



ESCUELA DE DERECHO

La Democracia como Forma de
Gobierno es Mitología Constitucional

TESIS PROFESIONAL

JOSE ORTIZ ARANA

QUERETARO, QRO.

1967

U.A.Q. ESCUELA DE DERECHO



**La Democracia como Forma de
Gobierno es Mitología Constitucional**

T E S I S

que para obtener el Título de

LICENCIADO EN DERECHO

presenta

JOSE ORTIZ ARANA

BIBLIOTECA



CENTRO DE
INVESTIGACION

QUERETARO, QRO.

1967.



00077

D342.72

P770

U.S. GOVERNMENT PRINTING OFFICE

to determine the amount of
the interest on the loan

THE 1917

of the United States

VICTOR G. ...

1917 ...

U.S. GOVERNMENT PRINTING OFFICE

A MI MADRE

Luchadora incansable por superar el destino; de ella he aprendido a amar al hombre y a sentir su grandeza y míseria como parte de mi ser.

A MIS HERMANOS

El Triunfo de uno es felicidad de todos; la derrota
de uno es fracaso de todos.

A LA ESCUELA DE DERECHO

Con amor y dolor: amor, por su sola existencia,
dolor, porque no es lo que quisiera que fuera.

PROLOGO

TENGO la desgracia de pertenecer a una generación que no sabe mentir para buscar posturas acomodaticias; despreciamos el camino fácil, somos tercos en nuestras convicciones, porque comprendemos la enorme tragedia que en lo biológico es la temporalidad, por ello - buscamos la trascendencia en la honradez intelectual, que sólo se realiza en plenitud si procedemos en forma sincera, afrontando con responsabilidad y conciencia de nuestro tiempo los problemas del - hombre contemporáneo. Siento y vivo la tan manoseada frase de la - crisis de nuestro siglo mi ser todo se ha estremecido al escuchar las voces que llevan el mensaje del Humanismo trágico: La decadencia del hombre, el sin sentido de nuestra vida; todas estas ideas no influyen en la voluntad de mi generación, sino sólo para afirmar el diagnóstico de nuestro tiempo como una etapa de transición, provocada por la crítica al hombre y a su mundo forjados por la -- cultura tradicional. Creo firmemente que a este período transitorio seguirá un gran renacimiento en el cual el hombre construirá - su destino sobre bases incommovibles por muchos siglos, que lo proyecten en todas sus dimensiones y posibilidades, dentro de un marco de grandeza espiritual y de superación material.

La razón de todas estas consideraciones no obedece a tendencias oratorias, sino a el título de mi tesis: " La Democracia como Forma de Gobierno es Mitología Constitucional". El Derecho como ciencia del espíritu forma parte del todo cultural, de tal manera que, haciendo una acotación óptica de la cultura, el Derecho y a mayor abundamiento la rama Constitucional, es vida humana viviente, es decir, conducta. Por lo tanto, las convulsiones y direcciones de la nave de la cultura ha determinado variaciones de esencia en la ciencia del Derecho, o mas precisamente en la ciencia del Derecho Constitucional.

El estudiante, el abogado, el jurista, que quiera entender a la sociedad, al estado, y al derecho, tiene, quíralo o no, que conocer y sentir la problemática del mundo contemporáneo, único camino para luchar en la búsqueda de la felicidad del hombre que se ha forjado en el péndulo histórico del siglo XX.

I N T R O D U C C I O N

Mi trabajo de tesis profesional obedece a un impulso que no he podido resistir: tratar el Derecho Constitucional con sentido crítico auténtico, analizando el acervo doctrinario clásico, señalando las razones — que lo han aniquilado, que lo han hecho mitología constitucional; pero a la vez, proyectar las aportaciones que dan las características y el perfil al nuevo Derecho Constitucional.

Deseo con toda sinceridad exponer una visión del Derecho Constitucional que le dé juventud y vitalidad a la más preciosa rama del Derecho, prematuramente envejecida por cerebros momificados y románticos, que — afirmando el pasado condenan sin oír, al presente, y a sus generaciones

Criticar el Constitucionalismo clásico, pero a la vez exponer doctrinas constructivas que dan otro contenido, sentido y finalidad a la estructura y dinámica del estado de Derecho en el momento actual, son — las razones que me impulsaron a escoger como tema de mi tesis: "La Democracia como Forma de Gobierno es Mitología Constitucional".

Analizaré en primer lugar, ideas y conceptos constitucionales de extensión doctrinaria general, para posteriormente, con esta directriz, abordar el tema de mi tesis.

CAPITULO I

INTRODUCCION AL DERECHO CONSTITUCIONAL

A).- DERECHO CONSTITUCIONAL.- Concepto.

Cuando nos situamos en la ciencia del Derecho en general, y en particular en la rama Constitucional, debemos invariablemente estudiarla y exponerla teniendo en consideración su ubicación tridimensional, como primera regla de método o camino: Primero, la normatividad, segundo el orden de la realidad existencial, tercero el orden axiológico de la justicia. El sistema normativo nos coloca frente a la constitución escrita, o consuetudinaria, que conceptualiza, que describe determinada conducta(1), fundando todo ello en una doble motivación: Primero el mando; segundo el espíritu de convivencia. El orden existencial se integra por conducta, por actos humanos, por formas de obrar. No ya fórmulas normativas, sino hechos. En cierta forma todas estas ideas son análogas al planteamiento de Werner Woldschmidt (2) al hablar de los repartos en el estado y sostener que las personas en el poder reparten conductas en diversos y múltiples sentidos, unas veces imponiendo cargas, u otras reconociendo derechos a los beneficiarios o destinatarios de la actividad de aquellos. Por último el orden de la justicia o criterio valorativo de los otros dos órdenes, es la pauta para enjuiciar lo justo o injusto de la normatividad y de las conductas, es la tercera dimensión en las proyecciones y posibilidades del Derecho.

(1) Werner Woldschmidt, Introducción al Derecho.

(2) Werner Woldschmidt, La Ciencia de la Justicia.

B).- **NORMAS, CONDUCTAS Y CRITERIOS DE VALOR COMPRENDIDOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL.**

El Derecho Constitucional procura organizar al Estado. Como ordenamiento básico y fundamental es un instrumento de gobierno, en cuanto permite al estado ejercitar sus competencias; el primer reparte, siguiendo a Woldschmidt, es de competencias, sostiene Manuel Garofa Pelayo (3). Y para lograr dicho reparte, es indispensable establecer principios normativos fundamentales: primero la organización del estado con base competencial; segundo razones y argumentaciones de naturaleza política: fines próximos y remotos que orientan y dan contenido a la conducta de los repartidores; cuarto forma de estado, y de gobierno, que define la estructura y características fundamentales del poder; quinto relación o status jurídico de los repartidores y beneficiarios.

