personificación de la moderna sociedad anónima. Análogamente puede haber sociedad y política con instituciones distintas del Estado moderno, y Estados sin Constitución.

(126) Minuciosamente recopilados por STUBBS y otros. En todas partes existió esta tendencia, ya por tratarse de concesiones de un poder superior («leges dates», fueros, privilegios); ya en el caso de pactos o contratos para conservarlos «ad perpetuam rei memoriam».

(127) De acuerdo con su teoría de que «en todo Gobierno debe haber algo fundamental, algo así como una Carta Magna, que sea permanente e inalterable». Nótese que los textos puritanos, basados en un sentido religioso e intolerante, se basan más en el principio de unanimidad que en el de mayoría, principio que a través del ginebrino ROUSSEAU desembocará en la «doctrina de la voluntad general».

quieu (128). Doctrinalmente, ya Hobbes ha establecido su concepto de una ley que, de ser suprimida, destruiría el cuerpo del Estado y le haría caer en la anarquía; y hace coincidir la aparición del Estado con el ejercicio del poder constituyente (129). Locke ha desarro-

(128) Este punto ha sido admirablemente estudiado por A. ESMEIN en sus clásicos *Éléments de Droit constitutionnel français et comparé* (dos vols., 7.^a ed., París, 1921).

La Constitución inglesa había tenido algunos teóricos autóctonos, como FORESCUE en su *De laudibus legum Angliae* (siglo xv), y SIR THOMAS SMITH en su *De Republica anglorum libri tres* (siglo xvi). Pero la mayoría de las interpretaciones sistemáticas fueron continentales; es decir, de pensadores que buscaban en la realidad inglesa ejemplos y justificaciones para sus propios países. Ya los monarcómacos franceses lo intentaron, pero, de momento, fueron barridos doctrinalmente por la doctrina de la soberanía entendida a la manera de BODINO, LE BRET, PIGANJOL DE LA FORCE y LOYSEAU («el reino de Francia —dice el último— es la monarquía mejor establecida que hay, e incluso que haya existido nunca, y no señorial, una soberanía perfecta, en la cual los estamentos no tienen parte alguna», etc.). Pero en el siglo xviii vuelve a surgir la coyuntura de reformas políticas; y la idea de MONTESQUIEU —según ESMEIN— «era que la Constitución inglesa suministraba una solución de las más felices al problema político, y que la sabiduría ordenaba a los países del Occidente el imitarla hasta donde le permitiera su carácter nacional».

En la misma dirección se movió el ginebrino DE LOLME en su *Constitution de l'Angleterre* (1771), publicada poco después que BLACKSTONE en sus *Commentaries on the law of England* (1765) hubiera recogido ya, desde dentro, la interpretación de MONTESQUIEU (en el libro XI, cap. 6.^o del *Espíritu de las leyes*).

Pero pronto esta tendencia conciliadora se vió desbordada por el ala extrema del racionalismo; y MABLY, STÉYÉS y, sobre todo, ROUSSEAU, dieron la pauta a los constituyentes franceses, quienes se van apartando progresivamente (Constituciones de 1791, 1793 y del año III) del modelo inglés; y no digamos los textos de la época del Consulado y del Imperio. En cambio, la influencia retorna en las Cartas de 1814 y 1830, en la obra de los doctrinarios B. CONSTANT, GUIZOT y ROSSI; y después de la reaparición del racionalismo (pero ya no individualista) en la Constitución de 1848 y del Imperio, prosiguió la influencia doctrinal a través de DUVERCIER DE HAURANNE, DUQUE DE BROGLIE, PRÉVOST-PARADOL; mientras que con TOCQUEVILLE y LABOULAYE se le mezcla la norteamericana. Con el Imperio liberal, la Constitución de 1870 y las leyes constitucionales de 1875 se incorpora definitivamente al constitucionalismo francés.

(129) «Se dice que una comunidad queda establecida cuando una multitud de hombres se pone de acuerdo y celebra contratos, cada uno con cada uno, con este objeto: que cada cual, lo mismo el que votó a favor que el que votó en contra, autorice como si fueran suyos y propios las acciones y juicios de aquellos hombres o de aquella asamblea de hombres a quienes la mayoría ha concedido el derecho de representar la persona de todos, esto es, de ser su representante para que así puedan vivir en mutua paz y ser protegidos contra otros hombres» (*Leviathan*, cap. XVIII).

llado la misma idea en una dirección democrática. Puffendorf, Boehmer, Wolff, Vattel, etc., han tratado diversos problemas conexos, en particular la posibilidad de cambiar la Constitución o, como se decía, de «volver al Estado de naturaleza». Rousseau establece el principio del «pacto social» unánime, con «liberum veto», que luego desaparece en las demás leyes, para las que basta la mayoría: «hay una sola ley que por su naturaleza exige un consentimiento unánime: es el pacto social» (130).

Unase a esto la importancia que había venido adquiriendo la ley escrita y los ejemplos norteamericanos (desde 1776, los diversos Estados; en 1781, los «Articles of Confederation»; en 1787, la Constitución federal) y se explica perfectamente el deseo de renovar el contrato social, así como el de publicarlo y difundirlo para aumentar la «cultura política» del pueblo, etc. (131).

Vattel había hablado ya de «Constitution de l'État» (132) y afirmado que de ella emanan los poderes del Estado, así como postulado su carácter de permanencia e intangibilidad para el legislativo ordinario. En los primeros momentos de la Revolución francesa, la Constitución reclamada ya en varios *cahiers* y que Lafayette y otros concebirán a la americana, se perfila definitivamente con la afirmación del dogma de la «soberanía nacional», y su corolario la doctrina del «pouvoir constituant», que a su vez tenía un escolio: la *rigidez*, que efectivamente fué muy grande en los primeros textos franceses (133). «En cada una de sus partes —dice Siéyès—, la Constitución no es la obra del poder constituído, sino del poder constituyente. Ninguna clase de poder delegado puede cambiar nada a las condiciones de su delegación» (134). Y más tarde, el 2 de Thermidor

(130) «Los hombres pueden estar unánimemente decididos a vivir juntos y, sin embargo, no entenderse sobre tal o cual detalle de la vida en común, y estar obligados, por consiguiente, a aceptar la ley de la mayoría (HAURIUO: *La science sociale traditionnelle*, pág. 402).

(131) Por supuesto, había otros antecedentes europeos como la «Constitutio Westphalica del Imperio, la «Regeringsform» sueca de 1634, etc.

(132) La palabra *constitución*, del latín *constitutio*, significaba originariamente *disposición* (imperial). Mas, aparte de este sentido jurídico, tenía el otro de *ordenamiento o estructura*; así habla SAAVEDRA Y FAJARDO de «la buena constitución y orden de la Monarquía» («Empresas», en *Obras*, cit., pág. 456). Ambos sentidos confluirán en el acuñamiento definitivo del concepto a finales del siglo XVIII.

(133) Sobre todo en la Constitución de 1791. En 1799 se hace intervenir directamente al pueblo en la operación constituyente.

(134) «Qu'est-ce que le tiers État?» En cambio, la nación es libre en todo momento, por sí o por sus representantes extraordinarios, para constituirse de

del año III, el ingenioso Abate repetirá, mirando hacia atrás, «una idea sana y útil fué establecida en 1788; es la división del poder constituyente y de los poderes constituídos. La tal se contará entre los descubrimientos que hacen avanzar un paso a la ciencia y se debe a los franceses».

Es lo cierto que con ello quedaba completo el ciclo de lo que Jellinek llamaba «las ideas abstractas del Derecho natural constitucional» (135). La formulación francesa de 1791, la española de 1812 y la belga de 1831 la difundirán por todas partes, y en breve tiempo se produce la adopción casi general de las Constituciones de nuevo cuño y la eliminación de los antiguos regímenes. Es la era del llamado Derecho constitucional «clásico».

En esta época rigió el principio de que «Estado moderno» y «Estado constitucional» son conceptos prácticamente sinónimos (136). Posada decía que «por encima de las variedades y diversidades formales se destaca el hecho de la existencia de las Constituciones como expresión que caracteriza en general la estructura y funcionamiento de los Estados contemporáneos». Y Brunialti estima que «cada Estado tiene una Constitución como la tiene cada cuerpo orgánico que se dice bien o mal constituido, porque sin poseerla no tendría vida (137). En el mismo sentido dice W. F. Willoughby que «el acto primario de una comunidad que decide constituirse en Estado organizando un gobierno para conducir sus asuntos políticos consiste en la formulación de un cuerpo definido de principios o disposiciones, determinando o desarrollando los principales aspectos del gobierno a crear-

nuevo. En el fondo, observa ESMEIN, esto no es sino una reconversión de la teoría de Bodino, cuando dice que el soberano no podría ligarse las manos por unas leyes, incluso si lo desease. Pero en este punto era más congruente la doctrina de ROUSSEAU, que prevaleció: «Es contra la naturaleza del cuerpo social imponer leyes que no pueda revocar; pero no es ni contra la naturaleza ni contra la razón el que no pueda revocar estas leyes sino con la misma solemnidad que empleó para establecerlas. He aquí toda la cadena que puede echarse encima para el porvenir» (*Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée en 1772*). Esto fué lo aceptado por la Constitución de 1791.

(135) Apresurándose a añadir que, «no obstante la recepción de las concepciones jurídicas de los países extranjeros, toda Constitución debe ser explicada según los principios del Derecho indígena».

(136) Ver, en este sentido, LINARES QUINTANA: *Constitucionalismo y libertad*, Buenos Aires, 1945.

(137) «Formazione e revisione della costituzioni moderne», en *Biblioteca*, 2.ª serie, vol. II, pág. 7 (Turín, 1894).

se (138). Para Chimienti (que no era un liberal) «toda organización estatal, como toda organización de fines y de medios, tiene su ley interna, según la cual y en virtud de la cual está constituida. Esta ley para la organización estatal es la Constitución» (139). Carré de Malberg dice terminantemente que «el Estado debe, ante todo, su existencia, al hecho de que posee una Constitución...; el nacimiento del Estado coincide con el establecimiento de su primera Constitución, escrita o no; es decir, con la aparición del estatuto que, por primera vez, ha dado a la colectividad unos órganos que aseguren la unidad de su voluntad y que hagan de ella una persona estatal» (140).

La tesis suscitaba, claro es, no pocas objeciones. En primer lugar de tipo histórico; como hemos visto, el Estado moderno era prácticamente anterior al Estado constitucional. Por eso Esmein, prudentemente, estima que «la Constitución no tiene por finalidad el crear al Estado, que le es preexistente y que resulta del hecho natural de la formación nacional; tiene por objeto determinar simplemente la forma del Estado y del gobierno. Es una ley que en el fondo es de la misma naturaleza que las demás..., son simplemente más importantes y más difíciles de establecer y de redactar que las otras leyes (141).

Por otra parte, la teoría dieciochesca envolvía un fondo voluntarista que tampoco aparecía confirmado por los hechos sociales e históricos. Frente a la afirmación de Stuart Mill de que «las instituciones políticas son la obra de los hombres y deben su origen y toda su existencia a la voluntad humana», en un proceso de constante creación y conservación, aparece mucho más acorde con la realidad la de Fustel de Coulanges: «Las instituciones políticas no son jamás la obra de la voluntad de un hombre, y la misma voluntad de todo un pueblo no basta para crearlas» (142). Esta fué la objeción inmediata de los legitimistas: «creer que la Constitución política de los pueblos es una obra puramente humana; que se puede hacer una Constitución

(138) WILLOUGHBY: *The government of modern States*, Nueva York, 1936.

(139) CHIMIENTI: *Manuale di diritto costituzionale fascista*, Turín, 1934, página 15.

(140) Se trata, por tanto, de una ley «provista de una fuerza superior y armada de un poder reforzado, en tanto que domina y limita al legislador ordinario».

(141) ESMEIN-NÉZARD: *Op. cit.*, 7.ª ed., vol. II, págs. 412 y ss.

(142) *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France*, París, 1891, volumen II, pág. XII.

como un relojero hace un reloj», decía el Conde de Maistre, es absurdo. «La razón y la experiencia —prosigue— se reúnen para establecer que una Constitución es una obra divina, y que precisamente lo que hay de más fundamental y de más esencialmente constitucional en las leyes de una nación, no podría escribirse». En efecto; «el hombre no puede hacer una Constitución, y ninguna Constitución legítima podría escribirse..., solamente cuando la sociedad se encuentra ya constituida, sin que se pueda decir cómo, es posible hacer declarar o explicar por escrito ciertos artículos particulares; pero casi siempre estas declaraciones son el efecto o la causa de muy grandes males (143).

A este anuncio, en los albores del régimen constitucional, podría hacer *pendant*, en su decadencia, este sutil análisis de Valéry, en su «Prefacio» a las *Cartas persas*: «Una sociedad se eleva de la barbarie hasta el orden. Como la barbarie es la era del *hecho*, es, pues, necesario que la era del orden sea el imperio de las *ficciones*, que no existe un poder capaz de fundar el orden únicamente sobre la coacción de los cuerpos sobre los cuerpos. Hacen falta cosas ficticias. El orden exige, pues, la *acción de presencia de cosas ausentes* y resulta del equilibrio de los instintos por los ideales. Un sistema fiduciario o convencional se desarrolla, el cual introduce entre los hombres vínculos y obstáculos imaginarios, cuyos efectos son plenamente reales. Son esenciales a la sociedad...» (144).

Entre la crítica de los legitimistas y la de Valéry se inscribe una de las más dramáticas experiencias de la Historia política de la Humanidad: es la historia de la formación del Derecho constitucional clásico, de su transición al llamado postconstitucionalismo (en el cual

(143) Ver J. DE MAISTRE: *Oeuvres*, 2 vols., París, 1876. MAISTRE cita una carta que le escribió a él un general ruso en 1814: «Las naciones son como los particulares, puede agitarse, pero no constituirse... El poder de organizarse no es en modo alguno un poder humano; el orden deriva de la fuente de todo orden» (página 6).

(144) «El reino del orden —prosigue VALÉRY—, que es el de los símbolos y los signos, conduce siempre a un desarme casi general, que comienza por el abandono de las armas visibles y alcanza poco a poco a las voluntades. Las espadas se hacen espadines y acaban por desaparecer; los caracteres se redondean. Se aleja uno insensiblemente de una edad en la que el hecho dominaba... El mundo social nos parece entonces tan natural como la naturaleza, cuando sólo se sostiene por arte de magia. ¿No es, en verdad, un edificio de encantamiento ese sistema que descansa sobre escrituras, sobre palabras obedecidas, sobre promesas cumplidas, imágenes eficaces, hábitos y convenciones observadas y puras ficciones?»

el constitucionalismo, a la defensiva, ha de pactar con una serie de elementos extraños) y, finalmente, de su crisis actual.

Mas antes de pasar a este último punto hemos de intentar la revisión conceptual de esta noción básica de la teoría del Estado y del Derecho constitucional, que ha llegado a ser, como tantos otros términos políticos, el más increíble compendio de equivocidad y confusión completa.

B) Sentidos diversos de la Constitución y tipología constitucional

Prácticamente, ningún autor contemporáneo se enfrenta ya con el concepto de Constitución de un modo unívoco, sino que previamente se intenta una catalogación de los posibles significados o acepciones de esta palabra. Así, Carl Schmitt distingue un concepto *absoluto* (Constitución como un todo unitario) (145), un concepto rela-

(145) *Teoría de la Constitución*, trad., Madrid, 1934.

En este primer sentido se concibe a la Constitución ya como la «situación total de la unidad y ordenación políticas», ya como un «sistema cerrado de normas». En ambos casos se trata de un concepto absoluto (verdadero o pensado). En la primera de estas dos interpretaciones, SCHMITT incluye: a), la noción aristotélica: la Constitución como «la manera de ser resultante de cualquier unidad política existente», o sea la concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto Estado; b), «una manera especial de ordenación política y social»; es decir, el *status* o «forma de gobierno» (en cuanto forma formarum); c), el «principio del devenir dinámico de la unidad política, es decir: «del fenómeno de la continuamente renovada *formación y erección* de esta *unidad* desde una *fuerza y energía* subyacente»; idea dinámica como principio activo, relacionada con la distinción de STEIN entre «constituciones» y «ordenaciones», y con la visión de MOHL, GNEIST, HAENEL, etc., que desaparecerá con el formalismo de LABAND, para resurgir en la teoría de la integración de SMEND.

En la segunda interpretación, la Constitución aparece como «norma de normas», o sea como la «*regulación legal fundamental*, es decir, un *sistema de normas supremas* y últimas»; en definitiva: la «*regulación legal fundamental*». En este sentido, el Estado no tiene Constitución, sino que la Constitución es el Estado. Esta concepción culmina en Kelsen, y SCHMITT la critica a fondo: «en realidad, una Constitución es válida cuando emana de un poder (es decir, fuerza o autoridad) constituyente y se establece por su voluntad. La palabra *voluntad* significa, en contraste con simples normas, una magnitud del ser como origen de un deber ser. La voluntad se da de un modo existencial: su fuerza o autoridad reside en su ser»; y así, «la Constitución de Weimar vale porque el pueblo alemán se la ha dado». Frente a esta simple realidad, «el concepto de Constitución se ha relativizado hasta convertirse en el de ley constitucional en concreto».

tivo (Constitución como una pluralidad de leyes particulares) (146); un concepto *positivo* (Constitución como decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política) (147); finalmente, un concepto *ideal* (en un sentido distintivo y a causa de un cierto contenido) (148). Ruiz del Castillo sistematiza un triple significado: Constitución como *compleción*, o estructura político-social; Constitución como acto de voluntad fundacional; Constitución como institución dotada de vigor constituyente (149). García Pelayo establece su «tipología constitucio-

(146) Fruto de la relativización indicada, la Constitución se reduce al de una pluralidad de leyes particulares *formalmente* constitucionales. El caso es estar dentro de la Constitución, y lo mismo da decir el «Reich es una República», que «se garantiza al funcionario el examen de su expediente personal» u otras disposiciones sobre investigación de la paternidad (Constitución española de 1931), sueldo de los maestros (Constitución cubana de 1940) o modo de sacrificar las reses (Constitución suiza).

¿Qué caracteriza entonces a una ley constitucional? Normalmente, el estar escrita y que su «reforma está ligada a supuestos y procedimientos de mayor dificultad». La Constitución es, pues, lo mismo que su *rigidez*. Es un dispositivo y, en realidad, sólo una norma en blanco que en cada caso puede llenarse según las prescripciones sobre reforma constitucional» (pág. 22).

(147) SCHMITT desarrolla, bajo este concepto *positivo*, su propia teoría decisionista de la Constitución como «decisión de conjunto, sobre modo y forma de la unidad política de un pueblo». Es, pues, un acto del «poder constituyente», que presupone la realidad existencial de un soberano, basado en la existencia política independiente. Constitución son, pues, «las decisiones políticas concretas que denuncian la forma política de ser del pueblo... y forman el supuesto básico para todas las ulteriores normaciones, incluso para las leyes constitucionales» (pág. 28).

(148) Cada partido propone, claro es, su concepto de «Constitución ideal». Por eso en la política de partidos la decisión puede ser el resultado de un acuerdo o transacción entre varios de estos conceptos; la decisión se toma «o mediante decisión política unilateral del Poder constituyente, o mediante convención plurilateral de varios de tales sujetos» (pág. 50).

Al mismo tiempo que este concepto analiza SCHMITT el valor que pueda conservar la expresión *ley fundamental*, que sentimentalmente puede aparecer conexas. «Ley fundamental» es, en efecto: a), la que parece de singular importancia jurídica a las personas o grupos políticamente influyentes en un momento dado; b), una norma «absolutamente» inviolable; c), una norma «relativamente» invulnerable; d), el principio unitario de la unidad política y la ordenación de conjunto; e), cualquier principio particular de la organización estatal (verbigracia, el principio monárquico, la división de poderes, etc.); f), la norma última en un sistema de imputaciones normativas (en el sentido de KELSEN); g), la regulación orgánica de funcionamiento y competencias (verbigracia, en una federación); h), la limitación normada del poder del Estado; i), la propia Constitución en el sentido positivo, como decisión política.