De lo dicho hasta aquí, puedo afirmar que el Derecho Constitucional no sólo organiza al estado, sino establece e implanta conductas al definir y encuadrar en supuestos generales las relaciones jurídicas entre los gobernantes y gobernados, que modelan e imprimen rasgos característicos a la vida cotidiana de los estados.

Un enfoque parcial me conduce a sostener que el Derecho Constitucional trata única y exclusivamente a las constituciones de los estados en su aspecto formal, (escritas y codificadas). Sin embargo, Mirkin Guetzevish afirma con sobrada razón, que gran parte de la vida política de los estados desborda el restringido concepto de constitución en sentido formal (4), para dar nacimiento a vigencias constitucionales, al margen o aún en contra de las normas codificadas en el documento jurídico-político.

(3) Manuel Garofa Pelayo, Derecho Constitucional Comparado.

(4) Mirkin Guetzevish, Modernas Tendencias del Derecho Constitucional.

Todo estudio sobre Derecho Constitucional debe realizarse agotando sus tres dimensiones, para evitar caer en imperfecciones o parcialidades que deformen o resten valor científico a la más importante rama del Derecho. Debemos estudiar, analizar y criticar el sistema normativo, para tener una noción histórica y conocer la positividad del poder jurídico fundamental; también debemos abordar la práctica constitucional por dos razones fundamentales: primera, conocer la efectividad, con objeto de llevar a la técnica jurídica problemas y tensiones que viven en la sociedad; segunda evitar los frecuentes divorcios entre la normatividad y la realidad, puesto que, al existir el fenómeno de la desconstitucionalización se crea en la realidad una constitución paralela, diferente y opuesta a la escrita. Y por fin no podemos echar de lado los criterios de la justicia para valorar el orden normativo y el orden de la realidad, so pena de incurrir en la apostasía del positivismo y de atreír los ideales de reivindicación, de progreso y de perfección.

UBICACION DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURIDICO ESTATAL.

El estado no es un hecho de fuerza desprovisto de juridicidad. Las teorías de la autelimitación, y las que niegan la prelación del Derecho con respecto al estado, coinciden en afirmar la tesis de que el estado es una fuerza con la cualidad fundamental de la juridicidad.

El Derecho Constitucional tiene por naturaleza el fin de organizar al estado, evitando la anarquía. Es por ello por lo que yo sostengo que un estado por el sólo hecho de existir pone de manifiesto un mínimo de justicia. No importa que su constitución defienda postulados no valiosos; no obstante que desconosca los derechos del pueblo, autérice leyes injustas, sirva al despotismo del monarca. Es justa por el sólo hecho de organizar al estado, darle existencia, y evitar la anarquía, no importando la manera de hacerlo o los procedimientos que ella implante. El Derecho Constitucional siempre imprime

al estado un mínimo de justicia.

El Derecho Constitucional es además, en aguda frase de Kelsen el fundamento de todo el derecho restante, o como dice Sánchez Agesta, la base en que descansa el restante ordenamiento jurídico. Acepto y defiendo la imagen de la pirámide jurídica, y consecuentemente la gradación jerárquica. Es elocuente y exacta la afirmación de Balladore Pallieri al sostener que el Derecho Constitucional - suministra el fundamento de todas las otras disciplinas jurídicas internas. ¿ Qué significa que la constitución es fundamento? Lassalle contesta diciendo que la constitución es fundamento porque hace que todo el ordenamiento jurídico exista y tenga determinadas y peculiares características; la constitución es fundamento porque engendra y activa a todo el orden jurídico del estado(6).

Volviendo un poco a nuestra afirmación de que el Derecho Constitucional implica siempre un mínimo de justicia, repetiremos con - Santi Romano que cualquiera sea el gobierno de un estado y el juicio que nós merezca, no puede dejar de tener una constitución, y ésta no puede ser sino jurídica. Por eso, el Derecho Constitucional juridiza el ejercicio del poder del estado, en cuanto lo hace actuar de acuerdo a normas jurídicas; y por eso estoy de acuerdo - con Adolfo Posada: el Derecho Constitucional es el sistema de condiciones que hacen del estado, un estado jurídico, o sea, un estado que se acomoda al derecho(7).

Dentro del orden estatal el Derecho Constitucional, matiza, definiendo, las peculiaridades del estado que lo hacen ser de una manera especial y no de ninguna otra. A través de la constitución y su realización por la autoridad humana, el estado adquiere un enorme contenido político y social. Esta afirmación resulta de gran valor

(5) Balladore Pallieri, Derecho Constitucional.

(6) Fernando Lassalle, ¿ Qué es una constitución?

(7) Adolfo Posada, Tratado de Derecho Político.

per llevarme a una verdad innegable: jamás podré estar de acuerdo con la construcción jurídica pura de Hans Kelsen que nos lleva a suprimir el dato político del Derecho Constitucional. Eliminar del Derecho Constitucional a la vida política es caer en un positivismo legalista, apegado a fórmulas escritas y a textos codificados, sin confrontarlos con la realidad para saber si responden o no a la verdadera vigencia constitucional.

LA REALIDAD CONSTITUCIONAL.

Utilizo el término realidad en su acepción simple y vulgar, para designar lo que es, los hechos, la facticidad.

He insistido en la teoría de Werner Goldschmidt sobre los reparatos al hablar del estado, anofando ahora que las conductas pueden ser engendradas dentro del margen normativo de la constitución, o rebasarlo, generando comportamientos o conductas, que son, independientemente de su deber ser, creándose así la facticidad constitucional. Cuando el jefe del estado ordena a la policía disolver una determinada reunión, estamos en presencia de un hecho, de una realidad, constitucional; pero, cuando el jefe del estado establece la necesidad de disolver determinadas manifestaciones de grupos sociales, por estimarlas peligrosas y contrarias a la política del estado, esta conducta se torna ejemplar, valiosa, y forma parte de la constitución real y vigente.

Comprendo que no podemos, hasta el momento en que este último acontece, dejar de prestar atención a la conducta, aunque no sea ejemplar, vigente, es un hecho y le debemos atención. Es ya realidad constitucional. Por eso anticipo que la realidad constitucional contiene a la constitución, a las vigencias constitucionales, pero las excede en cuanto contiene también a los hechos que no han alcanzado todavía a incorporarse a esa constitución y a esas vigencias.

Tiene importancia reparar en la realidad constitucional por dos razones: primero, porque los hechos que todavía no son ejemplares, y que no integran la constitución, están en vías de serlo y de entrar a formar parte de ella, cuando adquieran ejemplaridad y normatividad (conductas que enuncian un deber ser, una ejemplaridad); segundo, porque en la realidad constitucional se haya la mejor experiencia jurídica para conocer la verdadera constitución de los estados, y evitar caer en el articulado de la constitución formal, que muchas veces está separada abismalmente de la práctica constitucional, pudiendo llevarnos a captar fantasmas que jamás tendrán facticidad.

EVOLUCION DEL CONSTITUCIONALISMO.

Es imprescindible dar una concreta extensión al término constitucionalismo; yo no lo circunscribo al movimiento moderno que asignan a la constitución, como contenido indispensable, la tutela de la libertad, su historia y su evolución de pocos siglos atrás, yo entiendo que todo estado tiene constitución; que toda formación política por precaria que haya sido en remontar épocas pretéritas, en donde sólo nos manejamos por suposiciones, aún allí existió una norma básica como constitución y como realidad. El constitucionalismo es tan viejo como la Humanidad, porque creo que desde su origen el hombre actualizó, necesariamente su apetito de vida política; la horda, el clan, la familia, toda agrupación humana al mando de un jefe que pretende satisfacer las necesidades de la generalidad, tenía una constitución.

No cabe duda que sería grosero equiparar ese derecho al derecho constitucional tal como lo conocemos modernamente, o tal como lo descubrimos dentro de nuestro horizonte histórico; pero a la vez sería poco científico desconocer la naturaleza del hombre en cualquier época de la historia y afirmar el monopolio del derecho constitucional a

una generación o a una etapa de la historia. Un derecho constitucional expone Santi Romano, aunque en forma simple y rudimentaria, ha existido siempre, desde el momento en que surgió el estado, y antes de que éste surgiera - añade- se daba el derecho constitucional de otras comunidades políticas.

El constitucionalismo ha buscado en diferentes épocas históricas fines concretos, pero al pretender organizar políticamente a el hombre en sociedad, pudo afirmar que la constitución (escrita o no escrita), por su sola existencia, representa el establecimiento de un mínimo de justicia en las inter-relaciones humanas; por ello el constitucionalismo de todos los tiempos, es una tentativa por acercarse a la justicia. El Mundo Antiguo asentó sus constituciones sobre un poder absoluto. Jamás la Antigüedad, escribe Jellinek, llegó a conocer al hombre por sí mismo, aún cuando hayan sido Grecia y su filosofía quienes por primera vez se ocupasen de la ideal del hombre y de la humanidad(8). En la Antigüedad faltó la conciencia clara de una exigencia jurídico-positiva para que se reconociese al individuo frente al estado una esfera de libertad.(9). La democracia antigua, sostiene Linares Quintana, concedió al pueblo la libertad política pero le negó la libertad civil (10). En general las constituciones del Mundo Antiguo llegaron a construir el tipo de ciudadano, pero no de el hombre.

¿ Tenía constitución el estado antiguo? En Grecia las leyes constitucionales hacían categoría común con las leyes ordinarias, y no constaban en un documento escrito a la manera actual; Aristóteles se refiere muchas veces a la constitución, pero a la constitución como régimen

(8).- G. Jellinek, Teoría General del Estado.

(9).- Alfonso García Gallo, Curso de Historia del Derecho Español.

(10)- Segundo Linares Quintana, Derecho Constitucional.

como conjunto de leyes y de costumbres que organizaba a la ciudad(11). Pelibio sostiene que toda constitución se basa en dos principios: las costumbres y las leyes(12). Tampoco en Roma hubo diferencia entre ley constitucional y ley ordinaria(13), aún cuando según Jorge Xifra Heras se distinguieren las leyes concernientes al fundamento del estado de las leyes ordinarias.

La valoración de las constituciones griegas - especialmente la de Atenas- y romanas, escapa a mi cometido, aún cuando podría decir con -- Croisset que la constitución ateniense fué democrática hasta la parado-- ja, por el ejercicio directo de la soberanía del pueblo y la designa-- ción de los magistrados por sorteo(14); y con León Homo que a través de Roma nos ha quedado una gran herencia constitucional de la antigüedad -- entera. Lindsay sostiene decididamente que el mundo grecorromano nos -- legó el constitucionalismo, consistente en la creencia de la sumisión de los gobiernos a las normas jurídicas(15). Pero el problema radica -- en saber algo de la justicia de dichas normas, o del contenido de esa -- legalidad. Por lo pronto la doctrina romanista del derecho natural es -- otro aporte que refuerza al constitucionalismo, al difundir la profe -- sión de fe en un derecho anterior al derecho positivo del estado, forma do por aquellos principios que la razón humana descubre como justos.

Después del impacto del cristianismo en las sociedades paganas, la -- Edad Media se caracteriza por lo que Jellinek ha denominado la atomiza -- ción del poder público. No obstante esa dispersión característica del -- estado de estamentos, y el consiguiente desvanecimiento de la idea del

(11) C.F. Glotz, La Ciudad Griega.

(12) León Homo, Las Instituciones Políticas Romanas.

(13) Félix Trigo Ciro, Derecho Constitucional Boliviano.

(14) A. Croisset, Las Democracias Antiguas.

(15) A.D. Lindsay, El Estado Democrático Moderno.

estado, que deja vestigios del poder público - según Smein - en el señorío feudal, cierta unidad suprema aún de matiz político, se realiza en la cristiandad. La constitución estamental es una transición entre el pluralismo feudal y la unidad del estado moderno, anota García Pelayo (16), cuyo rasgo típico es la estructuración de los derechos y libertades en pactos y cartas, circunscritos a los integrantes del grupo o estamento.

La constitución medieval, si por tal se entiende la forma de organización de la realidad política de su época, tiende a juridizar al máximo la vida de relación. El concepto de autoridad toma ya un sentido de tutela, de protección, de vigencia. No es un dominio absoluto, salvo que por tal se interprete al monarca como el más alto poder temporal, sin ninguna instancia humana que lo limite; y tiene como punto de referencia, en cuanto a la justificación teleológica, la idea de paz, de tranquilidad y de orden. En la Edad Media dice Kern no reina el rey sino el derecho; por todas partes, enseña Gierke, se encuentra la doctrina de que el individuo tiene derechos innatos, correlarios del valor objetivo del derecho natural y divino(17). El dualismo de estado e iglesia, sostiene Jellinek, ha influido en el reconocimiento del individuo como un poder social con derechos por sí mismo.