(149) Constitución como «temperamento» será el sentido indicado por DE

nal» sobre estos conceptos básicos: concepto racional normativo (Constitución como sistema de normas); concepto histórico tradicional (Constitución como *historia*, no como sistema); concepto sociológico (en el sentido de Sismondi, Marx y hasta cierto punto de Balme, como «expresión de una infraestructura social») (150). Biscaretti di Ruffia, en fin, distingue la Constitución en un sentido: a), institucional; b), material; c), formal; d), instrumental; e), histórico (151).

MAISTRE; por FUSTEL DE COULANGES cuando dice que «la Constitución de un pueblo no es más que la Historia puesta en acción»; por SPENGLER, por LASALLE, et cetera

RUIZ DEL CASTILLO estima que, desde luego, existe esta Constitución *interna*, pero que no debe ser interpretada en un sentido determinista: hay que salvar «la misión creadora de la ley y la autonomía de los factores políticos que impulsan dentro de ciertos límites el desenvolvimiento social. El poder no es mero reflejo de la sociedad; es también el foco que la alumbraba».

En el segundo sentido, RUIZ DEL CASTILLO limita la concepción puramente decisionista, ya que no cabe una arbitraria creación de instituciones políticas.

Dentro de la ciencia del Derecho público, sin embargo, se estima que, en sentido estricto, la Constitución ha de concebirse como los «fundamentos del orden jurídico total» y, en definitiva, como la «norma establecida por el poder constituyente». Y en sentido formal es «la forma que inmoviliza un determinado contenido jurídico, cualquiera que sea la naturaleza de éste».

(150) GARCÍA PELAYO: *Derecho constitucional comparado*, págs. 29 y siguientes. A juicio del autor es el primero de estos tres conceptos el que influye de modo más decisivo sobre el desarrollo de la ciencia constitucional, que llega a ser «pura normología» (pág. 50), del mismo modo que el Estado de derecho llega a ser «puro Estado legal» (pág. 51). En este sentido la Constitución es un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática, se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos».

Frente a este concepto surgió en actitud polémica, el de Constitución histórica, como «una estructura resultado de una lenta transformación histórica en la que intervinieron frecuentes motivos irracionales y fortuitos, irreductibles a un sistema».

Finalmente, en el concepto sociológico predomina la «inmanencia de las situaciones y estructuras sociales del presente». A juicio del autor, todas estas contraposiciones y otras conexas (Constitución política, v. normativa; material, v. formal; empírica, v. ideal; etc.) derivan del fenómeno de que «la Constitución forma un nexo entre diversas esferas de la vida humana objetivada, por el que se vinculan sectores de la realidad política, jurídica, sociológica, etc. (pág. 30).

(151) Op. cit., vol. I, págs. 60 y ss.

En sentido *institucional*, Constitución significa «*status*, arreglo, conformación, estructura esencial de un ente o de un organismo en general». En sentido *material*, o sea atendiendo a su «contenido normativo», es «todo aquel complejo de normas jurídicas fundamentales, escritas o no, que trazan las líneas maestras del

En realidad, la mayoría de las definiciones al uso integran varios de estos elementos a la vez. De todos modos podemos señalar que las notas que no suelen faltar son las siguientes:

A) La Constitución es un sistema (152), es decir, una ordenación con vocación de simplicidad (153) y sentido funcional.

propio ordenamiento». En sentido *formal* es «un complejo de normas legislativas distintas de las ordinarias por su proceso legislativo más arduo y más solemne». En sentido *instrumental* es «el acto fundamental en el cual están solemnemente formuladas las normas materialmente constitucionales». Finalmente llama sentido *histórico* al que hacía sinónimo Constitución de «Constitución liberal».

(152) FINER llega a decir que, en cuanto *sistema*, la Constitución tiene *vitalmente* conectadas entre sí las instituciones parciales que la integran, y está, a su vez, *vitalmente* conectada con la sociedad en que existe (op. cit., pág. 116). Como metáfora expositiva es ciertamente muy gráfica, pero tiene los inconvenientes de todas las metáforas (fuera de la Poesía, que es su «álgebra superior») y en particular del organicismo biológico en Sociología.

Si recordamos que, como dice J. VON UEXKÜLL, la característica esencial de la vida es que, así como «toda máquina necesita de un factor exterior a ella que le dé su estructura y la mantenga constantemente en forma», mientras que «el factor exterior de la máquina está entretelado en el tipo constructivo de los seres vivos» (*Teoría de la vida*, trad. Madrid, 1944, págs. 10-11), resulta claro que lo mismo la metodología mecanicista que la vitalista son inaplicables y que nos movemos en el seno de *sistemas* de otro orden.

FINER da esta interpretación: dado un cúmulo de instituciones que van surgiendo en diversos momentos, y al impulso de estímulos y fuerzas sociales diversas, «la energía humana que circula por ellas y que las hace mover aborrece el desperdicio y las reduce poco a poco a un mínimo, hasta que funcionan como un sistema» (op. cit., pág. 117).

Por eso una Constitución es siempre un sistema *actual*: «aunque en sus aspectos meramente formales (como ocurre en la Constitución inglesa), puede ser el producto de una era más antigua, o bien, por las teorías doctrinarias de algunos de sus autores (como la Constitución alemana de 1919), de aplicación únicamente para un futuro posible o imposible, su significado en cuanto al funcionamiento, o sea en cuanto distinto de su significado en el papel, es siempre el adecuado a las necesidades contemporáneas» (Ib.).

En un sentido semejante habla HELLER de la Constitución, respecto del Estado, «como forma de vida organizada» (*Staatslehre*, pág. 251); como una «estructura abierta» que actúa como «forma para la actividad» y «a través de la cual pasa la Vida, Vida en Forma y Forma que sale de la Vida» (pág. 250). No es, pues, puro *proceso dinámico*, sino *forma del proceso*. En esto difiere de SMEND, para quien la Constitución es «la vida en la cual el Estado tiene su realidad vital, es decir, su proceso de integración» (*Verfassung und Verfassungsrecht*, pág. 78). «El sentido de este proceso es la interna y nueva restauración de la totalidad vital del Estado, y la Constitución es la normación jurídica de las diversas caras de este proceso» (Ib.).

(153) De la Constitución hay que decir, como HORACIO de la creación poéti-

B) Este sistema u ordenación tiene por objeto específico la *organización política*; es un sistema de *instituciones políticas* que afecta, de modo primordial, al ejercicio del poder. Se trata de saber, como dice García Pelayo: a), quiénes son llamados a ejercer el poder; b), con arreglo a qué principios orgánicos; c), según qué modos; d), con qué limitaciones (154).

C) La Constitución propende a cristalizar en un *complejo de normas jurídicas*, de diversos orden y clases, que en principio son la piedra angular del ordenamiento jurídico y de rango superior a las demás normas que la integran (155).

ca: «Denique sit quodvis, simplex dumtaxat et unum.» Como dice ALEXIS CARREL, la mente humana «está construída de tal manera que se deleita en la contemplación de los hechos simples»; por el contrario, el tener que abarcar problemas complejos nos produce una especie de repugnancia» (*La incógnita del hombre*, pág. 15).

(154) La Constitución, es, pues, «la ordenación de las competencias supremas de un Estado»; es decir, de esa «unidad de poder» que es el Estado, «organización que tiene por objeto asegurar la convivencia pacífica y la vida histórica de un grupo humano» (op. cit., pág. 19).

En análogo sentido dice WADE Y PHILLIPS que «se entiende normalmente por Constitución un documento dotado de una especial santidad legal que sienta las bases estructurales y las funciones principales de los órganos de gobierno de un Estado, y declara los principios que gobiernan las operaciones de esos órganos» (*Constitutional Law*, 4.^a ed., Londres, 1951, pág. 1); siendo el Derecho constitucional el conjunto de «reglas que regulan la estructura de los órganos principales del gobierno, y sus relaciones recíprocas, y determinan sus funciones principales» (páginas 2-3). Así, también concebía MIRABEAU a la Constitución como «la distribución de la competencia o de la extensión de los poderes dada a todos y a cada uno de los que la ley ha encargado de funciones públicas». Y para MOUNIER, una Constitución no es otra cosa que un orden fijo y establecido de la manera de gobernar».

(Ver DUCLOS, op. cit., y GALY, *La notion de Constitution dans les projets de 1793*, París, 1932.

(155) «Así como Atenas surge armada de la cabeza de Zeus, así el Estado emerge desde un principio equipado con la armadura del Derecho político para dar después vida al resto del Derecho» (RADBRUCH: *Filosofía del Derecho*, página 46). La Constitución es, en este sentido, «la forma jurídica suprema en la colectividad organizada en el Estado» (DUCLOS, op. cit., pág. 11); o como dice BERNAREGGI, es «la norma jurídica que regla el ejercicio del poder soberano, por lo que son normas constitucionales aquellas que someten al Derecho el ejercicio de la soberanía, y es constitucional aquella ordenación estatal en la cual el ejercicio del poder soberano está reglado por el Derecho» (BERNAREGGI: *L'attività legislativa e la volontà popolare nel regime democratico*, Milán, 1949, pág. 7).

PARA ANTONIO FERRACCI, Constitución es simplemente toda «norma jurídica superior a la ley» («Norme e riforme costituzionali in Italia: a proposito del nuovo

D) Pero la Constitución no es solamente normas: es un complejo de tradiciones, de dogmas, de estructuras, de relaciones de poder, etc. Como dice Heller, «la Constitución no es sólo la conducta normada y organizada jurídicamente, sino también la no normada, pero sí normalizada» (156).

concetto di lege costituzionale», en *Studi di Diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti*, Padua, 1931, págs. 393 y ss., cita a la pág. 438).

En puridad, a este punto de vista se refieren la mayoría de los autores que han seguido la influencia de Orlando (en su famoso escrito de 1889, *I criteri tecnici pero la ricostruzione giuridica del Diritto pubblico*, nueva ed., Módena, 1925) y de la escuela vienesa. Ver MICHELLE DELLE DONNE: «Per una revisione delle prime nozioni del Diritto pubblico: contributo alla sistematica del Diritto pubblico», en *Studi Tanelletti*, cit., (págs. 233 y ss.).

Muchas de estas definiciones engloban, naturalmente, otros elementos. Así, PELLEGRINO ROSSI decía que Constitución es el «conjunto de leyes que forman la organización de un Estado y reglan su acción y su vida, lo mismo que se llama constitución del cuerpo físico al conjunto de leyes que presiden su organismo y regulan su movimiento y su vida» («Cours de Droit constitutionnel», en *Oeuvres completes*, Paris, 1877, vol. I, págs. 6 y ss.). Pero, en general, se habla de leyes en estricto sentido jurídico positivo. Así GARÓFALO después de definirla, «en sentido amplio», como «la manera de manifestarse de una forma de gobierno», entiende que «en sentido más preciso» es «aquella ley o conjunto de leyes fundamentales positivas que establecen cuál debe ser la forma de gobierno en aquel Estado y cuáles son los órganos a través (del Estado) de los que se manifiesta el poder del Estado». Finalmente, «más comúnmente se llama Constitución a la ley fundamental del Estado representativo, y se llama Derecho constitucional al estudio de la Constitución de los Estados representativos» (*Principios de Derecho Constitucional y organización del Estado fascista italiano*, Madrid, 1934, págs. 1 y ss.).

(156) *Staatslehre*, pág. 251. Esta doctrina no es incompatible con la existencia de un ordenamiento constitucional en buena parte jurídico; pero le niega carácter cerrado. Cuando SANTI ROMANO dice que «el Derecho constitucional y la Constitución es el ordenamiento supremo del Estado» (*Corso*, 2.ª ed., pág. 6), y que «todo ente social, y por tanto también el Estado, es un ordenamiento jurídico» (pág. 43), y que «no siempre, pero frecuentemente, a lo menos en la época moderna, es además una persona jurídica» (pág. 45) y que «es Estado todo ordenamiento jurídico territorial soberano, o sea originario» (pág. 52), no dice que sea un ordenamiento solamente de normas, sino de instituciones, con toda su vida jurídica y sus propios ordenamientos. Como dice EMILIO CROSA, la Constitución moderna es la realización jurídica de la unidad política de un pueblo: éste se organiza en un territorio determinado, por medio de un ordenamiento, del cual la Constitución es principio y fundamento, erigiéndose así en Estado. Ahora bien, no son tanto las normas como el complejo de elementos políticos y morales que las sostiene, y que en crisis históricas determina la formación o transformación de los Estados y sus Constituciones, lo que permite distinguir y clasificar las Constituciones. Así, las Constituciones rusas, a pesar de que adoptan la forma externa de las Constituciones europeas, nada tienen que ver con éstas. La Constitución es

E) La Constitución es, en todo caso, un orden *fundamental*; nota no fácil de precisar, pero de la cual se dan vivencias muy efectivas, con vocación de permanencia, pues «una Constitución es como un escudo, que es tanto más querido por su portador cuantos más rasguños y abolladuras muestra de pasadas batallas» (157).

No cabe, pues, un método único para el conocimiento de la Constitución de un Estado. Se ha de conocer, en primer lugar, la infraestructura natural geopolítica y ecológica, pues, como decía Montesquieu, «varias cosas gobiernan a los hombres, el clima, la religión, las leyes, las máximas de gobierno, los ejemplos de las cosas pasadas, las costumbres, las maneras, de donde resulta un *espíritu general* que las domina» (158), que no se puede conocer más que en conjunto: «ab integro nascitur ordo». En particular, el hecho originario de la instalación en un espacio suele ser decisivo para la estructuración constitucional de un Estado («iustissima telus») (159).

Inmediatamente es capital la *estructura económica* y también, como dice Walter Eucken, la *constitución económica*, la que define como «decisión total sobre el orden de la vida económica de una comunidad» (160).

un *estatuto* del Estado mismo, pero es decisivo en él un *factor político* (E. CROSA: «Il fattore politico e le costituzioni», en *Studi in onore Ranalletti*, págs. 149 y ss.). En este sentido dice GARCÍA PELAYO que hay en el Derecho constitucional «una serie de factores irreductibles a la precisión de un sistema» y que «no es la pura norma, sino la síntesis de la tensión entre la norma y la realidad con la que se enfrenta» (op. cit., pág. 20).

(157) RADBRUCH: *Verfassungssrede*, Berlín, 1928, pág. 15.

(158) Este espíritu es la *dominante* (CHEVALLIER) de un complejo de factores. MONTESQUIEU estimaba que, si en conjunto era bueno, más valía respetarlo: «no se debería intentar el entorpecer con leyes las maneras, para no perjudicar a sus virtudes.» Llega a decir: «dejadle hacer las cosas frívolas seriamente, y alegremente las cosas serias.»

(159) Para la relación entre «ortung» y «ordnung», ver SCHMITT: *Der Nomos der Erde*.

(160) *Cuestiones fundamentales de la Economía política*, trad., Madrid, 1947, página 79.

En economía, además de *estructuras*, se dan *órdenes* (orden económico más que *estilo* económico), que, como en Derecho, pueden ser «orgánicas» o «impuestas».

En todo caso, en un momento dado y prescindiendo de que luego se pueda cambiar, es un hecho con que se encuentra la política.

EUCKEN señala, entre otros órdenes posibles, la «economía de tráfico» y la «economía con dirección central», que a su vez puede ser con dirección total, con libre intercambio de bienes de consumo, con libre elección de consumo, con libre elección de oficio y de puesto de trabajo, etc.

A continuación nos encontramos con la *estructura social* «stricto sensu» (*status* social, estamentos, clases, etc.); la efectiva distribución entre los grupos de la riqueza y el poder. Aquí entramos en la consideración realista, a lo Lasalle, de las Constituciones: «Verfassungsfragen sind Machtfragen» (161). Los «factores reales de poder» son la realidad de una Constitución, decía el líder socialista alemán: «se cogen esos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita y, a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores *reales* de poder, sino que se han erigido en *derecho*, en instituciones *jurídicas*, y quien atente contra ellos atenta contra la ley y es castigado» (162). Viceversa, allí donde la Constitución *escrita* no corresponde a la *real*, estalla inevitablemente un conflicto que no hay manera de eludir y en el que, a la larga, tarde o temprano, la Constitución escrita, la hoja de papel, tiene necesariamente que *sucumbir* ante el empuje de la Constitución real, de las verdaderas fuerzas vigentes en el país (163). En definitiva, una Constitución, como dice Lasswell en su famosa fórmula (164), dice lo que en poder, influencia y provecho se obtiene de la «res publica».

Al llegar aquí se impone una observación indudable: las Constituciones, como dice Marriot, «no son mercancías exportables». No puede haber consejo más elemental que el de Lord Bryce: «No deis a un pueblo instituciones para las que no esté maduro, en la ingenua creencia de que la herramienta va a adiestrar la mano del operario. Respetad los hechos. El hombre es en cada país, no lo que queremos que sea, sino lo que la Naturaleza y la Historia le han hecho» (165).

(161) Ver FERNANDO LASALLE: *¿Qué es una Constitución?*, Madrid, 1931.

(162) LASALLE: Op. cit., págs. 65-66.

La tesis recuerda las que en el terreno literario han sostenido ANATOLE FRANCE, en *La isla de los pingüinos*; JACK LONDON, en *El poderío de los fuertes*, etc.

(163) Op. cit., pág. 81.

En definitiva, «los problemas constitucionales no son primariamente problemas de *derecho*, sino de *poder*» (pág. 196); y toda su acción política importante consiste en eso, en proclamar la realidad de las cosas, y comienza siempre así» (página 130).

A su vez, la Constitución, una vez establecida, es una *ley fundamental* que se diferencia de las demás en que «es una fuerza activa» que ejerce sobre las otras leyes un «imperio de necesidad», y en virtud de él «las obliga a ser necesariamente... lo que son y como son, sin permitirles ser de otro modo» (pág. 57).

(164) «Woh gets what, when and how.»

(165) *Modern Democracies*, vol. I, pág. 206.

Y, sin embargo, la gran paradoja del constitucionalismo clásico, visto ya con perspectiva histórica, es que se trató de imitar la «maquinaria política» anglosajona (parlamento, partidos, etc.) por unos países que, en general, estaban movidos por «fuerzas políticas» muy distintas (Monarquía absoluta, Ejército, burocracia) (166). Muchos países parecieron proponerse una meta idealista que dijera: «Hágase la Constitución y perezca el Estado» (167).

La otra observación es esta. El Constitucionalismo clásico no reconocía como Constitución cualquier «estatuto» del Estado, sino precisamente los que respondían a la ideología liberal o liberal-democrática. Ya la famosa «Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano» precisó, en su art. 16, que «toda sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución (168). En una palabra, la Constitución era, ante todo, una restricción al poder del Estado (169); es «el proceso mediante el cual se ponen restricciones efectivas a la acción del gobierno» (170). Era, pues, perfectamente lógico

(166) La paradoja es mayor cuando se advierte que, movidos por los grandes cambios estratégicos y económicos, los países anglosajones han venido a adoptar las estructuras típicas de los países continentales y su consecuencia fundamental: el *régimen administrativo* frente al *rule of law*.

(167) Como cuando HECZEL, en su obra *Die Verfassung Deutschlands* (1802), dice que «para el edificio jurídico del Estado alemán no existe tal vez mejor letrero indicativo que éste: *Fiat iustitia, pereat Germania*» (cit. por ERNST RUDOLF HUBER: *Reichsgewalt und Staatsgerichtshof*, Oldenburg, 1932).

(168) «Constituciones, gobierno representativo y partidos políticos son términos indisolublemente unidos» (HILLQUIT: *Socialism in theory and practice*, página 148).

(169) En buena parte, el afán constitucionalista es paralelo a la secularización. FRIEDRICH estima, en este sentido, que el sistema constitucional moderno «puede interpretarse en algunos aspectos como un esfuerzo encaminado a conseguir, sin sanciones religiosas, una conducta responsable en los negocios públicos» (op. cit., página 251). Por eso suele montarse en torno a la idea de *representación* en cuanto instrumento racionalizado de *control*.

Ahora bien; la Constitución pretende ser al mismo tiempo la arquitectura del Estado. Y ADAM MÜLLER pregunta: «¿Cómo podrá una manufactura política mantener en vigor ese espíritu grande, libre y altivo de la nación, que se inflama en la guerra; tan siquiera reemplazarlo?» (*Elementos de Política*, pág. 64). Parece ser que cuando el Mariscal Mac-Mahon ocupó la Presidencia de la III República, lo primero que preguntó después de tomar posesión fué esto: «¿Dónde está el Reglamento? Que me lo traigan en seguida...» HALÉVY comenta: «Hombre feliz. Para los simples todo es simple.»

(170) FRIEDRICH: Op. cit., pág. 770. Sin embargo, precisa el autor: la Constitución «funciona también como el símbolo más efectivo de las fuerzas unificadoras que operan en una comunidad» (Ib.).

que al ir cambiándose el acento en el concepto de libertad, como en su momento analizamos, de la libertad *frente* al Estado, a la libertad *a través* del Estado, se falsease la base del esquema constitucional (171). El constitucionalismo pasó rápidamente de aristocrático (172) a democrático, de democrático a «social» (173), de social a socialista (174),

(171) Ya SPAVENTA señaló que contra la arbitrariedad del poder estatal ya no podía servir el poner límites a su poder, toda vez que la necesidad de su intervención aumenta cada día. Viendo el problema en la imparcialidad de la Administración, proponía tres remedios: normas jurídicas que limitasen las facultades de la Administración; juez cierto y seguro; responsabilidad indefectible y pronta de los funcionarios (*La Giustizia nell'Amministrazione*, cit., pág. 66-69).

(172) «Tanto en Inglaterra como fuera de ella, el constitucionalismo no fué en un principio democrático, sino aristocrático» (FRIEDRICH: Op. cit., pág. 37). Incluso en los Estados Unidos, donde la democratización se produce en la era de JACKSON y, sobre todo, a partir de la guerra de Secesión. En Inglaterra, el proceso se inicia con la reforma de 1832, y en el Continente, en general después de las revoluciones de 1848.

(173) «Se dice hoy... que todo el Derecho es social, mientras se decía en los siglos XVIII y XIX que todo el Derecho es individual» (PERCOLESI: *Orientamenti*, citada, pág. 2). La repercusión característica es la aparición de los «derechos sociales» y sus garantías en la parte «dogmática» de las Constituciones. «La regulación de las relaciones sociales es un dato *característico* de las Constituciones contemporáneas» (PERCOLESI: Op. cit., pág. 222), por cuanto es en ellas general, común y constante.

Esta tendencia se manifiesta en tres direcciones (alejándose cada vez más del individualismo anterior): a) Intervención creciente del Estado, sobre todo en la Economía, consagrada e incluso «impuesta» por los textos constitucionales; b) Reconocimiento de las «colectividades intermedias»; c) Afirmación creciente de los *deberes* del ciudadano e imposición de un *ejercicio social* de los derechos (PERCOLESI: Op. cit., pág. 223). Ver en el mismo sentido GASCÓN Y MARÍN: «La política social en el Derecho constitucional contemporáneo», en *Información Jurídica* (núm. 59, abril de 1948).

(174) Como dice AMADEO GIANNINI, «la verdad es que los viejos ordenamientos económicos y sociales son insuficientes; han agotado su función histórica. La economía liberal, que era la base económica del Estado liberal, se ha hundido para ceder el paso a la economía dirigida y controlada. Incluso los últimos liberales no son puros, porque están sometidos a una economía controlada, y el control del Estado basta para desvirtuar la economía liberal. La doctrina del Estado libre se revela impotente. Los Estados liberales se ven constreñidos a recurrir a los plenos poderes para templar las insuficiencias de los ordenamientos nacionales. En realidad, es necesario tener el valor de afrontar la situación en toda su plenitud. No son concebibles hoy ordenamientos constitucionales que prescindan de la necesidad de nuevos ordenamientos económicos y sociales» («La fase attuale della dottrina dello Stato», en *Scritti per Romano*, vol. I, pág. 51).

Por supuesto, no faltan los críticos. Para ENRICO FINZI, «la intrusión en la

y, por fin, apareció nada menos que un constitucionalismo comunista (175).

relación jurídica de elementos éticos y económicos significa sin duda, en principio, un retroceso técnico en el desarrollo del Derecho»; a su juicio, «se retorna a la confusión de los diversos principios sociales —economía, religión, moral, derecho— que había sido orgullo de una elaboración secular el haber distinguido y casi enfrentado» (en *Comentario sistemático*, cit., pág. 40).

El fenómeno, sin embargo, no es nuevo. Decía PORTALIS que «toda Revolución es una conquista... Todo se vuelve Derecho público». PERGOLESÍ se pregunta, de todos modos, si el ordenamiento social que hoy es, sin duda, en todas partes, constitucional en sentido *formal*, lo es también en sentido *material*; y estima que si toda vez que el Derecho constitucional no sólo se ocupa de los órganos vinculados al ejercicio de la soberanía, sino también del «ordenamiento sobre la funcionalidad de los mismos y sobre las relaciones fundamentales entre el Estado y los varios sujetos jurídicos» (*Orientamenti*, pág. 4).

(175) Es verdad que éste interesa tan sólo en cuanto contrafigura o reducción al absurdo del formalismo constitucional.

Como es sabido, en los países que pudiéramos llamar «no ocupados», los comunistas enfrentan a las «ficciones constitucionales» lo que llaman «el país real»; el conglomerado de trabajadores, campesinos e intelectuales sobre el que intentan montar, sobre base de comités o «soviets», una Constitución frente a la oficial. Pero, una vez instalado el régimen, la Constitución pasa a ser una pieza más dentro del mecanismo general de la nueva dictadura. Como decía GASTON JEZE, «la fuerza no se pone al servicio del Derecho. El régimen soviético se resume en esto: la violencia al servicio de los intereses de una clase» (Prólogo a *La théorie générale de l'État soviétique*, de MIRKINE-GUETZÉVICH, París, 1928, pág. 1).

LENIN definía la «dictadura del proletariado», a partir de las bases ideológicas que ya hemos analizado, como «dictadura ilimitada, que no es entorpecida por ninguna ley, por ninguna regla absoluta; poder que se apoya directamente sobre la violencia». El Estado comunista aparece así como un auténtico «Princeps legibus solutus», como un despotismo sin límites. Se niega al Derecho todo valor intrínseco y se plantea una dictadura de clase totalmente extrajurídica. ¿Qué sentido tiene entonces una Constitución? No es ya el problema que planteaba Napoleón cuando decía que «una Constitución debe ser hecha de modo que no entorpezca la acción del Gobierno y no le fuerce a violarla». Esta vez se va mucho más allá. Se admite que el proletariado y quienes en su nombre controlan el Estado tienen *a priori* una especie de «derecho divino» a la violencia, y, consiguientemente, «para la jurisprudencia soviética, el hecho de la fuerza posee un carácter normativo» (MIRKINE: Op. cit., pág. 9).

Sobre esta base se monta lo que TIMASCHEFF llama «un despotismo de carácter técnico». Las normas están sometidas en todo momento a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*; no hay propiamente jerarquía entre ellas, y se suceden con tal rapidez que no hay manera de seguirlas. Teóricamente, el *Praesidium* ejerce un cierto control; pero no hay garantías de procedimiento. Por supuesto, todos los países aparecen confundidos: «la Constitución soviética —como dice GURVITCH— no hace distinción alguna entre las funciones legislativa y ejecutiva,

Nada tiene, pues, de particular que se hable en todos los tonos de crisis del constitucionalismo y del Derecho constitucional «clásico». Surgido de la teoría política liberal burguesa y del deseo de consolidar las conquistas de la Revolución francesa y sus demás epígonos europeos en una sistematización y racionalización; volcado en el método jurídico, y más particularmente el positivismo jurídico, y constituido como una ciencia de la juridicidad constitucional, ocurre que bien poco más tarde de la obra de los fundadores (Gerber, 1865; Laband, 1876; Orlando, 1888) (176), y justamente cuando algunos consideraban definitivamente consagrado (177), empezó a hablarse de «excepciones», como hace Thomas en 1926; y pronto la expresión quedó desbordada por la realidad. Mientras, la obra de Kelsen representaba un brillante, pero final, gesto de la posición del positivismo jurídico y del legalismo, y por todas partes arremecían las críticas del marxismo, del pluralismo, del institucionalismo en todas las formas del sociologismo (de Ehrlich a Roscoe Pound) (178). Por otra parte, el crecimiento incesante de las situaciones «anormales», de «crisis», de «emergencia» (que pronto llevaron al apelativo de «ilimitadas») hizo crecer igualmente los «plenos poderes», las «leyes de emergencia», las «delegaciones», lo «anormado», los «decretos leyes», las «medidas de excepción», etcétera (179).

Frente al viejo cuadro de dogmas políticos, de técnicas y procedimientos (180) en nuestra generación resulta que «a los problemas del

y se contenta confiriendo a diversos órganos, y en cierta medida, una dimensión diferente del poder ejecutivo y legislativo». Detrás de la ficción del *Praesidium* aparece en todas partes, como auténtico órgano primario, el Partido.

(176) Ver GARCÍA PELAYO: Op. cit., pág. 27 y ss., y 49 y ss.

(177) Por el triunfo de las «democracias» y la liquidación de los Imperios centrales, en los cuales el «Obrigkeitsstaat» debía ser sustituido, al fin, por el «Rechtstaat».

(178) El «decisionismo», primero, y la tesis del «orden concreto», después, de SCHMITT; el «derecho social», de GURVITCH; la teoría de la integración, de SMEND; la nueva Geopolítica —el Estado como «forma especial de vida»—; la teoría del «ordinamento jurídico», de SANTI ROMANO; las interpretaciones «estructuralistas», de HELLER y SCHINDLER, etc.

(179) Se produce un cambio en la terminología. Muchos libros que una generación antes eran «De Derecho constitucional comparado», ahora se enuncian, verbigracia, como «Sociedad, Política y Gobierno en...», etc.

(180) No basta la explicación de que es «la eterna paradoja de la política, que la autoridad debe ser limitada, pero en las emergencias el poder... no puede ser entorpecido» (MERRIAM: *Systematic Politics*, pág. 252). Como dice FINLETTER, el fenómeno no se reduce, en efecto, a que en la guerra los frenos y las balanzas

Estado, de su organización, de sus relaciones con los individuos, los derrumbamientos políticos sobrevenidos en las últimas décadas en cierto número de países de Europa... han aportado, o pretendido aportar, soluciones que no entran en estos cuadros, sino que, por el contrario, los rompen violentamente» (181). Se trata, en efecto, de «régimenes que han edificado o pretendido edificar un Derecho constitucional verdaderamente nuevo por proceder de una ideología y de una ética radicalmente distintas» (182). Y el intento de eliminar los casos extremos y de presentar como «excepcionales», como puras «anormalidades» otras desviaciones, y de hablar de un «postconstitucionalismo» o de un «Derecho constitucional de postguerra», son puras convenciones ante la realidad de la crisis total planteada en los hechos y en la teoría constitucional.

La consecuencia es terminante: la Constitución *formal* ha pasado a segundo término, y nos interesa en primer lugar la Constitución *material* (183). La Constitución en sentido material es la que determina la fuerza política y el fin político de las normas constitucionales, y la que rellena sus lagunas; es la que refleja la estructura social, la realidad de la comunidad política, siendo, por tanto, mucho más valiosa y significativa que la Constitución formal. Viene pues, a coincidir con el concepto, fundamental en el momento presente de la teoría del Estado, de *régimen* (184). Un *régimen político* es para Chiarelli un «complejo de instituciones jurídicas coordinadas al objeto

son abandonados, porque no podemos permitirnos ese lujo cuando el país está en peligro», sino de que «es en la paz cuando se preparan las guerras y cuando surge el paro», etc. (*Can representative government do the job?*, pág. 22).

En una palabra, el desbordamiento de los moldes del constitucionalismo clásico no es circunstancial, sino total.

(181) LAFÉRIÈRE: *Manuel de Droit Constitutionnel*, pág. 263.

(182) *Ibidem*.

(183) Hay gran imprecisión en estas contraposiciones; pero me refiero al sentido determinado que da a la expresión MORTATI en su trabajo *La costituzione in senso materiale...* Cabría contraponer «Constitución política» a «Constitución jurídica»; pero estos términos han sido ya manejados en sentidos diversos, que podrían dar lugar a mayor confusión. HEGEL contraponía, en efecto, la «constitución jurídica» de la sociedad a la «constitución política» del Estado (Cfr. *Filosofía del Derecho*, trad., Madrid, 1935, pág. 86); y también habría interferencia con el binomio de HAURIOU, «Constitución política» y «Constitución social».

(184) Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA: *Op. cit.*, I, págs. 96-97; CHIARELLI: «Il concetto di regime nel Diritto pubblico», en *Archivio Giuridico*, 1932; MAURICE DUVERGER: *Les régimes politiques*, París, 1951; LOJENDIO: *Régimen político del Estado español*, Barcelona, 1941.

de actuar una determinada concepción política del Estado y de la sociedad». Duverger entiende que, «en sentido amplio, se denomina régimen político la forma que adopta en un grupo social la distinción general de gobernantes y gobernados», y que, «en un sentido más restringido, el término de *régimen político* se aplica solamente a la estructura gubernamental de un tipo particular de sociedad humana: la Nación» (185). Sobre esta base se intenta trazar «un esquema de conjunto..., una clasificación general en la que todos los regímenes políticos pueden tener cabida» (186), y un método distinto de la «tendencia a describir los regímenes políticos más bien según su forma jurídica que con arreglo a su funcionamiento práctico» (187).

Es, pues, una *tipología de los regímenes* y no una clasificación formal de las Constituciones (188) lo que nos interesa. Se puede hablar de los «regímenes de tipo inglés» (189), pero no exponer sus respec-

(185) DUVERGER: *Les régimes politiques*, pág. 7.

(186) DUVERGER: *Op. cit.*, pág. 8. «Esta concepción —prosigue el autor— se justificaba tal vez en las épocas felices en que los gobernantes se esforzaban honestamente por conformar sus actuaciones con las disposiciones establecidas en las Constituciones. Pero cada día se ensancha más el foso en la actualidad entre la letra y el espíritu, entre los textos y la aplicación de los mismos. Hay por el mundo un número bastante grande de Constituciones políticas absolutamente ficticias que definen un régimen sin relación real con el que reina efectivamente en la nación, el primero de los cuales sirve de camuflaje al segundo. El afán por la verdad conduce a tener en cuenta éste más bien que aquél.» (Ib.)

(187) *Ibidem*.

(188) Indudablemente tienen algún interés las clásicas distinciones entre Constituciones rígidas y flexibles; otorgadas, impuestas y pactadas; codificadas y dispersas; largas, medias y breves, etc. También tienen interés los modos de organizar la división de poderes y funciones y sus relaciones recíprocas, etc. Pero todo ello en cuanto que no sea en el papel, sino en la realidad, y en cuanto que las normas particulares se integren efectivamente en el sistema del régimen. Incluso en el plano jurídico, RICHARD SCHMIDT, FÉLIX SOMLÓ y GARCÍA PELAYO han señalado la importancia del «sistema de conexiones», fuera del cual los preceptos aislados son puras abstracciones.

(189) DUVERGER acaba por aceptar esta sencilla clasificación de los principales regímenes políticos: a), de tipo inglés; b), de tipo americano; c), de tipo ruso. Sugiere estas otras líneas de ataque (págs. 61 y ss.):

A) Según el procedimiento de designar a los gobernantes: a) Países de elecciones libres; b) Países de elecciones dirigidas; c) Países de elecciones plebiscitarias; d) Países sin elecciones (pág. 62) («insuficiente»).

B) Relaciones entre los poderes: a) Régimen parlamentario; b) Régimen presidencial; c) Régimen de Asamblea («impracticable en cuanto al uso»). (Ib.).

C) Estructura de los partidos políticos: a) Partido único; b) Dualismo de

tivas Constituciones. Como dice Jennings, «si en Inglaterra existiera una Constitución escrita no podría decir sino que existirá un Parlamento que podrá hacer todo lo que le plazca» (190), y no se trata de que, como ya vimos, el Parlamento esté reducido hoy a «un mero órgano de registro» (Laski), sino de que, a partir de esa afirmación, es cuando empieza realmente el estudio del régimen inglés. Porque, en efecto, lo que interesa es saber *cómo* y *por qué* es exacta la apreciación de Laski de que, a pesar de esa soberanía ilimitada, que teóricamente le permite hacerlo todo (jurídicamente), «ningún Parlamento se atrevería a quitar el voto a los católicos o a prohibir la existencia de los sindicatos obreros». Frente a esto que ha hecho inmortales los libros de Bryce o de Bagehot, es decir, los que han buscado el fondo real de los regímenes, la Constitución *material* «es bien sabido —dice Posada— cómo engañan los textos constitucionales: las Constituciones se parecen todas dentro de ciertos tipos generales (191).

El fenómeno puede ser considerado, a mayor abundamiento, desde este punto de vista. La mayoría de los países presentan largas listas de textos constitucionales sucesivamente vigentes (192). Duverger ha-

partidos; c) Pluripartidismo o multiplicidad («más realista... no basta por sí solo»). (Ibidem.)

D) Extensión y limitación de los poderes públicos: a) Regímenes liberales; b) Regímenes semiliberales; c), Regímenes totalitarios o colectivistas («insuficiencia de exactitud»; tiende a coincidir con el criterio A), pág. 63).

Para VEDEL, la distinción fundamental sería entre la «democracia clásica» (u occidental) y la «democracia popular» (o marxista). Cfr. *Manuel élémentaire de Droit Constitutionnel*, París, 1949, págs II y ss.).

(190) «Les caractéristiques du Droit public anglais», en *Réueil d'études en l'honneur de Lambert*, París, 1938, vol. II.

En otro lugar dice el propio JENNINGS que «el Parlamento puede rehacer la Constitución de Inglaterra, prolongar su propia vida, legislar *ex post facto*, legalizar actos ilegales, regular casos individuales, interferir con los contratos y autorizar la privación de propiedad, dar poderes dictatoriales al Gobierno, disolver el Reino Unido o el Imperio británico, introducir el comunismo o el socialismo, el individualismo o el fascismo totalmente, sin restricción legal de ninguna clase» (*The law and the Constitution*, págs. 137-138). Es decir, todo menos convertir a un hombre en mujer, o a una mujer en hombre, según el famoso brocardo.

(191) *La República Argentina*, pág. 231. Los LYND, en su clásico *Middletown*, dicen: «No hay en la vida de Middletown ninguna zona... en la que el símbolo se admita en mayor medida y esté de modo más patente divorciado de la realidad que en la Política, y tampoco en la cual el funcionamiento de una institución esté más embrollado con las personalidades y las intrigas que recubre» (pág. 322).

(192) Ver, para los países ibéricos, mi prólogo a *Las Constituciones del Ecuador*, de RAMIRO BORJA, Madrid, 1951 págs. VIII-XI y XIII.

bla al respecto de «la forêt touffue des Constitutions françaises». Macías Picavea, del «número increíble (193) de nuestras Constituciones mal nacidas y no mucho menor el de las abortadas» (194). Pero se observa que el *régimen* (195) ha variado mucho menos en todas partes. En la evolución casi cinematográfica de los textos constitucionales se pueden establecer *ciclos* (Hauriou), *fases* (Deslandres), *periodos* (Barthélemy, Laferrière) (196), dentro de los cuales las tendencias políticas varían poco. En el límite se puede afirmar, como lo hace con respecto a Bolivia el doctor Manuel Elio (197), que «desde que se fundó la República no hay ni ha habido sino una Constitución política», la boliviana de 1826, que «ha pasado por varias revisiones, sin variar su estructura esencial» (198).

¿Quiere esto decir que las formas constitucionales, las técnicas y procedimientos jurídicos y su periódica reforma o revisión carecen de importancia? Evidentemente no es ese el sentido de lo que venimos sosteniendo. Se trata simplemente de considerar estas formas y estos procedimientos en función de la Constitución material, es decir, en

(193) «Siete, nada menos, como los siete pecados capitales.»

(194) MACÍAS PICAVEA: *El problema nacional*, Madrid, 1899.

Y añade: «Si una Constitución no es para un pueblo arca santa de la alianza que guarde en el tabernáculo de su propia sustancia de su alma encarnada en ley de justicia, biblia venerada e inmaculada para todos, ¿qué es entonces?» Y concluye: «Mejor que calentarse a un sol pintado... es quemar la pintura y abrigarse de veras con aquella positiva utilidad de carlos efectivo.»