Ya sobre los siglos X y XI florece intensamente la vida comunal en Europa, en un movimiento municipal de trascendencia para la vivencia de la libertad; la pluralidad de ciudades ordenadas bajo un mismo régimen constituye, entonces, el regnum en opinión de Beneyto Pérez, -- glosando a Marcelline de Padua. Y los municipios surgidos como desmembración de los feudos superiores implican un régimen social y político que acrecienta el desenvolvimiento de la libertad individual, produciendo una verdadera reacción contra el despotismo feudal (18).

(16) Manuel García Pelayo, La Constitución Estamental, en Revista de Estudios Políticos.

En Inglaterra, el proceso de transformación del estado de estamentos en estado parlamentario se realiza con una centralización más marcada que en otros países. En su etapa constitucional próxima a la Edad Moderna, la Carta Magna del año 1215 reviste importancia como estipulación entre el monarca Juan y los señores feudales, documentando por escrito una serie de privilegios antiguos, al efecto dice Paolo Biscaretti que los barones que impusieron la Carta Magna a Juan sin Tierra no entendieron crear una ley nueva, sino sólo obligarlo a reconocerles sus antiguos privilegios. En Inglaterra, todas las revoluciones y los movimientos han carecido del propósito de instaurar un régimen nuevo, toda vez que se han encausado a defender o reinstaurar el viejo y tradicional orden de cosas. La Carta Magna en esa línea, tiende a hacer respetar costumbres anteriores a favor de los hombres libres, pero carece del alcance de una declaración moderna de derechos del hombre, al circunscribirse a fracciones de la comunidad.

Del texto de la Carta Magna, surgen los siguientes derechos: A) Libertad de la iglesia católica de acuerdo con sus antiguos derechos y costumbres; B) Prohibición de imponer contribuciones sin convocatoria y consentimiento del consejo reunido con los prelados, barones y señores del reino; C) Prohibición de privar de la libertad sin juicio legal y sentencia de pares o jueces de la misma clase o estamento; D) Aseguramiento de la justicia para todos; E) Libertad de movimiento para entrar y salir del reino; F) Habeas corpus, o recurso para que nadie sea encarcelado ni molestado en su persona o en sus bienes sin las formas legales y la autoridad de sus pares constituidos en jurado.

Durante el reinado de Enrique III, hijo de Juan sin Tierra, la Carta fue violada, obligándose nuevamente al rey a confirmarla en los estatutos de Oxford, que establecían la reunión del consejo, y la delegación de sus atribuciones durante el receso en una junta permanente de doce barones.

(17) Von Otto Gierke, Las Teorías Políticas de la Edad Media.

(18) Carlos Alberto Alcora, en revista de la Facultad de Derecho.

Terminada la Guerra de las Dos Rosas, comienza en 1485 la dinastía de los Tudor, que implanta un gobierno fuerte y pone fin al pluralismo medieval. Se inaugura así la monarquía absoluta, con supremacía del rey sobre el parlamento. Durante el reinado de Carlos I Estuardo se consigue la célebre petición de derechos, firmada el 7 de junio de 1628, que afianza los derechos conculcados. - Más tarde en 1647, como producto de la revolución Puritana se presenta a la Cámara de los comunes el documento conocido como Agreement of the people, que procura limitar los poderes del parlamento y que no obtiene sanción. Ejecutado el rey en 1649, se implanta la República y se declara que Inglaterra es un estado libre gubernado por los representantes del pueblo. Unos años después, en 1653, se promulga el instrumento de gobierno, la única constitución escrita en la historia inglesa, a la que se reconoce gran valor en la génesis del constitucionalismo estricto, permitiendo a Jellinek afirmar que la idea de la constitución escrita ha nacido en el estado que hasta hoy no ha tenido ninguna. Restaurada al poco tiempo la monarquía se dicta en 1679 el acta de habeas corpus, y en 1688 el bill de derechos, la revolución inglesa del mismo año da vigencia al esquema de la división de poderes según la trilogía de Montesquieu; declara ilegal la facultad real de suspender las leyes y dispensar de su cumplimiento, y reitera que la cobranza de impuestos para uso de la corona requiere el concurso del parlamento. En 1701, el acta de establecimiento o ley de sucesión introduce a la casa de Hannover durante cuyo reinado cebra importancia la institución del gabinete, de tanta relevancia en el Reino Unido. Asimismo, en esta época aparecen los dos partidos clásicos: Los torios o conservadores, y los liberales o whigs.

El principal interés de la historia constitucional inglesa, dice bien Woodrow Wilson, radica en el esfuerzo constante del parlamento para establecer su supremacía sobre las demás autoridades en la conducción del gobierno(19). Esta tendencia le da la victoria durante el siglo XVIII, después de haber vencido a la realeza absoluta en los siglos XVI y XVII, y de haber completado los poderes parlamentarios a partir de la revolución de 1688 (20).

Para cerrar la exposición sobre el constitucionalismo inglés hasta el advenimiento del constitucionalismo clásico, debemos recordar la doctrina tradicional del Common Law, difundida especialmente por Coke que confiere supremacía a las decisiones judiciales que recogen las costumbres y las reconocen como fundamentales, opuesta a la teoría absolutista que defiende la llamada soberanía del monarca, y a la parlamentaria que asigna la autoridad a la corona en parlamento.

Como visión de conjunto podemos afirmar que Inglaterra ha logrado una constitución de las llamadas de tipo flexible, o sea, sujeta a modificación con la misma jerarquía de las leyes ordinarias; que ha dado vigencia a los derechos individuales a través de una concepción propia, equiparable a la del clásico estado de derecho que es la del rule of law; que con ello elimina la arbitrariedad y el derecho personal de los hombres, reemplazándolos por el gobierno de la ley y la igualdad jurídica; y que ha basado su estructura en una distribución de competencias entre la corona, el gabinete y el parlamento, con tendencia a mantener la irresponsabilidad de la primera, y a acentuar contemporáneamente un predominio del segundo sobre el tercero. Inglaterra finalmente, no conoce la

(19) Woodrow Wilson, El Estado.