Ver sobre lo que es y no es una Constitución, BERENGUER: *De la Dictadura a la República*, Madrid, 1946.

(195) Por supuesto, puede cambiar el *régimen* sin que cambie el Estado; y no sólo en Derecho internacional, sino en cuanto a más hondas realidades, es exacta la frase de BYNKERSHOEK: «Forma regiminis mutata non mutatur populus ipse. Eadem utique res publica est, quamvis nunc hoc nunc alio modo regatur.»

(196) Por supuesto, sin mucho orden ni concierto lógico (PRÉLOT: *Précis*, páginas 37-40), pues, al fin, «el mundo no es un sistema, sino una Historia», como dice SCHLEGEL; y la Historia, «un campo rebelde a la razón y planificación humanas» (GARCÍA PELAYO).

Lo contrario es ese espejismo a que alude SAINT-BEUVE, de que la Historia, vista a distancia, sufre una extraña metamorfosis, y es que parece razonable.

(197) Bolivia ha tenido catorce Constituciones entre 1825 y 1947.

(198) «Estudio preliminar» a *Las Constituciones de Bolivia*, de RAMÓN SALINAS MARIACA, La Paz, 1947.

También CIRO FÉLIX TRIGO, en su *Derecho constitucional boliviano* (Buenos Aires, 1952), estima que «propiamente no se puede hablar de diversas Constituciones, sino que existe una unidad y continuidad histórica a través de todas ellas» (página 159).

cuanto elementos de la realidad constitucional. Una reforma de unos artículos no significa nada, salvo un intento de un partido de consolidar un triunfo momentáneo o decisivo (199). Sólo la experiencia posterior dirá si efectivamente se había marcado un tanto y de verdad se había creado, mejorado o destruído algunas o muchas instituciones (200). Sólo el tiempo puede dar esta medida y permite la experimentación (201), no la abundancia de los requisitos y garantías, ni la mejor técnica jurídica, etc. (202). A veces el acierto está en la *decisión*, otras en la *transacción* (203). A veces se ha de mirar atrás (204),

(199) Decía VÍCTOR PRADERA en 1933: «Las verdaderas derechas españolas no tienen ni pueden tener más programa en este momento que el de la *revisión constitucional*. Y el día que lo consiguieran, la izquierda marxista —única izquierda— no tendría tampoco otro programa, sino una *nueva revisión constitucional*» (*Acción Española*, núm. 43).

(200) Nunca se puede esto calcular *a priori* más que por aproximación, y es utópica una afirmación como, verbigracia, esta de ISÓCRATES: «Si continuamos, pues, gobernando la ciudad como ahora la gobernamos, no hay por qué esperar que mejoremos... mas si mudamos de gobierno, es claro que a proporción, como fueron las cosas de nuestros antepasados, así habrán de ir también las nuestras» (*Discursos histórico-políticos*, pág. 112).

(201) «Las Constituciones son la obra del tiempo; nunca se sabrá dejar bastante sitio para las mejoras.» Y como advierte RUIZ DEL CASTILLO, «la fortaleza histórica de la costumbre no puede reemplazarse con ningún aparato ortopédico».

(202) «Las Constituciones más duraderas —dice RUIZ DEL CASTILLO— no son las más largas, ni siquiera las más técnicas (como la alemana), sino las más acogedoras de la realidad en su fluir continuo, y sobre todo aquellas cuyos principios no entrañan una bandera de combate.»

(203) Dice DIEZ DEL CORRAL, comentando la violencia de la política española en el siglo XIX, que se debe principalmente al súbito «proceso de secularización», no preparado —como en otros países— en los siglos XVII-XVIII. Por eso los conceptos políticos en pugna son tan absolutos y cargados de misticismo que no hay posibilidad de transacción entre una izquierda, de un liberalismo casi anárquico, y una derecha extrema que llega a impresionar al propio Czar de Rusia. Sin embargo, se intentará, a partir de 1830, una vía media, que culminará en la Constitución de 1845, de un doctrinarismo nacionalizado que sería «la aportación más original de España a la historia de las formas constitucionales» y que «concede al país unos años de descanso y de cierta prosperidad» (*El liberalismo doctrinario*, página 22). CÁNOVAS, nacido entonces a la vida política, logrará su arraigo una generación más tarde.

(204) Como cuando dijo Napoleón III: «Nuestra sociedad actual no es sino la Francia regenerada por la Revolución de 1789 y organizada por el Emperador... Me dije: supuesto que Francia desde hace cincuenta años no marcha más que en virtud de la organización administrativa, judicial, religiosa, financiera del Consulado y del Imperio, ¿por qué no habríamos de adoptar también las instituciones políticas de esa época?»

a veces hacia adelante. Hay, en fin, algo de milagroso o, por lo menos, de heroico en el enfrentarse (Rómulo, Dracón o Solón) con el problema pavoroso que plantea Claudel en *La Ville*:

«La multitude aux bouches vagues
attend la forme de la parole.»

¿Qué sentido tiene, pues, para la Teoría del Estado el problema de la «operación constituyente», y en qué concepto cabe hablar de unos principios constitucionales que la orienten? Tal es la cuestión que ahora nos debe preocupar. Bien difícil siempre y más hoy, que es uno de los mejores prismas de refracción de la crisis del Estado constitucional.

C) *La operación constituyente como establecimiento de un régimen y organización de los poderes públicos*

A finales del siglo XVIII, el proceso constituyente había de tener lógicamente un carácter revolucionario. Hatschek ha contrapuesto la «interpretación pacífica» de los «Covenants» americanos, a la «interpretación revolucionaria» de Siéyés. Pero es lo cierto que en ambos casos late el mismo espíritu, como en nuestras Cortes de Cádiz o en los Congresos constituyentes de los países iberoamericanos emancipados. De hecho, el cambio constitucional en aquella concepción venía generalmente acompañado por el deseo de alterarlo todo: el calendario, la familia y hasta la religión.

Pero, a su vez, la doctrina en cuyo nombre se hacían los cambios postulaba que, una vez establecido el régimen constitucional, el cambio o revisión de la Constitución había de hacerse con reconocimiento de la realidad existente, y a partir de ella. Las Constituciones, en general, regulaban el poder y la operación constituyente en un capítulo cuyo epígrafe solía ser «reforma de la Constitución».

Es decir, que ha habido en realidad dos teorías del poder constituyente, aunque en general se pretendiera refundirlas en una sola. Para hacer uso de él pensaba Siéyés «basta que la Nación quiera», y Schmitt, abundando en esta doctrina, estima que tal poder está «siempre en estado de naturaleza». Pero en las Constituciones se distinguen muy bien entre la «natura naturans» y la «natura naturata»; y se las enfocaba de modo muy distinto.

Si entendemos por Constitución, efectivamente, una norma supre-

ma, de la que arranca, en riguroso orden jerárquico, la «pirámide» del orden normativo válido, la Constitución es una ley que necesita un legislador; pero, a su vez, no lo puede tener, porque ella crea al legislador. Esta «teoría» no tiene solución en el pensamiento normativista, que por ello recurre al «hecho originario», metajurídico, de un *factum* puramente existencial que actúa en la curiosa función de «norma hipotética» (205).

En el fondo, a pesar de la aparente diferencia total, el decisionismo conduce a una idéntica conclusión de impotencia. Decir que el poder constituyente es la «voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política» (206), subrayando «lo esencialmente *existencial* de este fundamento de validez» (207), es poner todo el acento en el aspecto revolucionario de la operación constituyente, cómo la teoría normativista se desentiende de ella para fijarse en la teoría de la revisión prevista constitucionalmente.

En ambos casos se parte de una apreciación inicial equivocada o, si se quiere, parcial. La Constitución no es, como hemos visto, ese Código total y perfecto del que arranca, por vía de premisa mayor, todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es tanto el fundamento como la conclusión final del ordenamiento jurídico. En un plano metafórico se parecería más a la clave del arco que a los cimientos. ¿Qué es la Constitución sin las leyes? Y «¿quid leges sine moribus?». La Constitución es un complejo de instituciones, de las cuales, las más importantes tal vez (como ocurre en Inglaterra con el primer Ministro y el Gabinete) rehuyen cuidadosamente el ser encajadas en el marco, siempre limitado, de las leyes y de la jurisprudencia.

Por eso no cabe *decidir* sobre «el conjunto» de ella. Se puede *decidir* parcialmente y, sobre todo, *oportunamente*. Nadie puede *decidir* que el idioma oficial español sea el ruso. La India ha tenido que

(205) Es curioso que en KANT encontramos un curioso precedente de esta actitud. «Si sucede una revolución —dice— y se establece una Constitución nueva, la injusticia de este principio y fin de esta Constitución no puede dispensar a nadie de la obligación de someterse al nuevo orden de cosas como buenos ciudadanos, y no pueden dejar de obedecer a la autoridad soberana que está entonces en el poder» (*Principios metafísicos del Derecho*, trad., Madrid, 1873, pág. 181).

(206) SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, pág. 86.

(207) SCHMITT: *Op. cit.*, pág. 87. Para el autor, «el poder constituyente no está vinculado a formas jurídicas y procedimientos» por esa «propiedad inalienable» de la voluntad capaz de atribuirse la decisión de constituir, es decir, de dar a un ser político un concreto modo de ser.

dar una larguísima «vacatio legis» a la eliminación del inglés como idioma oficial de la Administración, so pena de parar ésta en seco. Los polacos pudieron *decidir* que nada se decidiera nunca, respetando el «liberum veto»; pero el Estado polaco desapareció sin remisión. El Parlamento inglés puede *decidir* lo que quiera, como vimos, sobre la más flexible de las Constituciones; pero la Constitución inglesa nunca ha sido objeto de una «decisión política de conjunto». En un momento se decidió, en cambio, sobre los poderes de la Corona; en otro, sobre el modo de elegir los miembros de los Comunes; en otro, la limitación de las facultades de los Lores.

En todo el ordenamiento jurídico es permanente «la guerra interna entre la legalidad que declina y aquella que surge» (208). Es este un proceso continuo en virtud del cual constantemente hay normas que caen en desuso; que son radicalmente alteradas por la interpretación; que, en función de otras normas surgidas después, pasan a producir resultados jurídicos distintos de los iniciales, etc. La Constitución no es ajena a este proceso. Aun una Constitución tan rígida como la norteamericana aparece recubierta de «usos» (Horwill) como una encina añosa de yedra, y son muchas las partes de su «maquinaria política» que funcionan de modo muy distinto a lo *decidido* al crearlas. Los Constituyentes de Filadelfia pensaban, como es sabido, en un colegio de compromisarios para elegir al Presidente, muy distinto del que (en la forma idéntico) produce la existencia de los partidos políticos. Por otra parte, el cambio institucional que se produce, aun en el momento más revolucionario, no es una decisión absoluta, que sólo podría tomarse desde un punto de apoyo hipotético, como el que Arquímedes pedía para levantar el mundo. Libros como el de Tocqueville sobre *El Antiguo Régimen y la Revolución*, o la pervivencia en los Estados Unidos del Derecho parlamentario inglés (a través del *Manual* de Jefferson) y de todo el sistema del «common law», son sobrado ilustrativos al efecto.

Es sabido que después de las revoluciones sigue en vigor todo el ordenamiento jurídico anterior en cuanto que —hablando *grosso modo*— no sea expresamente derogado (209). ¿Qué quiere decir esto? ¿Qué quiere decir el hecho de que incluso algunas normas de textos constitucionales anteriores, sepultados tal vez entre las ruinas de un régimen, pervivan *desconstitucionalizadas*, pero *vigentes* ante los Tri-

(208) CALAMANDREI: *Comentario sistemático*, cit., vol. I, pág. XIV.

(209) Ver HERRFAHRDT: *Revolución y Ciencia del Derecho*, trad., Madrid, 1931.

bunales? Simplemente esto: que la Constitución es un conjunto de instituciones que rara vez se modifican todas a la vez; que las decisiones tomadas se refieren siempre a un orden continuo en el cual todo repercute sobre todo; en fin, que toda operación constituyente, de cualquier tipo, es simplemente una pincelada más en un gran cuadro nunca terminado y nunca perfecto.

Las personas, los partidos, otros grupos, organizados o no, las clases, instituciones como el Ejército (210) o la Iglesia etc., que no pueden realizar determinados fines políticos dentro de un régimen determinado se lanzan a la acción para cambiarlo o para derrocarlo en cuanto organización de poder. Si lo logra «se crean nuevas relaciones de poder, y en cuanto su exteriorización formal, un nuevo Derecho político» (211). Aparecen nuevos portadores y órganos del poder. «La Constitución ha cambiado; el Estado sigue»; luego la Constitución no ha cambiado *del todo*.

Friedrich ha hablado de la «dificultad de anticiparse a la revolución ilimitada mediante el procedimiento de reforma constitucional» (212). La verdad es que resulta más frecuente el caso de Constituciones modificadas por procedimientos no previstos en la propia Constitución, que al contrario. Recíprocamente, hay que advertir que los límites *heterónomos* al ejercicio del poder constituyente pueden ser, y de hecho son en la mayoría de los casos, tanto o más eficaces que el juego de los *autónomos*.

Por lo tanto, cualquier posición absoluta en este terreno es absurda. La de oponerse a toda revisión, como Felipe Delleville en 1795, o la de olvidar que las Constituciones han de cambiar, haciéndose «pétreas», es tan disparatada como la de suponer que se puede prever una revisión periódica (verbigracia, cada veinticinco años, como en una Constitución de Polonia) como si se tratase de un Código civil. Se ha dicho que una Biblia en la que hay que creer sólo puede escribirse para miles de años; y tal vez, salvadas las distancias, ninguna Constitución puede existir sin partes reveladas o proféticas.

(210) Comentando el golpe de Estado colombiano del 13 de junio de 1953, glosa la frase de BURCKHARDT, de que «la Constitución es el punto de Arquímedes de la legalidad estatal», afirmando que «el Ejército representa no otra cosa que el punto de Arquímedes de la estabilidad estatal». Ver *Índice Cultural* (Bogotá), núm. 11 (agosto 1953), pág. 249.

(211) ANSCHÜTZ: *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft a und Praxis*, 10.^a ed., Berlín, 1929, pág. 1.

(212) Op. cit., pág. 151.

Pero una Constitución es, ante todo, la arquitectura institucional de un régimen. Es, pues, un cierto «artefacto», una «maquinaria» que en una situación concreta dada canaliza el conjunto de las fuerzas políticas y traza una jerarquía de instituciones; *organiza*, en fin, a un Estado. Define el territorio de éste y sus súbditos; declara o declama los epígrafes en que, en ese momento, se concibe el bien común y las garantías que al respecto se dan a personas, grupos, instituciones o valores admitidos. Pero lo esencial no son los preámbulos ni las partes dogmáticas, sino una cierta organización del poder. En el plano político es lo que denominamos *régimen*, y en un sentido más circunstancial, *situación*; en el plano jurídico se trata del *estatuto* del gobierno y de los demás «órganos» de la persona jurídica soberana que es el Estado moderno en la inmensa mayoría de los ordenamientos vigentes. Uno y otro elementos, político y jurídico, se asientan no sobre una norma, sino sobre muchas; no sobre una decisión, sino sobre muchas (no todas expresadas ni conscientes), y, en definitiva, son como la corteza de la tierra sobre un «magma» inferior denso y profundo y, en buena parte, misterioso. Este «magma» es la *base consuetudinaria de toda autoridad política*, a la que se han referido Hauriou y Jennings (213) y respecto de la cual la mayoría de las revoluciones, golpes de Estado y «decisiones» o «normas hipotéticas» son, como el canal de Panamá o el de Kiel, simples rasguños sobre la «justísima madre tierra».

El problema del poder constituyente no es, pues, en definitiva, una parte de la teoría de la Constitución, sino de la teoría del poder (214). El poder creador de Derecho lo es igualmente del Derecho constitucional. En cada época cada tipo de sociedad ha producido determinadas estructuras de poder y también un determinado tipo de poder constituyente. Y casi siempre el poder constituyente se mantiene como un elemento esencial del orden constituido, de tal manera que su suerte de poder constituido va unido al remanente que le quede de poder constituyente. Lo que fué la Corona en un momento dado; o la Corona unida a un estamento nobiliario, en otros; o la

(213) «Todas las instituciones gubernamentales han sido establecidas o por costumbres o por convención o por la autoridad de una institución que tenga tal origen y sus poderes se derivan a la vez de la costumbre y la convención, o de instituciones establecidas por costumbre o convención.» (JENNINGS: *The law and the Constitution*, pág. 103.)

(214) Ver mi recensión de la excelente monografía de PÉREZ SERRANO, *El poder constituyente* (Madrid, 1947) en *Revista de Estudios Políticos* (mismo año).

Iglesia apoyada sobre la Corona o sobre las ciudades, en otros, etcétera, fueron las Asambleas en la época liberal, y por eso pasaban normalmente de Constituyentes a legislativas. Después su papel pudo pasar al cuerpo electoral, y en esos países el «referendum» constitucional también trajo pronto consigo el referéndum legislativo y, a veces, incluso ejecutivo (hasta donde era posible). En otros casos se ha vuelto a formas de ejercicio del poder constituyente por una persona o por grupos restringidos. Pero aun el régimen más «personal» se va «organizando» poco a poco, es decir, creando una «maquinaria», una escala de órganos y una jerarquía de funciones y de las instituciones políticas llamadas a realizarlas.

Las funciones del Estado moderno, a su vez, no han cesado de crecer, como vimos. De aquí que hoy este problema de la organización constitucional se haya vuelto particularmente complicado. El análisis dieciochesco de Montesquieu está evidentemente desplazado por los cambios sustanciales que han ocurrido lo mismo en las funciones estatales que en los órganos fundamentales llamados a su desempeño. En conjunto cabe decir que los órganos tienden a ser los adecuados al Estado planificador (215) y que el principio de *separación* entre ellos o de *división* del poder entre los mismos propende a ser sustituido por el de *concentración de responsabilidad* (para emplear la expresión en que Ramsay Muir resume su brillante interpretación del régimen inglés). El ejemplo más característico es el régimen inglés de Gabinete; pero en un sentido semejante se orienta hoy el presidencialismo norteamericano, y (salvadas las distancias) incluso el régimen ruso muestra ciertas tendencias semejantes dignas de tenerse en cuenta.

El Estado constitucional clásico giraba, teóricamente, en torno al Parlamento, es decir, en torno a la teoría de la representación, uno de los temas, por cierto, más confusos del Derecho Político (216). El Parlamento era, en efecto, el cordón umbilical entre el Estado y la Sociedad (217), disociados en la teoría liberal al efecto —entre otras

(215) MERRIAM clasifica así los órganos del Gobierno (en el sentido anglosajón de la palabra): 1. Organos de jefatura.—2. El Ejecutivo (más o menos separado de la Jefatura).—3. Organos de «adjudicación».—4. Organos de tipo «conciliar».—5. Organos de carácter *managerial*. (*Systematic politics*, págs. 118 y ss.)

(216) «La bibliografía de la Ciencia política acerca de la representación es muy poco satisfactoria», estima FRIEDRICH (*op. cit.*, pág. 603). Y añade: «abogados, más bien que juristas, se han dedicado a cortar cabellos en el aire acerca de la distinción entre representación y delegación.» (*Ib.*)

(217) Decía PASTOR DÍAZ hace un siglo: «La representación del poder está en

cosas— de garantizar a ese Parlamento esa situación de predominio constituyente a que antes aludíamos. Teóricamente el Parlamento fijaba en sus debates y votaciones la voluntad general, es decir, la ley. Después sólo le quedaba al llamado «Poder ejecutivo», ejecutarla o administrarla. Pero pronto «se reconoció que la segunda función capital, el gobierno, no es sólo una ejecución mecánica de la voluntad de la ley..., sino un despliegue de voluntad libre y creador dentro de los límites de la ley» (218); lo que llevaba prejuzgado esta otra cuestión: «que en el gobierno no es posible la cooperación de varios órganos.» Lo que es posible es «el control o fiscalización de que el gobierno se mueve dentro de los límites del Derecho», del cual Derecho él es a la vez el primer factor decisivo en su creación, también controlado en ello por los órganos fiscalizadores.

El punto esencial está en torno al nuevo concepto que la Administración ha adquirido en el Estado contemporáneo: que se diferencia no sólo en el volumen, sino en la esencia del viejo concepto administrativo del «Estado gendarme». Hoy se llega a poner en duda por algunos la posibilidad de distinguir entre Política y Administración (219), que ya para Hauriou era meramente una diferencia de grado (220). Es decir, que en el moderno Estado planificador (221) resulta muy difícil —más que nunca— contestar a esta pregunta: «¿Cuál debe ser la índole del control popular sobre el gran Leviathan del gobierno?» (222).

La responsabilidad del poder es una exigencia permanente de la vida política, y ello lo mismo desde el punto de vista de la *moralidad*

el Gobierno; la representación del país, en el Parlamento» (op. cit., pág. 99). En otro lugar dice: «La Corona es la autoridad; el Parlamento, la libertad. La Corona es la justicia; la representación nacional es el interés, la conveniencia.»

(218) RICHARD SCHMIDT: *Allgemeine Staatslehre*, pág. 261.

(219) «La idea de que la Administración era algo separado de la Política se desarrolló en un período en el cual se pensaba que el poder *legislativo* no podía ser delegado» (E. S. REDFORD: «The value of the Hoover Commission Reports to the Educator», en *APSA.*, 1950, págs. 283 y ss.)

(220) Hoy la Administración —dice REDFORD— no es puro *management*, sino «un canal para la conversión de las directrices políticas en líneas de acción programática, o bien —debería añadirse— de inacción». (Ib.)

(221) Cuanto más regulador e intervencionista es un Estado, más incapaz es el Parlamento de fiscalizar a la Administración; no hay más remedio que realizar amplias delegaciones. Pero el Parlamento y los Tribunales pueden constituirse en «juez para la revisión de la conducta de todos estos legisladores especiales» (LIPPMAN: *La giusta società*, pág. 375).

(222) MERRIAM, en *Recent Social Trends*, pág. 1.538.

que de la *eficacia*. Y ello, naturalmente, «no sólo en el sentido vago en que se habla de responsabilidad ante la Historia, sino en el sentido jurídico de responsabilidad socialmente exigible» (223). Toda la evolución del Estado moderno apunta en este sentido: el Estado es una persona moral que suple con instituciones adecuadas lo que equivale en la persona individual a la conciencia. El «juicio de residencia», el «impeachment», la responsabilidad política del Gabinete, los recursos jerárquicos y judiciales, las elecciones..., he aquí sólo unos ejemplos del fenómeno de la responsabilidad y el control. Cada vez que el Estado amplía sus funciones y perfecciona sus técnicas se produce una aparente crisis en el proceso; pero después, creado el nuevo aparato de poder, viene su institucionalización y su progresiva moralización.

Para los individuos y los grupos, en cuanto *súbditos*, ello cristaliza en lo que Coke llamaba «varios medios de defensa» (en su *Complete Copyholder*), y en España responden al significativo nombre de «recursos». El hombre, en efecto, «necesita saber por qué y para qué y con qué garantías se somete al Estado» (224). Por otra parte, el poder necesita el contacto con la mayoría; un aparato de representaciones, de símbolos, de opinión, de estímulos recíprocos, de participación en las tareas del gobierno, que no puede quedarse aislado, con una mera obediencia pasiva por parte de los ciudadanos (225).

Finalmente, el poder propende a la *colegiación* (226), a no ser de

(223) ULPIANO LÓPEZ, S. J., en «Suárez, moralista. Las bases de una Deontología política según Suárez», número extraordinario de *Razón y Fe* (1948), páginas 213 y ss.

(224) CORTS GRAU: *Motivos de la España eterna*, Madrid, 1946, pág. 284.

(225) «De acuerdo con cierta ley de la naturaleza, en virtud de la cual el más pequeño organismo sobrepasa infinitamente a la máquina más acabada, toda Constitución —incluso con defectos— que dé libre juego a la libre autodeterminación de una mayoría de ciudadanos, se eleva infinitamente sobre el más brillante y humano de los absolutismos, pues la primera es capaz de desarrollo y, por tanto, de vivir, y el segundo es lo que es y, por tanto, muerto.» (MOMMSEN: *Historia de Roma*.)

(226) MAX WEBER habla de la «colegialidad de casación» (*intercessio*), la colegiación de funciones, la colegiación de compromiso, la colegiación especificada, etcétera. «No es nada absolutamente moderno», a su juicio, la que llama «división especificada de poderes». En realidad, la doctrina de LOCKE y de MONTESQUIEU es un desarrollo doctrinal de la división estamental. De los compromisos estamentales proceden el compromiso presupuestario y el legislativo, del mismo modo que

estructura monolítica, aunque la integración de todos los órganos que lo ejercen permita el funcionamiento del todo como una unidad. Pero generalmente surgen *procedimientos* (227) adecuados para que los órganos del poder depuren sus actuaciones con una revisión recíproca: no se trata, pues, de división del poder, sino de depuración del mismo. El hecho fué visto con gran claridad por los autores que, como Hauriou, fueron, al mismo tiempo que constitucionalistas, grandes administrativistas. En la Administración, a pesar de su estructura jerárquica y monocrática, se da el fenómeno de la colegiación, del procedimiento y los recursos en grado muy importante (228).

La *unidad suprema* del poder es la condición suprema de la existencia del Estado (229). Pero lo es también su *moderación* (230). Esta no se logra sin controles de *seguridad* y sin una cierta posibilidad de *oposición* constructiva. Es más importante la oposición que la representación misma: tiene más trascendencia política el «shadow Cabinet», dispuesto en todo momento a relevar a los actuales Ministros

el primero arranca de la destrucción del Estado antiguo (*Economía y Sociedad*, traducción; *Tipos de dominación*, I, págs. 221 y ss.).

Ver, en ELÍAS DE TEJADA, un resumen del origen del Estado de Derecho en la Cataluña medieval (*Las Españas*, Madrid, 1948, págs. 215-231).

(227) «Toda la historia del gobierno muestra que las restricciones sustantivas que encarnan la opinión y costumbres de la comunidad, su modo de vida, descansan en un fundamento tenue, a menos que estén reforzadas y respaldadas por restricciones de procedimiento de alguna especie. No existe un verdadero gobierno constitucional hasta que se han establecido procedimientos efectivos de restricción» (FRIEDRICH: Op. cit., pág. 171). En opinión del autor, los dos sistemas más importantes son la especialización *funcional* (MONTESQUIEU) y la *espacial* (sistema federal).

(228) Ver el prólogo de HAURIUO al libro de R. F. DE VELASCO, *El acto administrativo*, Madrid, 1929.

(229) «Uno de los mayores crímenes que se pueden cometer es, sin duda, el atentado contra la soberanía, pues ninguno tiene consecuencias más terribles» (DE MAISTRE: *Oeuvres*, cit., I, pág. 17; *Considérations sur la France*).

El ilustre legitimista francés pensaba en que ni aun por una buena causa se podía atacar al poder del Estado. «... toda revolución realista —dice— es imposible antes de la paz, pues el restablecimiento de la realeza detendría súbitamente todos los resortes del Estado» (pág. 24).

(230) «El mundo —dice VALÉRY— no vale sino por los extremos y no dura sino por los medios. No vale más que por los «ultras» y no dura sino por los moderados.» Por eso, como observó el CARDENAL DE RETZ, con frecuencia los que «no han sido ni mazarinistas ni de la Fronda, y que no han querido sino el bien del Estado», son «una especie de gente que nada puede al comienzo de las perturbaciones, pero que lo puede todo al final».

de Su Majestad, que la «representación» que unos y otros puedan ostentar» (231).

Por supuesto, «toda Constitución, como todo hombre —en la fina apreciación de Lord Bryce— tiene los defectos de sus propias buenas cualidades» (232). Por eso es muy difícil lograr un *equilibrio* estático; pero sí puede haberlo dinámico. Por todas partes se busca este equilibrio, en busca de la seguridad perdida (233). ¿Se encontrará en nuevas fórmulas representativas? (234). ¿Es posible una nueva fórmu-

(231) Por eso no es exacto que «la diferencia entre un Estado autoritario y uno democrático se centra en la posición del cuerpo representativo» (FINLETTER: Op. cit., pág. 13).

Es mejor decir que la diferencia entre un Estado con una clase dirigente capaz, con respecto a otro que la tenga mediocre y ruin, consiste en la capacidad de selección para tener siempre en el gobierno a un equipo capaz y de relevarlo cuando haga falta.

(232) Decía SCHMITT que si el Estado se apoya sobre todo en el ejecutivo, es bueno para la realización de reformas radicales (que a su vez pueden ser en sentido retrógrado). Si predomina el legislativo, es adecuado para realizar un programa de partido. Si prevalece el judicial propenderá al mantenimiento del *statu quo* (por el conservatismo y exclusión de la política directa en los Tribunales). Cfr. *Legitimität und Legitimität*, Munich, 1932.

MONTESQUIEU observó bien que el conjunto de las leyes, y por supuesto las constitucionales, revelan en su «espíritu» general la *vocación* del Estado y del pueblo. «El engrandecimiento era el objeto de Roma; la guerra, el de Lacedemonia; la religión, el de las leyes judaicas; el comercio, el de Marsella; la tranquilidad pública, el de las leyes de China; la navegación, el de los Rodios; la libertad natural, el del régimen de los salvajes.»

Y «VIRGILIO *divino*»:

*«Tu regere, imperio, populus, Romane, memento
Hae tibi erum artes, pacisque componere morem
Parcere subiectis et debellare superbos.»*

(233) «En nuestros días está en ruina el mecanismo de seguridad. Se busca, por lo mismo, lo que se ha perdido: seguridad jurídica, seguridad social y seguridad internacional, o sea garantía contra la arbitrariedad interna y externa y contra la miseria» (RUIZ DEL CASTILLO: *Lo vivo y lo muerto en la idea liberal*, Madrid, 1947, pág. 73).

(234) Es indudable que los actuales experimentos en materia de representación política (que equivalen a una especie de pluralismo vuelto del revés) constituyen, si llegan a lograrse, un cambio radical: «resolución más audaz y más amplia en el campo del Derecho público no es fácil de concebir; toda la concepción del Estado moderno quedaría subvertida» (GIUSEPPE MENOTTI DE FRANCESCO: «Rappresentanza politica e rappresentanza sindacale nella scienza del Diritto pubblico», en *Riv. di Dir. Pub.*, 1925).

Por lo demás, la idea no es nueva. Aparte de sus antecedentes estamentales y

la de control del técnico por el que no lo es? (235). He aquí el meollo político del actual problema constitucional, que es, a la vez, un problema de educación, de equilibrio social, de mejora de las instituciones y, sobre todo, de liderazgo acertado y afortunado.

5. EL PROBLEMA DE LA CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO Y DE LAS FUENTES EN DERECHO CONSTITUCIONAL

A) *Derecho público y Derecho privado*

Una de las más antiguas (236), trascendentales y discutidas clasificaciones (237) del Derecho es la que lo divide en *público* y *privado*, la heredamos de los romanos, que la formularon en el famoso texto de Ulpiano, que plantea la distinción como dos posiciones ante el es-

de la pervivencia de éstos en el pensamiento tradicionalista, la idea a la representación orgánica o corporativa tiene ilustres precursores en KRAUSE, AHRENS, von MOHL, LIEBE, WINTER, LEVITA, BLUNTSCHLI, HOLTZENDORFF, PRINS, BENKIST, PERIN, DENIS, DE GREEF, LA CHAPELLE, DURKHEIM, SOREL, DUGUIT, PERSICO, TONIOLO, BOGGIANO, SANTI ROMANO, etc.; entre nosotros, BALMES, GIL Y ROBLES, PRADERA, MAEZTU, etc.

(235) El gobierno doctrinario de las clases medias o «gobierno de la inteligencia» fué derribado por el auge democrático, que excitó la desconfianza contra «el gobierno de los intelectuales», la «República de los Profesores», la «pedantocracia», de los «highbrow». Hace poco que TRUMAN, para contraatacar las críticas de un brillante senador de su propio partido, le llamó «over-educated». Frente a esto se exaltó el «gobierno del hombre medio», el «man-in-the-street», los «hombres y mujeres cautos y sensatos», el «sólido sentido común del ciudadano medio». Lo que ocurre es que estas virtudes son excelentes para juzgar y seguir conscientemente a un Gobierno, no para reemplazarlo. La pregunta es, pues, ¿Cómo se vigila al planificador?

(236) «... Fuit haec sapientia quondam Publica privatis discernere, sacra profanis...» (HORACIO).

(237) Según DUVERGER, el Derecho puede clasificarse: a) Verticalmente, por *sistemas jurídicos*. Cada sociedad engendra uno (familiar, de sociedades privadas, sindical, estatal, internacional, etc.); pero hay una jerarquía entre ellos basada teóricamente en los principios de «autonomía» y «no absorción» y de extensión (el sistema más general priva sobre el particular); y b) Horizontalmente, por *ramas del Derecho*, cuyo principio y fundamento es la distinción entre Derecho público y Derecho privado (*Manuel*, cit., págs. 18 y ss.).

tudio del Derecho, refiriendo a la *utilidad pública* o a la *privada* las respectivas normas (238).

(238) Es bien conocido el texto de ULPIANO (D. I, 1, *De iustitia et iure*, 1, 2), reproducido casi literalmente en las *Instituta*: «Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit.»

La voz «publicum» viene de «populicum». Era, pues, el derecho del pueblo, el derecho popular. «Privatum» viene de «privus» (lo propio, lo peculiar de uno solo). Pero el sentido es claro: «quod ad statum rei romanae spectat» era el Derecho político o Derecho del Estado; es decir, lo que CICERÓN (*De oratore*) llamaba «iura quae sunt propria civitatis atque imperii». COSTA señala dos sentidos menos propios de la expresión «ius publicum»: a), los derechos privados del Estado; b), los derechos que no quedan al arbitrio de los individuos («ius cogens» o «ius necessarium»). Ver EMILIO COSTA: *Historia del Derecho romano público y privado*, trad., Madrid, 1930.

Según COMBOTHECRA, se llamaba también Derecho público al Derecho «legislado» (las XII tablas, las leyes, los senadoconsultos, los edictos, las «constitutiones»), por contraposición al «ius gentium» o al de los juristas. En este sentido dice CICERÓN que «ius privatum» es «quae sine scriptis aut gentium iure aut marorum more retinentur... quae consuetudine... obtinentur»; y ULPIANO, «cum potuerit ius publicum invocare» (D. IV, 2, 23, pr.). (Ver COMBOTHECRA: «Ius civile, ius publicum, ius privatum», en *Révue générale du Droit*, 1904.)

Sobre este punto considero insuperable el análisis de PIETRO BONFANTE en su artículo «Comment le Droit publique et le Droit privé se sont différenciés a Rome» (*Révue générale du Droit*, 1902). En la época más antigua del Derecho romano la distinción no existe: no se trata de dos ramas del Derecho, en el sentido de DUVERGER, sino de dos sistemas casi plenamente separados: el de la ciudad y el de la familia. El rex tiene su equivalencia en el pater (se habla de «Pater Neptunus, pater hominum deorumque»; de «Pater Aeneas», de «Pater maiorum, minorum gentium»); a la potestas real se opone la manus o potestas familiar; el consilium regis se corresponde con el consilio domesticum; la auctoritas tutorum es el análogo de la auctoritas patrum, etc. En la familia, como en el Estado, no es la sangre (cognatio), sino el poder (agnatio) lo que decide. El nacimiento no tiene mayor importancia que la adoptio o la arrogatio. Por otra parte, la salida de la familia se considera como una capitis deminutio, aunque se aumente la capacidad jurídica. Lo mismo el Estado que la familia son, cada uno, una comunidad religiosa (lares, penates), una comunidad jurisdiccional (con coercitio y paenitio, que llegan hasta el ius vitae necisque). Hay una serie de instituciones que ni siquiera cambian de nombre: los «sacra», los «auspicia», la «amicitia», la clientela, el «hospitium», etcétera, son, según los casos, públicos o privados. Había una «moxa» familiar y otra nacional; tal es el sentido de la entrega de MANCINO a los de Numancia. Y en muchos casos la institución pública paralela es la posterior (relegación, prisión, condenación).

En materia de derechos reales vemos que los límites de las fincas son «res sanctae» como el «pomerium» de la ciudad. Lo que entra dentro de los límites

Durante mucho tiempo la tradición romana se aceptó, en este como en otros puntos, sin mayor discusión (239). No pocos estiman que

de una propiedad se hace suyo por «accessio», no se toleran limitaciones a su carácter absoluto, ni aun el impuesto. La copropiedad es una verdadera soberanía en común, con un «liberum veto» que equivalía a la «intercessio» de los Cónsules. En materia de obligaciones, al principio la única fuente admitida era la «nox», es decir, el delito. Cuando más tarde aparece la «sponsio», se emplea la misma forma de los «foedera» internacionales y también de la «lex», a la que Papiniano llama «reipublicae sponsio». A la «lex lata» corresponde la «lex contractus»; a la «lex data», la «lex dicta».

En materia de sucesiones, la institución es de heredero (capital en Roma, donde «nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest») corresponde a la designación de sucesor, que aún en los tiempos finales de la República tenía importancia y que luego se hará capital en la adopción imperial.

En el Derecho procesal es sabido que las formas primitivas de las «acciones» se parecen a las declaraciones de guerra de los «feciales». El «pactum» (de «pacere») equivale a la «pax publica», etc. El plazo para pagar una deuda reclamada judicialmente era de treinta días, los mismos que había para aceptar las condiciones del «pater patratus».

Pero poco a poco se fué produciendo la transposición, en un proceso de constante *publicación* de relaciones privadas. El «index» pasa de árbitro a funcionario; el Derecho penal se desgaja del tronco familiar y se vincula al estatal. Al instituirse la pretura era ya un hecho consumado la existencia de un Derecho público y un Derecho privado, ambos como ramas de un ordenamiento estatal. La razón debió de ser, a juicio de BONFANTE, la concesión del «commercium» y el «connubium» a los latinos, separándose la capacidad privada de la pública («ius suffragii», «ius honorum»). Entonces el viejo «ius civile», dentro del cual se daba el paralelismo dualista, se encoge para dejar paso al «ius gentium». A su vez, el Derecho público evoluciona: la «Res-publica» lo objetiva y lo desentronca de la concepción familiar de la Monarquía. El Imperio trajo otra nueva crisis; desaparecen una serie de viejas instituciones (la «intercessio», la «auctoritas patrum», la misma «lex»); y la «floración lujuriente de la jurisprudencia» desarrolla formidablemente el Derecho privado (con la «aequitas»), mientras que el Derecho público, en parte se mantiene más tradicional, en parte se simplifica. Lo cierto es que la distinción llegó a ser radical, como señala FERRARA.

Los bárbaros destruyeron el Derecho público romano; pero subsistió el Derecho privado. El Estado desaparece por unos siglos. Contra von BELOW y KEUTGEN entienden GIERKE y RADBRUCH que en la Edad Media no hubo prácticamente distinción entre Derecho público y Derecho privado.

(239) DON RAMÓN LÁZARO DE DOU Y DE BASOLS, primer Presidente de las Cortes de Cádiz, en sus *Instituciones de Derecho público general de España, con noticia del particular de Cataluña* (9 vols., Madrid, 1800-1803), entiende que el Derecho nacional, o sea «el peculiar y propio de una sociedad y nación» (vol. I, página 4) se divide en público y privado, que se diferencian simplemente por sus objetos: la «utilidad del público y la de los particulares» (pág. 7). Al Derecho

sigue en pie; y aun reconociendo que su fundamento se nos ha oscurecido bastante, entiende, verbigracia, Bonfante, que «no hay tal vez una sola institución de Derecho público que se pueda comparar con otra institución de Derecho privado, ni por sus elementos y su estructura anatómica, ni por su finalidad y su función» (240); y el propio gran romanista entiende que ello es conveniente: «esta profunda separación material y formal de estas dos ramas, dada la profunda diversidad de funciones, de espíritu, de técnica que existen entre ambas, la creo un beneficio». Por el contrario, se encuentran muchos autores que critican a fondo la distinción, como Kelsen, para quien se trata de una división puramente técnica, «intrasistémica» y de consecuencias funestas en el terreno ideológico, toda vez que equivale —según él— a reconocer la existencia de un Derecho arbitrario regido por «la razón de Estado» y no por los principios generales del Derecho; o bien que, como Federico de Castro, la reducen a una «simple cuestión sistemática» (241). Para Schäffle y nuestros Giner y Calderón, la distinción es simplemente inexistente.