(20) Jacques Chastenet, El Parlamento de Inglaterra.

revisión judicial de las leyes y el contralor de la constitucio _
nalidad a la manera americana. Sin embargo la constitución real
está consubstanciada con la vigencia de las libertades en forma -
tal que García Pelayo puede afirmar que los derechos individuales
están asegurados por garantías de índole social y política. En es
ta forma, aunque toda ley admitida por el parlamento debe ser aplica
cada sin posibilidad de enjuiciamiento, la larga vigencia de la -
libertad sustenta la seguridad de que no habrán de producir avances
peligrosos.

cide en la actualidad a un liderazgo del poder ejecutivo y a un decaimiento de la supremacía parlamentaria, aún en países de tradición parlamentaria como Inglaterra. 7) La constitución concibe al estado como limitado por normas jurídicas, que le marcan el contorno de competencia(21) Es el imperio de la legalidad, que con una modalidad especial adquiere significado trascendental en la teoría de la autolimitación y del estado de derecho. Esta doctrina varía la creencia en un derecho racional natural anterior al estado, y sostiene que el estado se limita a sí mismo creando el derecho y la legalidad; la limitación está dentro de la voluntad del mismo estado, no obstante la diferencia entre la profesión de fe en una limitación trascendente y la autolimitación, el resultado práctico es análogo: el estado sea por imposición del derecho natural racionalista o por su voluntaria sumisión a las normas que él ha creado no ejerce un poder arbitrario, sino un poder sujeto a la ley. Ninguna acción y ninguna omisión pueden imponerse sino en virtud de un precepto legal. Es una legitimidad del poder que Max Weber llama racional, y que quiere despersonalizar la autoridad: no se obedece a los hombres sino a la ley objetiva. 8) La constitución tiene un sustrato ideológico en la teoría de la convivencia artificial de los hombres; el estado no es una comunidad política exigida por la naturaleza humana, sino un ente artificial que los hombres han organizado para vivir más cómodos y seguros, para salir de un estado de naturaleza o de un estado pre-social. Y por ser artificial es peligroso, y por ser peligroso debe ser encuadrado — preventivamente en un sistema normativo de garantías para el individuo. 9) Por esa misma artificialidad, la única finalidad del estado es asistir pasivamente al juego de la libertad individual, sin promover ningún bienestar colectivo. El concepto abstencionista derivado de aquel otro que desde siglos atrás ha considerado al estado como un mal necesario — que debe ser reducido a su mínima expresión, vacía a la teoría de los

(21) Charles Howard, Constitucionalismo Antiguo y Moderno.

fines del estado de contenido social y de justicia. Es el imperio - crudo del individualismo liberal. 10) La constitución sublima la vida cívica y política, erigiendo al ciudadano en una categoría fundamental de la dinámica estatal(22). " De allí que los derechos políticos, el sufragio, los partidos políticos, absorban la atención del constitucionalismo clásico, y sean concebidos como imprescindibles - para la libertad". La libertad política alcanza el nivel de la libertad civil. 11) Por último el constitucionalismo clásico recoge toda la teoría política del pueblo como sujeto de autoridad, de soberanía y de representación.

Esta estructura ha sido a su vez, reputada como definitiva. Quiere decir que con ella se supone haber logrado la formulación inmutable de un tipo constitucional con validez universal y a priori. O sea no se repara en las realidades concretas, sino se ofrece como -- una vestidura apta para todos y para cualquiera.

En la evolución del constitucionalismo clásico ocupa lugar preponderante la América inglesa. La vida colonial con sus ingredientes -- puritanos, la emancipación de Inglaterra, la declaración de la Independencia y la Constitución de Filadelfia, afianzaron la estructura constitucional clásica, y le dieron resonancia general. Por la posición de hegemonía que adquirieron los Estados Unidos de Norteamérica, su derecho constitucional cobró difusión imitada, y fue mirado como ejemplo para futuras generaciones.

Rápidamente reseñaré el proceso americano. Arranca con la emigración al Nuevo Continente de muchos puritanos en busca de la libertad religiosa que, sobre todo con Jacobo I se les restringía en Inglaterra. Las distintas colonias fueron surgiendo por el establecimiento de -- compañías, o de una o varias personas llamadas propietarias, con autorización real y cartas donde se consignaban los derechos y deberes.

(22) George Burdeau, La Democracia.

Evidentemente que los comienzos quedan fuera de la era del constitu-
cionalismo clásico, pero revisten importancia en cuanto se conectan
 con él. La doctrina puritana, por lo pronto, ya introduce la idea de
 que el gobierno debe quedar sometido a una norma fundamental que no
 debe poder cambiar. Y acompaña esta idea con la del consentimiento -
 prestado por los súbditos, que surge de la práctica religiosa de las
 comunidades o sectas en las que el convénat o acto originario de la
 congregación tenía el carácter de un contrato o pacto a través del -
 cual los fieles expresaban su asentimiento. Es el sacerdocio de to -
 dos los creyentes, que sirvió asimismo para la idea democrática del
 gobierno de todo el pueblo. En el Mayflower's compact, celebrado en
 1620 en el trayecto de los primeros peregrinos a América, se pactó
 expresamente la asociación en un cuerpo político para el mejor go -
 bierno y preservación.

El gobierno de las colonias reproducía las líneas del gobierno metre-
politano; las instituciones sajonas se cultivaron en su seno, como
 sostiene Zorrilla de San Martín, llegándose a colmar el vacío de las
 propias cartas con la copia fiel de las instituciones inglesas. El
 aprendizaje de la libertad fue simultáneo, y de allí que el mismo -
 autor considere que la independencia política estuvo más hecha en la
 América inglesa que en la española (23).

Uno de los puntos de principal hincapié en las colonias fue el de -
 la cuestión impositiva; toda contribución debía ser votada por sus
 representantes. Y un problema de tributación fue el que originó el
 movimiento de independencia.

En líneas generales, podemos decir que el constitucionalismo nortea -
mericano se impregna de un sentido religioso, por la raigambre puri -
 tana que traslada a la comunidad política las ideas de la iglesia re-
formada acerca del sacerdocio y la igualdad de todos los fieles. El

(23) Juan Zorrilla de San Martín, La Epopeya de Artigas.

contraactualismo social es también admitido casi unánimemente y — es citada ya el ejemplo concreto de un gobierno surgido de un efectivo compromiso pactado por los miembros de la comunidad. La representación y el parlamento sostienen la misma construcción política, típicamente individualista y encaminada a la sola tutela jurídica, de acuerdo con la concepción negativa del gobierno abstencionista. El reconocimiento de los derechos individuales es una insistencia continua en el pensamiento constitucional americano. Las cartas — reales estipulan que los súbditos de las colonias gozarán de los — mismos derechos que los ingleses en la metrópoli.

En 1772, Otis y Adams presentan a la asamblea de ciudadanos de — Boston las declaraciones de derechos de los colonos, como hombres, como cristianos, y como ciudadanos. En 1774 el congreso de Filadelfia vota una declaración de derechos, proclamando que los habitantes de las colonias norteamericanas tienen derechos por naturaleza, por la constitución inglesa y por sus propias constituciones; y el 15 de mayo de 1776 insta a las colonias a dictarse una constitución. Once lo hacen antes de la revolución francesa, y algunas como Connecticut y Rhode Island, dan carácter constitucional a sus — cartas coloniales.