A su vez, el criterio de distinción se ha vuelto sumamente complicado y dispares las opiniones al respecto. Holliger ya examinó 17 teorías diversas, y alguna monografía reciente ha podido coleccionar un centenar largo. Para Vinnio, la distinción era «non a materia, sed a forma». Savigny veía en ellos dos órdenes de Derecho con muchos puntos de contacto. Stahl veía diferencias en las instituciones típicas de cada uno y en las relaciones, según el interés que se propusiera el legislador. Gil y Robles miraba en uno y otro el Derecho de la comunidad familiar y de la suprafamilia. Cathrein adopta un punto de vista filosófico: es Derecho público el que se refiere a la justicia legal; privado, el que atiende a la distributiva y conmutativa. El canonista Macksey entiende que es Derecho público el de las personas morales, y privado el de las personas físicas; y su colega Conte a Coronata estima que el Derecho público es propio de la persona moral «perfecta», a cuyo bien mira directamente, y el Derecho privado, de

nacional se contrapone el Derecho de gentes: «el que por un género de pacto tácito se ha introducido entre los hombres a fuerza del uso y de las costumbres de las naciones más cultas» (pág. 2).

(240) Anotemos a su vez que uno de los males más graves de la ciencia del Derecho ha sido con frecuencia su proclividad a aceptar, sin demasiado cuidado, las construcciones y técnicas del Derecho privado. La teoría de la representación, por ejemplo, debe a este fenómeno sus más graves extravíos.

(241) *Derecho civil de España*, I, págs. 66 y ss. Cita a la pág. 92.

las personas físicas y de las personas morales «imperfectas». Vanni y Brinz ponían el acento en la distinción entre «ius voluntarium» y «ius necessarium». Thon se fija en la naturaleza de la acción protectora de la respectiva relación jurídica. Para Wach y Endemann, en el Derecho privado prevalece el aspecto patrimonial; pero Cromme lo niega; y Gabba entiende que el Derecho privado mira a una utilidad verdadera y propiamente humana. Azcárate ve en el Derecho privado un medio para realizar los fines sociales, mientras que el Derecho público apunta al fin jurídico. Donati distingue entre materia y contenido; pero Maggiore se remite simplemente al fallo en cada época de la conciencia histórica en su juicio sobre el «mayor valor» de una u otra relación jurídica. Para Enneccerus «llamamos Derecho público al que regula las relaciones de los entes colectivos en cuanto tales, ya entre sí, ya con sus miembros», mientras que «el Derecho privado regula las relaciones jurídicas en que se hallan los individuos en cuanto tales», es decir, «no como miembros de los entes colectivos». Gierke entiende que el ordenamiento jurídico, «ya como Derecho privado traza las fronteras de la libertad de la voluntad, o ya como Derecho público ordena el ámbito de la voluntad comunal» (242). Santi Romano cree que el Derecho público puede definirse como «la esfera del ordenamiento de un ente, que depende del mismo ente, considerado en su unidad, o en sus elementos que tienen una autonomía sólo funcional; mientras que el Derecho privado es la esfera del ordenamiento que el mismo Derecho público, limitándola, reserva a las autonomías meramente lícitas» (243).

(242) GIERKE: *Grundbegriffe*, cit., pág. 108. «El Derecho privado abstrae de la persona solamente la propiedad de ser un individuo, de ser una individualidad, completo en sí y determinado por sí mismo» (pág. 109). Estos «átomos» jurídicos que maneja el Derecho privado funcionan sobre el principio de la «libertad subjetiva», base del «Derecho subjetivo». Por el contrario, el Derecho público «abstrae de la persona el aspecto de estar orientada a la vida comunal» (pág. 110). Por tanto, el Derecho público «no reconoce individualidades desvinculadas, sino únicamente uniones y miembros de esas uniones» (Ib.). No es ya «el mundo de las unidades de voluntad coordinadas y cerradas sobre sí, «sino el mundo de la existencia comunitaria, donde se llega a una «voluntad compleja», con todo un conjunto de relaciones jurídicas entre el todo y las partes. Por eso dominan en él las notas de *necesidad*, de *estabilidad*, de *deber* (frente a las privadas de *libertad*, *variabilidad* y *disposición*). Finalmente, el Derecho constitucional (*Staatsrecht*) «tiene su lugar en la cúspide, pero dentro del edificio total de los derechos públicos de las corporaciones» (pág. 113).

(243) ROMANO: *Corso*, 2.^a ed., pág. 7.

Kelsen estima que, de todos modos, la mayoría se puede reducir a dos teorías básicas: la «teoría del interés» y la «teoría del plusvalor» (*Mehrwerttheorie*) o doctrina del «*ius imperium*». La primera comprendería las diversas y matizadas interpretaciones del criterio de la *utilitas* de Ulpiano. Generalmente se contraponen en este sentido la *utilidad de los patriculares* a la *utilidad pública*; pero, en realidad, el jurista romano no opone «*utilitatem singulorum*» frente a «*utilitatem rei romanae*», sino «*utilitatem singulorum*» a «*statum rei romanae*» (244). En todo caso, Kelsen entiende que se trata de un criterio «metajurídico»: podrá haber oposición entre ambos intereses, pero, una vez regulada, ya no interesa al Derecho. Por otra parte, Kelsen ve muy difícil la distinción en cada caso del interés protegido; a su juicio, «el Estado no tiene ni un pelo más de interés en que el deudor desenvuelva en el plazo legal un préstamo que en la omisión de un robo» (245); y, en definitiva, «el interés tutelado, esto es, el Derecho subjetivo, es siempre el interés individual la tutela del interés; esto es, el Derecho objetivo es siempre un interés colectivo» (246).

La doctrina del «mayor valor» considera que la relación jurídica es esencialmente diferente cuando se da entre el Estado soberano y los súbditos, que entre éstos entre sí (Ferrara). A esto objeta Kelsen que una relación jurídica no es nunca entre sujetos, sino entre supuestos de hecho. El hecho de que en la relación de Derecho público sea un solo sujeto el que ordene y ejecute, mientras que en el Derecho privado es preciso el acuerdo, reservándose el Estado la ejecución, no depende de un «mayor valor», sino de la naturaleza del ordenamiento jurídico. Esta tesis ha sido aceptada por toda la escuela de Viena: Merkl, Verdross, Kaufmann, Schreier, y en el fondo era la misma

(244) Ver EHRlich: *Beiträge zur Theorie des Rechtsquellen*, 1902; en el mismo sentido, COMBOTHÉCRA y BONFANTE. Ver también ANTONIO DE ROBLES VIGNOLY, «La distinción del Derecho en público y privado», en *Rev. Crít. de Derecho Inmobiliario*, 1934.

(245) *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*.» A simple vista se observa que este punto de vista formalista no es político. El Estado tiene mucho más interés en que no haya homicidios, que en el exacto cumplimiento de las disposiciones del Código civil sobre prescripción.

(246) COGLIOLO estima que «el interés público y el privado son, pues, correlativos; pero el ser una ley pública o privada no depende de mirar a uno o a otro interés, sino de mirar al uno antes que al otro».

A la teoría del interés se pueden reducir, entre otras, la del «*ius cogens*» frente al «*ius dispositivum*» (es decir, un Derecho privado autónomo, pero subordinado) y la que se basa en la diferencia de las acciones (voluntarias o de oficio).

que sostenía Duguít, al afirmar que «desaparece el sistema de Derecho público fundado en la noción del poder público» (247).

Por razones diversas se oponen a la distinción o la creen perjudicial juristas de diversas tendencias, como Franz Weyr, Van Bemmelen y De Buen; mientras que Laung, Jung, Schenk y Coviello le dan un carácter meramente histórico (248). Por otra parte, Friedrich ha estudiado las múltiples conexiones entre ambas ramas del Derecho; de un derecho privado (verbigracia, la propiedad) brotan deberes públicos (verbigracia, el impuesto); de la violación de un derecho privado, penas o sanciones de carácter público (de protección), etc. Por otra parte se ha señalado la existencia de sectores intermedios, como ha hecho Cicu con el Derecho de familia (249); otros han visto un fenómeno semejante en el Derecho sindical o corporativo, y se crean problemas también muy complejos en relación con el Derecho internacional, con el Derecho federal, etc.

Se diría que hemos llegado a un punto muerto (Castro), sin perjuicio de que constantemente surjan nuevos puntos de vista o renazcan los antiguos (250). «... es —dice De Diego— como la cuadratura

(247) *Las transformaciones del Derecho público*, trad., Madrid, s. a., pág. 53.

(248) A juicio de COMBOTHECRA, la distinción básica de la Edad Media no fué ésta, sino la de «ius civile» (o Derecho imperial) y «ius canonicum» (o Derecho eclesiástico). Pero en el siglo XII el «ius civile» empieza a descomponerse en civil «stricto sensu», público, procesal y penal. En los siglos XV a XVII, el «ius publicum» se va haciendo sinónimo de Derecho político o «Staatsrecht», contraponiéndose a todo el resto, como «privatum». En el siglo XIX, a su vez, el desarrollo del capitalismo creará la distinción en el seno del Derecho privado; frente al Derecho civil («Civilrecht» o «bürgerliches Recht») aparecerá el Derecho específico mercantil o del comercio («Handelsrecht»).

(249) El matrimonio se parece a un contrato porque se perfecciona con arreglo al principio de autonomía de la voluntad. Pero no se puede disolver sino con arreglo a un Derecho público muy estricto. (Es materia de «orden público» en la mayoría de los ordenamientos.)

(250) GIUSEPPE MAGGIORE relaciona la cuestión con la crisis del Estado en su trabajo *L'aspetto pubblico e privato del Diritto e la crisi dello Stato moderno*. En su opinión —de corte clásico— lo esencial en el Derecho (frente a la crítica kel-seniana) no es la norma, que es lo producido, sino el sujeto que la produce. Este sujeto puede ser de muchas clases. A su vez, los criterios de distinción son todos parciales; pero la conciencia histórica reitera siempre el famoso juicio de «plus valor».

ROBLES VIGNOLY encuentra, a su vez, que tal criterio es metajurídico. Que todo ello «no es más que una síntesis nominal y confusa»; que, en todo caso, «plus valor» sería al contrario; que es una petición de principio el dar la distinción por

del círculo y que sólo por aproximación puede resolverse». Y no digamos de la famosa cuestión del primado de una u otra rama. Para los juspublicistas es indudable que, como decía Cujacio, el Derecho público es «praestantior», y que, como pensaban Bacon, «ius privatum sub tutelam iuris publici patet». Los privatistas han defendido la mayor solidez de sus instituciones, que contemplan impávidas los derrumbamientos de los regímenes políticos; el Derecho público —dice Castro— es más básico, pero el Estado privado es más estático (251). Finalmente, es indudable que la frontera entre ambas ramas jurídicas se está desplazando rápidamente en nuestros días, en que se están volviendo públicas muchas cuestiones que hace bien poco eran privadas, sea, como señala Schindler, por efecto de la democratización general (252), sea porque se trate de un «reflejo en el Derecho» del actual «tono unificado y gris» y la «falta de profundidad e inferioridad» de la vida en nuestro tiempo, como dice Legaz, tendiéndose así a la «unidad bajo el signo de la publicidad» (253).

Pero las cosas se simplifican mucho si sentamos las siguientes afirmaciones:

- 1.^a La esencial unidad del ordenamiento jurídico.
- 2.^a La variedad funcional de sus instituciones y de los complejos de normas que surgen con ellas.
- 3.^a La existencia de dos grupos bastante diferenciados de instituciones, que son, por una parte, el Derecho del Estado, Derecho político o Derecho constitucional, e inmediatamente vinculado a él el Derecho administrativo o Derecho de la Administración. Por otra parte, el Derecho civil, o Derecho de los ciudadanos, o Derecho privado.
- 4.^a La existencia de una compleja serie de normas adjetivas, de referencia y conexión, que muchas veces son de difícil clasificación, pero que no tienen por qué enturbiar la polaridad de los extremos indicados.

la distinción; que decir que un sujeto es más y otro menos no es señalar los límites, etc. Pero, al final, termina reconociendo que la distinción es, en la práctica, necesaria.

(251) Se dan casos curiosísimos. En el régimen nazi hubo quien propuso se aboliera la distinción, como una lamentable recepción del Derecho romano, ajeno al espíritu popular. Luego se habló de «exceso de celo».

(252) «No se ha puesto suficientemente de relieve —dice F. CARRIDO FALLA— la conexión entre el advenimiento de la democracia y la publicación de las relaciones jurídicas» (*Rev. de Estudios Políticos*, vol. XXVII, pág. 130).

(253) LEGAZ: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, pág. 311.

En este sentido, Federico de Castro, a quien seguimos en lo esencial en los principios que acabamos de exponer, contrapone el *Derecho político*, es decir, la constitución política de la comunidad, Derecho de la estructura, defensa y funcionamiento del Estado, al *Derecho civil*, que establece las normas generales de convivencia reguladoras de la situación del estado y de la convivencia de las personas (254). Se trata, pues, del Derecho de la comunidad y el Derecho de la personalidad. En un sentido parecido define el «Staatsrecht» Gierke como «aquella parte del ordenamiento jurídico, cuyo objeto es la normación de la voluntad unida que constituye el ser del Estado» (255).

Al lado de este Derecho constitucional está el Derecho administrativo que, en realidad, es el Derecho *menor* del Estado, distinguido del «Staatsrecht» *stricto sensu* por razones puramente técnicas. En España la separación de las cátedras es muy reciente; las referencias son constantes; y en muchos países el estudio del «government» sigue unificado (256).

(254) CASTRO: Op. cit., págs. 92-93.

(255) *Grundbegriffe*, cit., pág. 108.

(256) Derecho administrativo es, para MAYER Y SPIEGEL, una rama del Derecho público, desglosada por el principio científico de la división del trabajo. ULRICH lo define como «una disciplina jurídica desglosada del Derecho político». (El desglose de las cátedras se produjo en Austria en 1893, en España en 1900.)

De todos modos, SPIEGEL entiende que el punto de vista es diferente (ver página 42 y siguientes), a mi juicio valorando excesivamente la doctrina de la división de poderes. Según él, el Derecho político regula la relación entre los tres poderes y la de éstos con los ciudadanos; mientras que el Derecho administrativo «se ocupa de la colaboración armónica de los distintos factores del Estado para la consecución de sus fines»; es decir, que no contesta a la pregunta «¿Quién debe actuar?», sino a la de «¿Qué es lo que se debe hacer?» (pág. 45). Entiendo que muy pocos suscribirían hoy semejante fórmula, incluso en los países liberales.

MERKL, abundando en la doctrina de Kelsen de la unidad del orden jurídico, y de la (oper) inoperancia de su división en público y privado, propone esta división: «Derecho constitucional», por un lado, y por otro, el «Derecho legal» y «Derecho de fuentes jurídicas de rango legal o sublegales». El Derecho administrativo ocuparía el lugar inmediato o de menor «distancia a la Constitución» entre el Derecho «legal subconstitucional»; es decir, que el Derecho administrativo es un producto de la Constitución y de las fuentes jurídicas subordinadas a ella, y regla productora de la Administración» (*Teoría general*, cit., pág. 114).

Las primeras definiciones consisten casi todas en el reconocimiento de que el Derecho administrativo *descarga* al Derecho político del estudio de la *totalidad* del poder llamado *ejecutivo*. Había, tal vez, un elemento de pudor de mostrar en la famosa tríada de los poderes el enorme *desequilibrio* que en la realidad

Ahora bien; conviene aclarar: 1) Que en el Derecho Administrativo, en un sentido amplio, entra, por supuesto, el Derecho penal, el Derecho procesal (y todas las formas del Derecho judicial) y, en definitiva, todas las ramas del Derecho público interno (257). 2) Que el

había entre ellos. Así, para Ducrocq, el «Derecho administrativo comprende las leyes... que presiden al funcionamiento de todos los órganos del poder ejecutivo». DE GIOANNIS dice que «la Administración responde a la idea del poder ejecutivo en cuanto, por vía de acción, procede a la ejecución de las leyes y al servicio de los intereses públicos». SANTAMARÍA DE PAREDES es muy preciso: «es la rama del Derecho referente a la organización, funciones y procedimientos del poder ejecutivo, según la Constitución, para el cumplimiento de la misión del Estado en la vida»; definición aceptada por AZCÁRATE y criticada por POSADA, pero simplemente para acoger la tendencia alemana que, por entonces, iniciaba ya la ampliación doctrinal de «ejecución» o «administración» en sentido amplio (incluyendo la «intervención» del Estado en la vida social). Y POSADA concluye: «Según es la Constitución política, así es la Administración» (Ver POSADA, introducción a MEYER, *La Administración y la organización administrativa*, trad.).

Es cierto que el concepto era limitado en todos sentidos, pues ni todo lo que hace el poder ejecutivo es administrar, ni sólo el poder ejecutivo administra (ROYO VILLANOVA: *Elementos*, 16.ª ed., vol. I, pág. 10-11). Mas a pesar de su aparente claridad, es mucho menos acertada la clasificación de ORLANDO, de Constitución y Administración como estructura (estática) y actividad. Es totalmente imposible distinguir un momento estático y otro dinámico en el Estado, o un momento en el que el Estado se constituye y organiza y otro en el que, ya constituido, actúa (STEIN, ORLANDO).

En una palabra, decir que el Derecho administrativo se ocupa de la actividad que el Estado realiza para cumplir sus fines, no es separarlo del Derecho constitucional, sino acercarlo a él, sin perjuicio de que, a un determinado nivel, la división del trabajo, las tradiciones académicas, etc., produzcan una línea divisoria (por cierto, siempre rebasada desde ambos campos). Así, dice ROYO que es el «conjunto de principios jurídicos que regulan la actividad del Estado y la de todas aquellas entidades que se proponen realizar fines de interés general bajo la dirección, intervención, fiscalización o inspección de una autoridad pública». Para GARCÍA OVIEDO es «la rama del Derecho público que regula la actividad del Estado y de los organismos públicos para el cumplimiento de los fines administrativos». Para BIELSA es «el conjunto de principios de Derecho público que regulan la actividad concreta mediante la cual y las otras entidades públicas persiguen y realizan sus propios intereses».

Ver GASCÓN: *Tratado*, vol. I, cap. 4.º (ed. 1941, págs. 42 y ss.), que insiste en la «imprecisión del contenido» por el constante crecimiento. El Derecho social, la propia «administración de justicia», etc., son troncos desgajados del cuerpo común.

(257) Si queremos aceptar la distinción tradicional del Derecho público interno y externo, muy discutible en la actualidad. Ver las clásicas monografías de TRIEPEL, G. A. WALZ, etc.

La tríada constitucional de legislativo, ejecutivo y judicial repercutió en la

actual Derecho administrativo es, como suponía Gierke, un Derecho de Corporaciones públicas (entes autónomos paraestatales, Sindicatos, etc.), además del estricto Derecho de la Administración tradicional directa.

Frente a este complejo está el Derecho privado. Este es, en primer lugar, el Derecho *civil* (258), en cuya definición encontramos menos vacilaciones (259). Punto más oscuro es el de la unidad del Dere-

separación del Derecho político, administrativo y judicial (penal, procesal); pero carece de todo fundamento. Las garantías penales y procesales, en cuanto son constitucionales, son Derecho político; en cuanto son procedimiento, Derecho administrativo. Ver MERKL: *Teoría general del Derecho administrativo*, y SPIEGEL: *Derecho administrativo*.