En 1776, Virginia vota su declaración, la primera, más famosa y — representativa de todas, cuyos textos principales rezan así: 1) Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos inherentes de los que, cuando entran en un estado de sociedad no pueden privar por ningún pacto a su posteridad, a saber: el goce de la vida y la libertad, junto con los medios de adquirir y poseer la propiedad, y de buscar y conseguir la felicidad y la seguridad.

2) Que todo el poder reside en el pueblo, y en consecuencia deriva de él; que los magistrados son sus servidores, y responsables ante él en todo momento. 3) Que el gobierno ha sido instituido, o debe ser instituido en beneficio común, para la protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad... Que cuando se encuentre que un gobierno es inadecuado o contrario a estos propósitos, la mayoría de la comunidad tiene un derecho indudable, inalienable e imprescriptible a reformarlo, alterarlo o abolirlo del modo que juzgue más conducente al beneficio común.

La posición central aparece en la declaración de la independencia, que según Jellinek no se asemeja en estructura a una declaración de derechos. Sin embargo, Janet entiende que la declaración de derechos americana no está en las enmiendas posteriores de la constitución federal, sino en la declaración de independencia de 1776.

Siguiendo a Tomás Paine, puede afirmarse que mientras el viejo sistema hacía del gobierno una arrogación de poder para su propio engrandecimiento, en el nuevo es una delegación de poder para beneficio común de la sociedad (25). Y ratifico la opinión de García Pelayo en el sentido de que el concepto racional normativo de constitución, con su tabla de derechos, su división de poderes, su soberanía de la ley, su distinción entre poder constituyente y constituido, y su división de la constitución en parte dogmática y orgánica pasa de América a Europa. Por algo Jellinek ha señalado con agudeza que si bien Norteamérica coincidió con Francia en fijar dónde el estado no puede penetrar, sin la primera existiría la filosofía de la libertad pero no la legislación de la libertad.

Por último el constitucionalismo norteamericano dió vigencia a un esquema moderno de estado federal, que sirvió de imagen para otros países y para la misma elaboración doctrinaria del federalismo.

BIBLIOTECA



El derecho constitucional de Francia juega un rol preponderante - conjuntamente con el de Estados Unidos, en el constitucionalismo clásico. Desde la revolución de 1789 con su famosa declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, ha sido una de las expresiones más sólidas. No siendo esta la oportunidad de pasar revista detenida a las constituciones y documentos que prolíficamente se han ido sucediendo desde el siglo XVIII, nos limitaremos a recordar que, - como enunciaba la constitución de 1848, los principios revolucionarios forman la base del derecho público de los franceses; o en otras palabras, que la declaración de derechos y la separación de poderes integran una superlegalidad constitucional. Además, Francia ha dado a la doctrina del pueblo como sujeto de gobierno, de soberanía y de representación, un cariz original que es el de la soberanía de la nación, a su vez fundada en la idea de la nación personalizada e institucionalizada en el estado. Por último el imperio de la legalidad y la sujeción del estado a las normas jurídicas es una constante en el constitucionalismo francés.

Con posterioridad a la revolución francesa, el constitucionalismo clásico cobra carta de ciudadanía mundial, permitiendo decir a Adolfo Posada que la expansión del mismo, como movimiento jurídico y político, sólo tiene similitud con la difusión del derecho romano.

Hemos de ver sintéticamente cuál ha sido el aporte fundamental de la corriente norteamericana y de la francesa al constitucionalismo clásico universal. La primera, cuya filiación doctrinaria proviene predominantemente de Montesquieu, da preponderancia fáctica, en la estructura constitucional del estado al poder ejecutivo sobre todos los otros organizándolo en forma unipersonal, e independiente del órgano legislativo.

El ejecutivo personalista, típico de Estados Unidos y de los esta dos hispanoamericanos, se ubica en un sistema rígido de división - de poderes, dentro del cual el presidente como jefe del estado, es también jefe del gobierno; el ministerio es casi siempre un cuerpo de consejo del presidente, sin relación con el parlamento, salvo - excepciones, como en Argentina, Uruguay, ect. Por último, la co - rriente americana se confunde con la república y el federalismo.

Contrariamente, la corriente francesa está más bien imbuida del a pensamiento de Rousseau, que gira principalmente en torno al dogma de la voluntad popular; de ahí que la ley como expresión de esa vū luntad, y que el parlamento como órgano legislativo, adquieran su pre macia y configuren un sistema parlamentario de predominio de la as amblea. Como consecuencia el órgano ejecutivo, aparece como un agente del legislativo, y el gabinete o cuerpo ministerial como un órgano colegiado o plural. La división de poderes es más flexible que en la corriente norteamericana, en cuanto se produce esa co - nexión del ejecutivo con el parlamento y en cuanto el primero go - bierna con el apoyo del segundo y responde ante él a través de los ministros. La corriente francesa va encaminada al centralismo, a - la monarquía y a la forma unitaria.

Tales, pues, los moldes constitucionales agrupados en dos catego - rías fundamentales que, no obstante sus diferencias responden a una misma posición y a una misma época.

Pero hoy, en la segunda mitad del siglo XX, cabe preguntarse si ese constitucionalismo clásico no ha entrado en crisis, si ese - concepto de la constitución como estatuto de la libertad conserva val ides histórica después de experiencias constitucionales que no por repudiables han dejado de tener vigencia, | y qué vigencia |. Y nos hallamos ya ante el problema de la quiebra del constitucio - nalismo clásico.

CRISIS DEL CONSTITUCIONALISMO CLASICO.

Entiéndase de una vez por todas que cuando hablo de crisis del constitucionalismo clásico no niego ni ataco el que la constitución tutele la libertad, y que la persona humana sea la razón de todo derecho; sé y estoy convenido que la libertad y la vida son dos atributos de la persona humana que deben afirmarse, para sostener su trascendencia en el tiempo y su destino superior.

Digo que el constitucionalismo clásico está en crisis, porque en el mundo contemporáneo, ya no tienen vigencia las creencias y teorías que lo sustentaron; nuestro mundo ha cambiado su repertorio de creencias, de ideas, y por lo tanto su visión del Universo; muchos problemas filosóficos, jurídicos y políticos que todavía en el siglo pasado inquietaban al hombre, en el momento actual ya no son problemas, o han sido desplazados por otros de mayor importancia.

El Mundo en el sentido de la filosofía orteguiana, ha cambiado, es otro. La circunstancia, la situación, son otras, son distintas. Es nada más que la historicidad del Mundo, o si se quiere de la Vida, — tanto individual como social. Las sociedades y los estados son históricos en el sentido de que están emplazados inexorablemente en una situación histórica, en una circunstancia, en ésta o en aquella, pero no en otra. Son temporales en su determinada manera de ser y de existir, lo que quiere decir que el estado del medioevo no tiene — posibilidad de vigencia fuera de su mundo histórico, como el moderno no lo hubiera tenido en la Edad Media. Con esto podemos comprender mejor cómo la alteración de la situación repercute en el tipo constitucional que compartía con esa situación las mismas creencias, las mismas vigencias.

Es fácil comprender en nuestro Mundo que el liberalismo está en crisis. La ideología liberal clásica ha recorrido ya su ciclo; hoy no -

es una creencia básica en el ambiente social contemporáneo. En segundo término ha entrado en crisis la idea positivista de la legalidad; el positivismo ocupó la atención del siglo XIX, pero ha quedado sujeto a revisión en el presente. Y con el positivismo ha sido cuestionado el racionalismo. Hoy no impera la idea común en esa razón general, abstracta, invariable, que deducía a priori los derechos y libertades; ni se rinde culto a la ley como formulación racionalista objetiva de un deber ser inmutable; ni se acepta la identificación del derecho con la ley, de lo jurídico con lo legal, o de lo que es peor de la justicia con la ley. El liberalismo formalista heredero del liberalismo sustantivo, había desvalorizado al estado, había arribado a la idea de autolimitación en reemplazo de la limitación trascendente que el derecho racionalista predicaba; el encuadramiento del estado se lograba formalmente, por la sujeción a la ley, sin cuestión de contenido o de finalidad desde un punto de vista axiológico. Todo giraba en torno de la legalidad, de la regulación normativa; la ley objetiva impersonal, inviolable, agotaba la normatividad; y esa previsión normativa se suponía suficiente, definitiva y estable para demarcar la vida constitucional convirtiéndose en algo así como una organización rígida; la constitución quedaba formalmente dada, formalmente constituida. Todo este normativismo legal ha sufrido un impacto tremendo con las doctrina vitales: La vuelta al mundo, a la realidad, a la vida, a lo social, nos han hecho mirar un poco a las conductas, a los comportamientos, y no solamente a las normas; no sólo al deber ser sino también al ser. La fuerza de la realidad, los vínculos de lo social, el acercamiento a la vida, nos han descubierto que la ley carece de esa fuerza normativa que se le atribuye; que la costumbre, los usos, el derecho espontáneo, constituye una fuerza contra la cual se torna a veces impotente la previsión normativa de la ley; las proposiciones normativas pasan así a ocupar un segundo plano en la vida jurídica.

No puedo admitir un sistema normativo que se resquebraja por ignorar a la realidad, constituyendo a priori juicios lógicos formales alejados de la problemática vital.

El siglo XX con su trágico acontecer histórico, ha enseñado a los tercos y empecinados en defender el constitucionalismo clásico, lo paradójico e ineficaz de esta corriente jurídica. El nacionalsocialismo de Hitler y el fascismo mussoliniano son engendrados por las normas irreales del constitucionalismo clásico: elecciones, referendums, representación, doctrina de la soberanía del pueblo, fanatismo por los partidos políticos, etc.; el constitucionalismo clásico es una doctrina en el ocaso, que olvidando la realidad ha provocado su propio suicidio.

La vieja y obsoleta doctrina de la soberanía popular sólo plantea sofismas jurídicos que distorsionan la teoría del estado y del derecho; una teoría representativa vacía de contenido teórico y fáctico, tan irreal, que a su lado han surgido los grupos de presión que absorben intereses funcionales de diversos sectores de la sociedad — que con plena conciencia de la realidad se dan cuenta que no los — representa nadie.

Sólo para terminar este capítulo diré que ya no es posible conocer el mundo jurídico a través del puro sistema normativo, porque tendremos una visión parcial y errónea, es necesario analizar multitud de datos que nacen y se desarrollan fuera de lo estático de la normatividad, todo lo anterior por una sola razón: la vida es dinámica — también la del estado a través de su constitución —.

CAPITULO III.

LA CONSTITUCION.- SU NOCION.-

Lograda una aproxima

ción al concepto de Derecho Constitucional a través de los capítu_ los anteriores, y delineada su ubicación en el orden jurídico y es_ tatal, me corresponde averiguar qué es la constitución.

Desde ahora quiero anticipar que la postura e ideas que voy a expo_ ner en este capítulo, tienen como finalidad fundamental salvar los riesgos y frustraciones que suele acarrear la adopción de una falsa actitud teórica y poco científica que tradicionalmente se ha venido asumiendo frente a los problemas jurídicos en general y jurídicos_ constitucionales en particular. Ella deriva de la inerte concepción del derecho como norma o conjunto de normas, que durante siglos - - transcurre pesando en la historia y en la dirección del pensamiento jurídico de cuño occidental.

Es necesario aclarar: que en la exposición y desarrollo del presen_ te capítulo, trataré, en lo posible de aplicar la teoría egológica lanzada a la vida científica por el maestro argentino Carlos Cossio (1).

Me resulta imposible por muchas razones, entre otras por la amplia bibliografía del maestro Cossio y por no ser el tema especial y cen_ tral de mi tesis, tratar profundamente las mil direcciones y mati_ ces de la teoría egológica, por lo cual me remito a la obra del ma_ estro argentino en la que nos descubre nuevos horizontes en la teo_ ría del derecho.

Hace tiempo que viene cobrando fuerza en el medio filosófico-jurí_ dico la convicción - alimentada cada día por las tesis egológicas- sobre un punto fundamental:

Que el derecho, como objeto de la preo_

(1) Carlos Cossio, Teoría Egológica del Derecho y el Concepto de la Libertad.

cupación teórica del jurista, no está en esa concepción que por -
centurias nos lo ha definido como un conjunto de normas dirigido
a la regulación de la conducta del hombre en sociedad, presentan
al derecho como un objeto ideal, en la medida en que esas nor_
mas tienen la estructura de juicios de un especial tipo, según lo
han demostrado las más recientes investigaciones lógico jurídicas
de la teoría general del derecho. Semejante concepción idealista
del derecho como norma ha determinado ab initio sus propias limi_
taciones teóricas, también en la medida en que lo normativo con_
ceptual tiene en sí un carácter meramente formal.

Los inconvenientes y despropósitos que han derivado de la adop_
ción de este punto de vista frente al derecho, han quedado expu_
estos en el capítulo anterior, por ahora básteme señalar como ca_
so límite de su responsabilidad, el estancamiento en que la cien_
cia del derecho se ha visto sumida durante los últimos lustros, en
su vano intento por alcanzar con base en ella, el rango de verda_
dera ciencia (2).