(258) Al principio, en Roma, el «*ius universum*» estaba en manos de los sacerdotes; pero ya antes de las XII Tablas se distinguía (como atestigua CICERÓN en *De legibus*) el «*ius civile*» del «*ius pontificium*». En un principio fué, pues, el de «interpretatio» hecha por los prudentes: «hoc ius —dice POMPONIO— quod sine scripto venit compositum a prudentibus... appellatur ius civile»; y CICERÓN: «*proprium ius civile compositum a prudentibus.*» También se llama Derecho civil al que venía «ex civili more et aequitate»; al procedimiento ante el pretor, y, en general, a la ciencia jurídica. No comprendía el «*ius sacrum*», ni el «*ius publicum*» (incluyendo en éste las leyes desde las propias XII Tablas), ni los «*iudicia publica*» (ni siquiera las «*leges actiones*», según POMPONIO). CICERÓN contrapone «*ius civile*» a «*leges*», y otros lo «*legitimum*» a lo «*civile*». Pero bajo el Imperio, el «*ius civile*» atrajo las disposiciones de rango legislativo. La contraposición pasó a ser entre «*ius civile*» y «*ius honorium*». Después, la expresión (que aún se encuentra alguna vez en las «Constituciones» de CONSTANTINO) va desapareciendo. En la compilación justiniana se mencionan los «preceptos civiles» como una de las partes de un Derecho privado «tripartito» (Derecho civil, Derecho de gentes, Derecho natural); contrapuesto al Derecho público que, como vimos, es ahora el «Derecho sacro» más el «Derecho del Estado».

En la Edad Media el «*ius civile*» será el Derecho secular, y estrictamente el Derecho romano o imperial (frente al «Derecho real» o regnicola, y las costumbres locales), contrapuesto a la otra gran rama del «*ius utrumque*» de la Cristianidad, el Derecho canónico.

(259) Para BENITO GUTIÉRREZ, Derecho civil es «el conjunto de leyes conforme a los principios del Derecho natural, que regulan las relaciones mutuas de los ciudadanos entre sí, en cuanto concierne a su persona y bienes». Para AUGUSTO COMAS es el «conjunto de leyes que regulan la vida jurídica posible de unos ciudadanos con otros o de unas entidades individuales con otras». DE DIEGO entiende que «del hombre como tal se predica su personalidad, sus bienes, su familia, lo cual constituye lo más íntimo del hombre, sus intereses privados o particulares, y tal es el objeto del Derecho civil o privado». JULIÁN ARRIBAS Y BARAYA dió esta definición (aceptada por SÁNCHEZ ROMÁN, BURÓN y VALVERDE): «Conjunto de preceptos que determinan y regulan las relaciones de asistencia, autoridad y obediencia entre los miembros de una familia y las que existen entre los individuos de

cho privado; es decir, el de las relaciones entre sus dos ramas, *civil* y *mercantil* (260). Parece evidente que, en cualquier caso, el térmi-

una sociedad para la protección de los intereses particulares.» DE BUEN entiende que es el «Derecho donde se regulan los requisitos generales de los actos jurídicos privados, la organización de la familia y la de la propiedad privada». CASTÁN lo define como el «derecho privado general», y prefiere dar de él una descripción afirmando que comprende, «en gran síntesis», estas «grandes instituciones»: personalidad, familia, asociación y patrimonio (este último subdividido en derechos de exclusión, de obligación y de sucesión). Para Federico de Castro es «el sistema unitario de reglas jurídicas comunes que determinan la situación de la familia, de la persona particular, de sus asociaciones y bienes, dentro de la total organización jurídica; para que sus fines se realicen con arreglo al plan del Estado y al servicio del destino universal de España». Análogamente, ERNESTO ROGUIN lo define como la regularización de las relaciones de estado civil, de familia, las derivadas del empleo de las facultades individuales, las de dominio sobre las cosas, las principales relaciones de obligación y las que son consecuencias o combinaciones directas de las anteriores. Y CLOVIS BEVILACQUA, como el «complejo de normas jurídicas relativas a las personas, a su constitución general y común, a sus relaciones recíprocas de familia y a los bienes considerados en su justo valor». Ver la excelente monografía de A. HERNÁNDEZ GIL sobre *El concepto de Derecho civil*.

(260) La unidad está defendida lo mismo por civilistas como FERRARA, para quien el Derecho civil abraza esencialmente todo el Derecho privado, y sólo por razones de oportunidad se mantiene separado el Derecho mercantil, como por los mercantilistas que como LEÓN BOLAFFIO, lamentan la «existencia irracional de dos legislaciones, la civil y la mercantil, que estatuyen contradictoriamente sobre la misma materia» (*Derecho mercantil*, trad.). En cambio, CÉSAR VIVANTE (*Tratado de Derecho mercantil*, trad., vol. I), después de haber mantenido la tesis unificadora, se retractó debido, dice, a su «frecuente participación en las reformas legislativas y, especialmente, en la del Código de Comercio»; encontrando, en efecto, que hay diferencias de método codificador; otras, derivadas de la índole cosmopolita del comercio, y características específicas en los títulos de crédito, en los «negocios a distancia» y en los «negocios en masa». No obstante, todavía estimaba que «aquella fusión es un deber de quien estudia y de quien enseña, un deber científico, didáctico, porque la ciencia y la escuela deben tender a construcciones unitarias», y también que es «un deber judicial, porque la Magistratura no puede cumplir su función social si no tiende hacia el equilibrio de los intereses y hacia la unidad de las reglas dictadas para su tutela». Ver VIVANTE: *La unidad del Derecho privado en materia de obligaciones*, trad.

Históricamente, el problema es bastante claro. Roma no tuvo Derecho mercantil ni lo necesitó (como reconoció el propio GOLDSCHMIDT, partidario de la separación). En la Edad Media, el hundimiento del régimen de Estado dió lugar a la autonomía de las corporaciones de mercaderes con sus estatutos y usos, y sus consules, que los aplicaban «sine strepitu et figura iudicii», o, como también se decía, «ex borro et aequo, sola veritate rei inspecta». Sobre estas bases se fué formando un Derecho autónomo, pero como él había otros muchos entonces. El

no de la contraposición es algo bien concreto y definido, que puede servir de sólido punto de partida para la definición, por contraste, del

Estado moderno emprendió su incorporación, como en las célebres *Ordenanzas* de COLBERT. Pero la revolución industrial y la ideología liberal confluyeron para convertirlo en el Derecho especial del capitalismo (Cfr. los artículos de CONDE y RUBIO en la *Revista de Derecho Mercantil*).

Defendieron la fusión en Italia INDELLI, ZANARDELLO, FIORE, VIVANTE, BOLAFFIO, NORSI, etc.; en Alemania, ENDEMANN, DERNBURG (críticos del «intolerable dualismo»); entre nosotros, COMAS, AZCÁRATE, SILVELA, UREÑA, BENITO, YADAROLAS, etcétera, y DURÉN BAS sostuvo su carácter excepcional y supletorio. En Alemania, LEHMAN reconoció este carácter al Código de Comercio después de la aparición del B. G. B. En casi todas partes se suprimieron los Tribunales de Comercio, lo que permitió la unificación de la Jurisprudencia; y respecto de Inglaterra, dice SCHMITH que «en la actualidad las costumbres comerciales se han incorporado al Derecho común». Finalmente, el espléndido *Codice civile* italiano de 1942 dió el ejemplo vivo de que la unificación es posible técnicamente.

Sostuvieron la autonomía VIDARI, SACCALDOTI, FRANCHI, FILOMUSI-GUELFI, SUPINO MANARA, GOLDSCHMIDT, GAREIS, PAPPENHEIM, COLIN, HECK, ROCCO, ALVAREZ DEL MANZANO, etc.; estimando que las dos grandes ramas del Derecho difieren: a) Por la *persona* (el Derecho mercantil clasifica en comerciantes y no comerciantes; establece una capacidad distinta; se extiende al menor y a la mujer casada); b) Por el *objeto* («las riquezas mobiliarias —decían PORTALIS y demás autores del *Code Napoléon*— son de la pertenencia del comercio; los inmuebles son del resorte de la ley civil), pues, como dice BLANCO CONSTANS, en uno predomina el crédito y en otro la propiedad; c) Por la *causa eficiente* (el fin de lucro diferencia fácilmente los actos mercantiles de los civiles); d) Por la *forma* (documentos sencillos, escritos, literales; libertad, celeridad y rigor en la ejecución, etcétera). Ver FRANCISCO BLANCO CONSTANS: *Estudios elementales de Derecho mercantil*, vol. I.

VIVANTE señalaba los siguientes «gravísimos daños de índole social y jurídica» que proceden de la dualidad: a) Supone una ventaja para la clase comerciante, en cuyo favor se ha legislado; «desde el nacimiento hasta la tumba, pasando por el cortejo bautismal, por la fiesta de bodas, por las celebraciones de los difuntos, es siempre el Código de Comercio quien gobierna ya el acto de la persona que contrata con una empresa mercantil». b) Da lugar a causas preliminares cuando (como en Francia) se conservan Tribunales especiales «para saber dónde y cómo puede ejercer el propio derecho». c) La facultad de declarar comerciales actos «análogos» puede exponer a graves trastornos (verbigracia, ser declarado en quiebra en vez del concurso). d) Dificultad de compaginar disposiciones sobre un mismo objeto. e) Debilidad científica del Derecho mercantil, que se separa de la teoría general de las obligaciones, mientras que, a su vez, el Derecho civil pierde «el hábito de la vida» y se reduce a la «busca microscópica del comentador».

En cualquier caso es evidente la gran unidad en las normas (que, además, están compiladas, sea en uno, sea en dos Códigos) que en la técnica jurídica, frente a la enorme variedad y carácter contradictorio a veces del Derecho público, no sólo de unos a otros países (de ordenamientos civiles y comerciales muy semejantes entre sí), sino dentro de un mismo ordenamiento.

Derecho público y, en concreto, del Derecho constitucional. Esto se ve de modo característico en problemas tales como las fuentes, la interpretación, etc., en los cuales normalmente los juspublicistas toman como dato la doctrina admitida en Derecho privado para señalar las diferencias.

B) *Las fuentes del Derecho constitucional actual*

Pasemos ahora al problema de las fuentes en Derecho constitucional con este mismo criterio admitido y que, en principio, nos permite dispensarnos de una *teoría general de las fuentes del Derecho* (261), respecto de cuyos aspectos filosófico, sociológico, histórico, ya hemos hecho algunas consideraciones. Pero sí es necesario que veamos, ante todo, cuál es la tipología de las fuentes de la aparición de nuevas normas jurídicas, en general, en los Estados contemporáneos.

Sobre este punto caben hoy pocas dudas. El intento de simplificar, de racionalizar las fuentes del Derecho y de reducirlas, en el límite, a una sola, la *ley*, ha fracasado estrepitosamente. Se ha limitado *por ley* la costumbre; se la ha prohibido y declarado nula, si es *contra legem*; se ha negado valor a la jurisprudencia de los Tribunales. Pero todo ha sido inútil. La realidad ha sido más fuerte que el dogma, y la fuerza de la ley, potenciada por todos los recursos del Estado moderno, no ha sido bastante para desplazar a otras fuentes más antiguas y también más sólidas. Y al final se vió cómo «el Estado moderno, que en un primer momento creyó poder sustituir a las varias fuentes del Estado antiguo con una única fuente, la ley, expresión de la voluntad general, debió admitir sucesivamente, al lado de las leyes, los reglamentos necesarios para su ejecución (262), los reglamen-

(261) Ver mis trabajos citados, «Estudio preliminar» al tomo VI, vol. II de la trad. de MOLINA, y «Sobre los usos del comercio» (Apéndice al propio volumen).

Cfr. la obra clásica de GÉNY y los estudios publicados en su honor (3 volúmenes, 1934); la obra colectiva publicada por el Institut International de Philosophie du Droit, *Le problème des sources*, París, 1934; ROSS: *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig, 1920; TOSCANO: *Le fonti del diritto nell ordinamento italiano*, 2 vols., 1940; PERGOLESÍ: *Saggi su le fonti normative*, Milán, 1943, y los discursos inaugurales de los Presidentes del Tribunal Supremo español DE DIEGO y CASTÁN.

(262) Y recuérdese, incidentalmente, la certera observación de ROMANONES: «Con un reglamento a mi gusto, convierto en ineficaz la ley que más me disguste» (*Breviario de política experimental*, pág. 99).

tos independientes, los decretos que excepcionalmente tienen fuerza de ley, las costumbres, los estatutos y otras normas propias de los organismos públicos menores, y concurren con los actos del Estado a la formación de su ordenamiento jurídico (263).

Por eso, aun en los países latinos la catalogación de las fuentes suele ser hoy muy matizada.

Zanobini admite:

1) La *ley formal*, distinguiendo —dentro del ordenamiento italiano republicano— la *ley constitucional* de la *ley ordinaria*, y la ley establecida por *procedimiento normal* de la que sigue un *procedimiento extraordinario* (el referéndum).

2) La *ley material*. Dentro de ésta distingue:

A) La emanada de órganos estatales; y

B) Las que emanan de otros entes (regiones autónomas, municipios, entes no territoriales).

En el grupo A) se incluyen los *Decretos legislativos* (dictados en virtud de delegación legislativa del Parlamento); los *Décretos-leyes* y los *Reglamentos* (que a su vez pueden ser «secundum legem», «praeter legem» y, teóricamente, en ningún caso «contra legem»).

Y en el grupo B) el autor destaca especialmente la *legislación regional* (Estatutos, leyes, reglamentos) (264).

D'Eufemia clasifica las fuentes (265) en *directas e indirectas*. Las primeras son la *Constitución* y la *costumbre* (constitucional). Son fuerzas indirectas los *tratados internacionales* y las *normas de las instituciones públicas* reconocidas por el Estado. Finalmente son pseudo-fuentes (es decir, que no reconoce como fuentes) la jurisprudencia y la doctrina, ni tampoco los principios generales del Derecho, la analogía, las reglas de corrección constitucional y la necesidad (266).

Santoni Ruigi clasifica las fuentes en: A) Escritas; B) No escritas; C) Impropias. En el grupo A) incluye la ley (subdividida en constitucional o primaria y ordinaria); el decreto-ley y el reglamento. Fuente no escrita (grupo B) es la costumbre. Finalmente, en el gru-

(263) Ver el excelente trabajo de ZANOBINI, «La jerarquía de las fuentes en el nuevo ordenamiento», en *Commentario sistematico*, cit., vol. I, págs. 47 y ss. (Cita a la pág. 47.)

(264) Ver *Commentario*, cit., I, págs. 50 y ss.

(265) Refiriéndose expresamente al Derecho constitucional.

(266) GIUSEPPE D'EUFEMIA: *Elementi di Diritto costituzionale*, 2.^a ed., Nápoles, 1950, págs. 10 y ss.

po C) se incluyen las llamadas fuentes indirectas (normas internas de instituciones públicas, concordatos y tratados internacionales), los usos políticos, la jurisprudencia (sea parlamentaria, gubernativa o judicial) y la interpretación doctrinal (267).

Biscaretti di Ruffia arranca también (268) de la distinción básica entre A) fuentes escritas, y B) fuentes no escritas. Entre las primeras distingue la Constitución; las otras leyes formalmente constitucionales; las leyes formales pura y simplemente (obra unas y otras de un Poder legislativo, constituyente u ordinario); los reglamentos; los decretos legislativos (dentro de los cuales se incluyen las leyes delegadas) y las ordenanzas de necesidad (entre ellas, los decretos-leyes). Aparte de estas fuentes escritas, obra del Poder ejecutivo, hay todavía casos excepcionales de que tales normas puedan ser dictadas por el poder judicial.

Frente a la «multiforme y abundante variedad de las normas que derivan de estas fuentes escritas», subsisten «algunas fuentes no escritas» (269). Son éstas: la costumbre, los principios generales o fundamentales del «ordenamiento estatal» y la necesidad. La costumbre, a su vez, puede ser interpretativa («secundum legem»), introductiva («praeter legem») o derogatoria («contra legem»), que, a su vez, puede ser simple desuso o costumbre contradictoria.

Finalmente hay fuentes indirectas: a) Los tratados y concordatos; b) En virtud de las normas de colisión del Derecho internacional privado, los ordenamientos estatales extranjeros; c) El ordenamiento eclesiástico, en determinados casos. En estos casos surgen los problemas característicos de la conexión y colisión entre ordenamientos de orden diverso (presuposición, reenvío formal, reenvío recepción, etc.) (270). Finalmente son fuentes meramente aparentes: la doctrina (271), las sentencias judiciales (272), los antecedentes histó-

(267) MARIO SANTONI RUGI: *Il nuovo Diritto costituzionale italiano*, Roma, 1948, págs. 12 y ss.

(268) Previa la distinción obvia entre fuentes de producción, de las fuentes de conocimiento (Códigos, textos legislativos, medios de prueba de las costumbres, etcétera). Cfr. *Diritto costituzionale*, I, págs. 100 y ss.

(269) BISCARETTI DI RUFFIA: I, pág. 102.

(270) Cfr. BISCARETTI, op. cit., págs. 110-112.

(271) Sin negar que lo haya sido en otras épocas; pág. 112.

(272) Pero la Magistratura del Lavoro tuvo, en la época fascista, capacidad normativa. (Ib.)

ricos en instituciones extranjeras, la corrección constitucional (273), etcétera.

García Pelayo entiende que las fuentes giran, en todos los ordenamientos, en torno a los tres pilares clásicos, de la *ley escrita*, la *costumbre* y las *decisiones judiciales*. Pero que «la estructura y el valor relativo de las fuentes es variable de país a país, por lo que es preferible renunciar a establecer una teoría general de las fuentes» y remitirse al análisis de cada ordenamiento en particular (274). Pero, en realidad, lo notable es cómo, a pesar de las diferencias formales de descripción y de jerarquía de las fuentes en los diversos ordenamientos, se observa una gran coincidencia en una serie de puntos.

La mayor discrepancia está, por supuesto, en los países de *common law* (275) respecto a los de tradición romanista. En Inglaterra, Jennings encuentra las siguientes cuatro fuentes básicas: 1. La legislación («legislation», «statute law»); 2. el «case law» deducido de las sentencias judiciales (276); 3. El derecho parlamentario («the law and custom of Parliament»); 4. Las «convenciones constitucionales» en el sentido de Dicey («constitutional conventions») (277).

(273) Salvo como presupuesto o *standard*, como lo son en Derecho privado las «buenas costumbres», la «buena fe», el «buen padre de familia», etc. (pág. 113).

(274) *Derecho constitucional comparado*, pág. 106.

(275) No es este el momento de reiterar la historia y características del sistema de «common law» o «case law» (que hoy integra el «common law» *stricto sensu* y la «equity»). En efecto, «common law» en sentido estricto, y para el jurista, es el Derecho nacido en la Edad Media de la jurisprudencia de los Tribunales de Derecho consuetudinario, opuesto a la equidad de origen exterior, mientras la «equity» procede de la «Court of Chancery» o «Court of Equity»; es decir, no de los Tribunales ambulantes, sino del Tribunal del Lord Canciller. Pero desde 1873 se unificaron los Tribunales, y aunque la doctrina sigue siendo autónoma y todavía en 1925 la Suprema Court of Judicature concedió preferencia a la «equity» sobre la «common law», bien se puede decir que forman un solo sistema. Se admite, sin embargo, que la Chancery Division suele fallar según la «Equity», y la King's Bench Division según el «common law».

En ambos, sin embargo, el principio es el mismo: rigen los «precedentes», toda sentencia es «rule» para los casos idénticos en los Tribunales de la misma categoría. Por eso dice un refrán inglés que si un médico comete un error, procura taparlo para que nadie se entere; pero si lo comete un juez, se convierte en ley para todo el país. Ver JENKS: *El Derecho inglés*, trad.; ARTHUR CURRI: *Manual de Derecho mercantil inglés*, trad.

(276) Como dice DICEY, «los principios generales de la Constitución son, para nosotros, el resultado de decisiones judiciales que determinan los derechos de los particulares en casos concretos planteados ante los Tribunales».

(277) JENNINGS: *The law of the Constitution*, pág. 65.

Wade y Phillips consideran que «los medios de dar expresión y fuerza al Derecho» (278), en Derecho constitucional inglés son: A) *Las reglas de Derecho*, a saber: a), la legislación; b), los precedentes judiciales; c), la costumbre. B) *Las reglas convencionales*, «sancionadas por la opinión pública y quizá, indirectamente, por la ley propiamente dicha»; y C) *Las reglas doctrinales* («advisory»), es decir, las «opiniones de los escritores de autoridad».

Por lo que se refiere a Estados Unidos, Harold J. Zink estima que las fuentes son éstas: 1. La Constitución federal de 1787; 2. Las veintidós enmiendas a la misma aprobadas hasta la fecha; 3. La interpretación de la Constitución y sus enmiendas por el Tribunal Supremo; 4. Las leyes aprobadas por el Congreso en aplicación de las mismas; 5. Los usos y costumbres nacidos en torno a las instituciones (279).

Se observan, pues, líneas generales comunes; pero con una importancia mucho mayor de la *jurisprudencia* (a la que hemos visto que muchos niegan poder normativo en los países latinos) (280) y un énfasis mucho mayor sobre lo que Stuart Mill llamaba «the unwritten maxims of the Constitution»; Anson, «the custom of the Constitution», y en Norteamérica propende a ser designado con la expresión de Horrwil, «usos de la Constitución». Por otra parte (en el caso de Inglaterra con mayor claridad, por la ausencia de una Constitución escrita) se propende a distinguir el «Derecho constitucional», es decir, el Derecho que aplican los Tribunales en materia constitucional, de la «Constitución» propiamente dicha, que es de suyo imposible de someter a los Tribunales.

La distinción tiene, propablemente, un valor circunstancial y está muy vinculada a una situación de hecho típica del sistema inglés (281);

(278) *Constitutional Law*, pág. 4.

(279) ZINK: *Government and Politics in the U. S.*, pág. 25.

(280) En 1932 se calculaba que al lado de un número impresionante de leyes vigentes había un millón y medio de sentencias alegables como precedentes, y que su volumen aumentaba a un ritmo de unas 170.000 páginas anuales.

(281) Los Tribunales ingleses, a pesar de la doctrina de COKE, no ejercen un control judicial de la *juridicidad de las leyes*, y, por tanto, la soberanía del Parlamento (que, eso sí, en cierto sentido es también un Tribunal) su función acampa a extramuros de la política.

No ocurre así en los Estados Unidos; pero, sin embargo, el «constitutional law» es allí también solamente una pequeña parte del total de los problemas jurídicos de la Constitución. En su mayoría, los «cases» se refieren a cuestiones de Derecho interfederal o de derechos individuales y sus garantías. Cfr. los periódicos

pero ha venido a arrojar un potente foco de luz sobre el problema de las fuentes en Derecho constitucional. En efecto, una cosa es el «rule of law» (282), que puede ser garantizado por los Tribunales, pero que en definitiva es un derecho constitucional de segundo grado, que presupone la Constitución propiamente dicha y sus garantías *políticas* (283). Y ésta, como se ve muy claro en el caso inglés, reposa mucho más que en normas de Derecho escrito, en otras de índole más difícil, pero no menos eficaz, que se ha venido en llamar *convenciones*. Estas, como observa Jennings, «no son mera *política*, salvo en el sentido en que todo Derecho y todo Gobierno son *política*. Son reglas cuya naturaleza no difiere de modo fundamental del Derecho positivo de Inglaterra» (284). Lo que ocurre es que se reconoce expresamente que su *administración* y, en su caso, *imposición* o *ejecución*, no corresponde a los Tribunales, sino al Parlamento, al Gabinete, al cuerpo electoral, a la opinión pública, etc., según los casos (285). De este modo las convenciones cumplen dos funciones: en primer lugar permiten que una armazón legal rígida —y todas las leyes tienden a la rigidez— sea mantenida al ritmo de las necesidades sociales y de las ideas políticas cambiantes»; y por otra parte.

cos resúmenes informativos que da la APSA; y LAMBERT: «Quatre anses d'exercice du contrôle de la Constitutionnalité par la Cour Suprême des États Unis», en *Mélanges Hauriou*, 1929.

(282) El cual «no es un producto capaz de exportación. Como el buen vino, no viaja» (JENNINGS, op. cit., pág. 45).

(283) JENNINGS entiende que DICEY empuqueñeció la idea del «rule of law», empeñándose en ver el Derecho constitucional como reducido a los individuos y a sus derechos; y en no reconocer la existencia de *poderes* dotados de amplios poderes discrecionales que, en el caso del Parlamento, llegan a ser (teóricamente) ilimitados. Por eso, así entendido, el principio, en definitiva, puede «resultar más bien un caballo sin domar» (pág. 59).

(284) JENNINGS: Op. cit., pág. 73.

(285) Como lo revela el ejemplo norteamericano, un Estado en el que se pudiera apelar de las decisiones políticas a los Tribunales, no sería un «Estado de Derecho», sino un «Gobierno de los Jueces». Al final topamos siempre con la soberanía, con una *decisión final* y que siempre la adoptan *hombres*. Es decir, que, al final, el Estado es el Estado: «el Estado hace todo lo que quiere; pero lo que es exacto es la distinción de órganos y de funciones, en la cual... la declaración judicial de inconstitucionalidad, sea por violación de las formas, sea por la incompetencia de los órganos para emanar dichas normas» (ARANGIO-RUIZ: «In torno al sindacato giudiziario sulle leggi», en *Studi in onore Ranalletti*, págs. 15 y siguientes).

«permiten a los hombres que gobiernan hacer que la maquinaria funcione» (286).

Las convenciones, por supuesto, existen en todas las Constituciones (287), aun en las más rígidas aparentemente (288). Son el primer momento de lo que Jellinek llamaba «la fuerza normativa de lo práctico», relacionada en este caso con el hecho indudable de que el poder tiende a buscar sus límites sobre la base de un equilibrio efectivo y no jurídico (289). La distinción entre «lo político» y «lo jurídico» (290) responde en el fondo a esta idea. Pero no se trata del Derecho y de las «tinieblas de afuera», sino de grados distintos de normación y de normalización.

Convenciones y costumbres (que son convenciones *inveteradas* y en las que se va creando «*opinio iuris vel necessitatis*») forman la base consuetudinaria del Derecho y del Estado (291). Es claro que en ellas hay los llamados elementos característicos del Derecho, en cuanto

(286) JENNINGS: Op. cit., págs. 97-99.

(287) Como dice Sir WILLIAM HOLDSWORTH, «las convenciones pueden surgir en todo momento y en cualquier lugar en que los poderes del gobierno estén investidos en diferentes personas o cuerpos, o en otros términos, dondequiera que haya una Constitución mixta».

(288) En los Estados Unidos las convenciones existen. Las relaciones entre la Presidencia y el Tribunal Supremo se contienen sobre esta base, después de medir las fuerzas en la época del «New Deal».

(289) Como decía GEORGE MEYER, «la facultad de hacer uso del poder del Estado no está condicionada por su adquisición jurídica, sino únicamente por la posesión efectiva del mismo». Nadie le *ha dado* sus poderes al Gabinete, pero los *tiene*.

En todos los países, materias tan importantes como los «actos de gobierno», el «derecho de gracia», los «poderes extraordinarios», etc., reposan sobre convenciones de este tipo.

(290) Ver GROS: *Survivance de la raison d'État*, París, 1932; y en particular, *The doctrine of political questions* (en Estados Unidos), págs. 339 y ss.

(291) En este sentido, aun en el plano del Derecho positivo, carece totalmente de importancia la «vexata quaestio» de las relaciones de prioridad entre Estado y Derecho, que recuerda la también «cause célèbre» del huevo y la gallina. Cuando WUNDT dice que «el derecho tiene que ser posterior al Estado», y IHERING que «el Estado es la única fuente del Derecho», o PAULSEN, que «sólo en el Estado y por medio del Estado hay Derecho», se olvida que «el Derecho es en su origen esencialmente consuetudinario» (SAVIGNY), y que lo mismo le ocurre al Estado. Tampoco se puede decir que el Derecho es anterior (MAINE, FUSTEL DE COULANCES, POST, MORCAN). Prescindiendo de la coexistencia de otros ordenamientos, es evidente que el del Estado va surgiendo con él mismo. El Estado, como dice DEL VECCHIO, es «el sujeto de la voluntad que pone (impone) un ordenamiento jurídico» (*El Estado nuevo*, 1939).

éste se distingue de otras formas del control social (292). Los romanos pensaban que las *acciones* eran una prueba tan buena de la intención y *voluntad* como las palabras (293). Sea cualquiera la idea que tengamos respecto a la famosa «conciencia jurídica» de la Escuela histórica, que todavía para Gierke (294) era la fuente última del Derecho, es evidente que a este proceso de institucionalización, en parte consciente, en parte automático, que se va potenciando con una serie de «multiplicadores» sociales, se debe la formación de las Constituciones, de los ordenamientos jurídicos y de los Estados.

A partir de cierto momento, la escritura, la imprenta, los rápidos medios de comunicación, la difusión de la educación, etc., promueven la racionalización y la sistematización. Aparece la *ley*; es decir, la costumbre definida y garantizada, no dejada su interpretación a un colegio de sacerdotes y a una aristocracia; la costumbre pactada y puesta en tablas («reipublicae sponsio»). La mayoría de estas leyes serían hoy llamadas leyes *constitucionales* o *fundamentales*: marcan puntos en el equilibrio social y político, normalmente iniciados ya por convención y que luego dan lugar a otras, y así sucesivamente.

El Estado moderno organizó bien pronto, como la ciudad antigua, su *legalidad*. Hizo escribir y compilar las costumbres y los fueros;

(292) Nadie confunde la *convención* de que el Gabinete dimita cuando recibe una votación adversa en los Comunes con una medida de *etiqueta* («Etiqueta es la barrera que la sociedad traza en derredor suyo como una protección contra ofensas que el Derecho no puede tocar; un escudo contra la intrusión del impertinente, del importuno y del vulgar; una guardia contra aquellas personas obtusas que, no teniendo talento ni delicadeza, estaría inmiscuyéndose constantemente en la sociedad de otras personas a las que su presencia —por diferencia de sentimientos o de hábito— puede resultar molesta e incluso insoportable.» Ver *Heints on etiquette and the usages of society*, Londres, 1834, reed., 1947.)

(293) «Inveterata consuetudo pro lege non inmerito custoditur, et hoc es ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod indicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?» (D. I, 1, 3, 32, I.)

(294) «La última fuente de todo derecho continúa siendo la conciencia colectiva de cada existencia social» (*Grundbegriffe*, pág. 103); que viene a ser la misma afirmación de PUCHTA: «El derecho humano presupone, como su fuente, una conciencia común.»

A su vez, la «esencia del Derecho consiste —dice GIERKE— en que afirma y delimita el poder de voluntad exterior en el seno de una comunidad humana» (*Grundbegriffe*, pág. 102).

procuró sistematizarlos y unificarlos (295) y, por encima de ellos, quiso poner un Derecho superior; racional, escrito, firme (296). Aquí surgió el caballo de batalla de la *soberanía*: el Rey (o sea el Estado) como capaz de *hacer* y *deshacer* la ley y, por tanto, no sometido a ella. Es decir, que la ley es, como dice Bodino, «inflexibilis norma»; pero el magistrado es «la ley que vive y que muere». Hay dos clases de imperio: «alterum quidem *summum*, legibus ac magistratum imperio solutum, alterum legitimum, quod legibus obligatur». Esta es la gran antinomia del Estado moderno: que quiere normas racionales (297) y estables, pero que se reserva el derecho de cambiarlas. La tensión entre ambas fuerzas llevó al intento de distinguir entre leyes *fundamentales* o *constitucionales* y leyes *ordinarias*; y, por otra parte, al deseo de asociar a la confección, incluso de éstas, organismos e instituciones de consejo y deliberación (298).

(295) A partir del siglo XIII, este proceso está en marcha en las principales Monarquías. Inglaterra, por la conquista normanda, lo logró antes con su «common law». El «Fuero Real» de Alfonso X apunta a este aspecto del intento.

(296) El «Ordenamiento» de Montalvo y las Leyes de Toro, y luego la «Nueva Recopilación» y la «Recopilación de Indias» son buen ejemplo de ello en la Monarquía española.

Pero el intento venía de más atrás. El Rey Sabio definió bien su «Código de la Siete Partidas»: «estas razones en que se muestran todas las cosas cumplidamente según son, e el entendimiento que han son llamadas leyes.» Se trata de una «ratio scripta» superior a la costumbre: «estas leyes son establecimientos porque los hombres sepan vivir bien e ordenadamente según el placer de Dios: e otrosí según conviene a la buena vida de este mundo e a guardar la fe de Nuestro Señor Jesucristo cumplidamente así como ella es. Otrosí como vivan los omes unos con otros en derecho e en justicia» (I, 1, 1). En efecto, «ley tanto quiere decir como leyenda en que yace enseñamiento e castigo escrito que liga e apremia la vida del hombre, que no haga mal, e muestra e enseña el bien que el hombre debe hacer e usar: e otrosí es dicha ley: porque todos los mandamientos de ella deben ser leales, e derechos e cumplidos según Dios e según justicia» (I 1, 4). Pero ya aparece un anticipo del «princeps legibus solutus»: «Otrosí decimos que está bien al facedor de las leyes en querer vivir según las leyes, como quier que por premia non sea tenuto de lo facer» (I, 1, 15).

(297) En general, la ley se sigue definiendo como norma *racional* y *moral*. Así, dice ALTUSIO que es «faciendorum et omittendorum regula, singulis et universis regni membris ad iustae vitae et consociationis universalis conservationem praescripta». Y GROCIO la define como «regula actuum moralium obligans ad id quod rectum». Pero la secularización avanza y con ella el voluntarismo decisionista, que lleva al principio «authoritas non ratio facit legem». HOBBS dirá pronto en *De Cive*: «leges civiles... nihil aliud sunt, quam qui in civitate sum a potestate praeditus est, de civium futuris actionibus mandata.»

(298) En el Continente predominan los Consejos y los Tribunales; en In-

Entretanto, el Estado moderno dió especial importancia a otras formas menores de creación de normas jurídicas. Ya Bodino distingue la *lex* del *iudicium* y el *decretum*. Pero hasta finales del siglo XVIII (299) no se precisa la distinción entre la *ley formal* (expresión de la voluntad general, obra del poder *legislativo*) y las *disposiciones menores* que, en principio, son obra del poder *ejecutivo* (300), que se mueve para dictarlas dentro de muy estrechos límites.

Pero a lo largo del siglo XIX se vió que la teoría era muy frágil en su choque con la realidad. «Ley» y «medida» se han hecho sinónimas a partir de 1848; y la «legalidad es hoy solamente un modo funcional de la burocracia estatal» (301). Ya Duguit señaló crudamente que la ley era la expresión, no de la voluntad general, sino simplemente de la muy circunstancial de 350 diputados y 200 senadores. El decreto invadió las zonas teóricamente reservadas a la ley; las delegaciones legislativas se hicieron frecuentes; la época de la planificación trajo consigo nuevos tipos de reglamentación. En definitiva, la jerarquía de las normas se ha roto un poco en todas partes.

La posibilidad, pues, de trazar una clasificación general de las fuentes del Derecho constitucional es remota. Los actuales regímenes a veces tienen a la cabeza de su ordenamiento un Código constitucio-

glaterra, el Parlamento. Pero la decadencia de las representaciones estamentales fué lamentada en toda Europa. Así, dice nuestro P. MARIANA: «Hoc maiores nostri providentis viriprudentes periculum, ut Reges continerent intra modestiae et medioeritatis fines, ne se nimia potestate eferrent, unde publica perniciēs existeret, multa sapientes sanxerunt atque praeclare. In his quam prudentes quod nihil maiores rei sine voluntate procerum et populi sanctum esse voluerunt; coque consilio delectus ex omnibus ordinibus ad conventus regni, Pontifices total dititione, proccedes et procuratorum civitatum evocare moris erat» (*De rege*).

(299) JELLINEK cree que fué ROUSSEAU el que realizó el «primer intento de cedido y que hace época, a través de la definición de la esencia material de la ley, para deslindar el campo de la legislación del de la administración»; es decir, para distinguir la ley de las disposiciones administrativas (*Gesetz und Verordnung*, Tubinga, 1919, pág. 51).

(300) Aunque el ejemplo inglés era terminante, tardó en abrirse paso en la teoría una interpretación razonable del mal llamado ejecutivo, que había de ser desarrollada por los doctrinarios. Su antecesor fué CLERMONT-TONNERRE, que vió claro que «hay en el poder monárquico dos poderes distintos, el poder ejecutivo, investido de prerrogativas positivas, y el poder real, que se sostiene sobre recuerdos y tradiciones religiosas», y que, por otra parte, advertía: «no confundió el poder ejecutivo con el gobierno. El poder ejecutivo es todo acción, el gobierno es todo pensamiento; éste admite la deliberación, aquél la excluye en todos los grados de su escala».

(301) SCHMITT: *Der Nomos der Erde*, pág. 41.

nal (302), como ocurre en Estados Unidos, en Francia o en Italia; y a veces no, como ocurre en Inglaterra o en España. Puede en este caso suceder que la mayor parte de las materias constitucionales estén de hecho confiadas a la convención y a la costumbre, como en Inglaterra, o bien que haya un grupo de «leyes fundamentales» dotadas de cierta rigidez, como en España (303).

En los países con un Código constitucional puede o no haber fuera de él algunas leyes llamadas «constitucionales», «fundamentales» u «orgánicas», del mismo o parecido rango que la Constitución propiamente dicha (304). Y puede haber leyes de este tipo en sentido *material*, aunque formalmente no estén reconocidas como tales (305).

Por supuesto, puede ocurrir en todos los casos dichos que las instituciones esenciales del régimen no estén bien reflejadas en sus Códigos y leyes constitucionales, e incluso que sean totalmente contradictorias la letra con la realidad (306).

Después viene un complejo sistema de legislación escrita, de muy diverso origen, que debe ser jerarquizada en cada ordenamiento en función de lo previsto en el sistema de delegaciones de poderes normativos ordinarios y extraordinarios, etc. Se encuentran fuentes principales y complementarias, directas e indirectas, internas y externas, etcétera, cuyo conocimiento y aplicación es en todas partes la compleja y difícil misión de la ciencia jurídica (307).

(302) A su vez, los hay muy amplios, que regulan gran número de materias o tan breves como las leyes constitucionales francesas de 1875, etc. Los hay que incluyen una parte dogmática o no, etc.

(303) Lo cual no quiere decir que sean las únicas, como ocurre en España.

(304) Tal es el caso, verbigracia, de Nicaragua, donde la propia Asamblea Constituyente que aprobó la Constitución vigente de 1 de noviembre de 1950, estableció una ley de Amparo (de noviembre) y una ley marcial (24 de octubre) con el mismo rango.

Ver ANTONIO FERRACIU: «Norme e riforme costituzionali in Italia (a proposito del nuovo concetto di legge costituzionale)», en *Studi in onore Ranalletti*, páginas 393 y ss. (Lo constitucional es toda «norma jurídica superior a la ley», página 438.)

(305) Es el caso indicado de España, donde es evidente que son fundamentales las leyes de 1938 y 1939 sobre facultades del Jefe del Estado, sin serlo formalmente en la enumeración que hace la ley de Sucesión.

(306) Casó típico el de Rusia, aunque no es el único.

(307) Cada vez más complicada por el crecimiento fabuloso del número y volumen de los ordenamientos; sobre todo por el desarrollo del corporativismo al servicio del Estado planificador.

Tema delicado es el entrecruzamiento del ordenamiento nacional con el inter-

Finalmente estas normas escritas, las costumbres, las convenciones, los «standards», los «principia media» sobre los que gira la estructura social, las corrientes de opinión, etc., son vertidas en *resoluciones* por los órganos de gobierno y de administración por los Tribunales y por otras instituciones que, en principio, crean también Derecho y precedentes para ulteriores creaciones de Derecho. Y todo ello en un proceso continuo en el que un juez (Coke y Marshall) o un ministro o un profesor u otras personas pueden, directa o indirectamente, perfeccionar («secundum», «praeter», contra) la propia Constitución (308).

MANUEL FRAGA IRIBARNE

nacional, a través no solamente de las organizaciones internacionales, muchas de las cuales (en materia de asistencia técnica, de educación, de emigración, etcétera) operan ya, con estatuto internacional, dentro de los Estados y de modo directo, sino de los acuerdos con grandes potencias para cesión de bases, cooperación económica y militar, etc.

A su vez, FICHTE pensaba que, mientras los pueblos no tengan una Constitución *justa*, no es posible el orden internacional que sólo puede ser una «federación de Estados justos».

(308) Para esto, claro es, hace falta *tiempo* (pues el tiempo no respeta lo que se ha hecho sin él) y *reiteración*.

Como dice CELSO, «ex his quae forte uno aliquo caso accidere possunt, iura non constituuntur. Nam ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter et facile, quam quae terraro eveniunt».