Su máximo rendimiento - conclusión necesaria de sus premisas -
reside en los magistrales logros alcanzados por Hans Kelsen genio
del pensamiento jus filosófico contemporáneo. En efecto, la teo_
ría pura del derecho en tanto reflexión neutral sobre la norma, ha
desembocado en una lógica jurídica formal de incommensurables pro_
porciones. Su índole formal la debe precisamente, a la no tematiza_
ción del objeto al que se dirige, intencionalmente, ese juicio en
que la norma consiste como objeto lógico.

A la teoría egológica le ha resultado fácil hacer ver que la pro_
blemática filosófico jurídica no podría agotarse en sólo incursio_
nes lógicas sobre meros conceptos (juicios) normativos. Que di_
cha reflexión lógico formal es correcta y necesaria, indudable, —

(2) "Toda la producción egológica es una crítica al racionalismo
jurídico, así como a los callejones sin salida que a menudo
conduce la lógica de su pensamiento."

como que ella proporciona el instrumento lógico- de conceptos - con que el jurista ha de manejarse en su tarea científica, y cuya investigación ha realizado Kelsen de manera insuperable. A la egología le ha bastado advertir que las normas jurídicas - independientemente de su aspiración práctica de regulación - son pensamientos normativos - que " mientan conducta humana, para caer en la cuenta de que ésta constituye ese objeto intencional al que el juicio jurídico (la norma) se dirige, y de allí es donde ha de buscarse el dato de experiencia al que el jurista aplica su interés teórico."

Valiéndose de la fenomenología(3) como método, y de los resultados de las modernas filosofías de la existencia(4) y de la cultura (5), Cossio ha practicado un análisis fenomenológico existencial de la cultura, que lo ha conducido a acotar, ontológicamente, el ámbito del Derecho en una primera aproximación- dentro de la región óptica de los objetos culturales, como vida humana viviente -sin embargo, con esta determinación no se perfilan aún los contornos precisos - del objeto con el que se ocupa el jurista, pues la vida humana viviente que es la conducta, tiene dos dimensiones: la subjetiva, en la que el hacer del sujeto se articula con su omitir las demás posibilidades concretas de acción, formando un cuadro integral de conducta que se ubica en la esfera de la moral; y la intersubjetiva en la que el hacer del sujeto interfiere con el impedir o no impedir que, como posibilidad, tienen los demás sujetos que con él coexisten determinando el campo propio del derecho. Por esta vía, arribaremos a la afirmación ontológica fundamental de la egología; para ella el derecho como objeto de la ciencia jurídica es conducta humana en

(3) Husserl, Investigaciones Lógicas e Ideas, relativas a una Fenomenología Pura y una Filosofía Fenomenológica.

(4) Martin Heidegger, El Ser y el Tiempo.

(5) Emil Lask, Filosofía del Derecho; Gustavo Radbruch, Filosofía del Derecho y Ciencia del Derecho, para citar algunas obras de la corriente culturalista.

Interferencia intersubjetiva.

Como apunte final a estas nociones egológicas debe hacerse notar que, la conducta humana no es más que la fenomenalización u objetivación de la libertad metafísica immanente al hombre como tal, por lo que la experiencia jurídica cultural que ella funda resulta ser una experiencia de libertad y no de necesidad, pues respecto a esta última es que se maneja el científico de la naturaleza. Es por ello que la conducta humana en que el derecho consiste no es un ser ya hecho sino un ser posibilidad, un deber ser existencial, en cuanto que el obrar humano se haya presidido por un programa de vida, por un proyecto vital que a cada momento se actualiza en un presente existencial, síntesis a la vez de un pasado que perdura y de un futuro que se anticipa.

Frente a esta caracterización del derecho, como conducta humana, la norma jurídica permanece en un plano lógico, y su relación con la primera se agota, teóricamente, en una mención conceptual de la propia conducta, a la que a la vez integra poniendo en ella un sentido dogmático, mediante la cópula normativa "debe ser", la cual traduce una valoración que, en el caso del derecho, es una valoración social.

Hechas las anteriores acotaciones y partiendo de estas premisas egológicas, paso a ocuparme, ya directamente, con el asunto que me concierne.

CONCEPTO DE CONSTITUCION.-

No vamos a embarcarnos, desde luego, - en una investigación exhaustiva de las posibles connotaciones del término constitución, que agote el análisis del concepto en toda su extensión lógica, sobre esto hay una extensa bibliografía (7), a la que nos remitimos, interesándonos tan sólo la determinación de su significado positivo dentro del campo jurídico político.

(7) Destaca la obra clásica de Carl Schmitt, Teoría de la Constitución.

El publicista español Manuel García Pelayo, en uno de sus trabajos capitales, nos describe de manera clara y precisa la crisis que ha sufrido la concepción racional normativa de la constitución y las concepciones modernas que, como reacción frente a la primera se han producido por una serie de distinguidos y autorizados tratadistas del derecho público.

Yo voy a ensayar la determinación del concepto de constitución, — siguiendo la dirección metódica que he aceptado y cuyas ideas fundamentales han quedado expuestas en la primera parte de este capítulo.

La constitución no es otra cosa, sino el sentido normativo con que un pueblo vive su programa coexistencial, en tanto entidad política, como un deber ser jurídico. Este sentido, insisto, lo puede vivir — el pueblo consuetudinariamente o de manera reflexiva mediante la formulación de una constitución escrita, que en tal caso, no viene a ser más que la mención conceptual de ese sentido normativo jurídico "vivido por el pueblo como debiendo ser."

Todas las ideas expuestas en este capítulo nos conducen a la autenticidad constitucional, nos proporcionan un acervo de ideas por medio de las cuales obtenemos un criterio científico acerca del derecho, y además, nos dan la posibilidad de enjuiciar con serenidad y certeza la vida constitucional y los documentos jurídico-políticos escritos en todos los sistemas de derecho público ensayados hasta — el momento, y en especial el tema de mi tesis: La Democracia como Forma de Gobierno es Mitología Constitucional."

CAPITULO IV.-

FORMAS DE ESTADO Y FORMAS DE GOBIERNO.-

De nuestro estu

dio sobre la teoría del estado nos hemos percatado que éste se compone de varios elementos; uno de ellos es el gobierno, Estado y gobierno no se identifican ni son la misma cosa.(1). Por eso también son distintas sus respectivas formas: una es la forma de estado y otra la forma de gobierno.

A) FORMA de Gobierno es la manera de organizar la institución gubernativa o sea, el conjunto de órganos que ejercen el poder estatal a través de funciones específicas. Se refiere según Loewesteine, al ordenamiento funcional de los diversos órganos en el proceso de determinación de la voluntad estatal(2). Si aceptamos con Goldschmidt, -- que el estado en el orden de las conductas es régimen encargado de repartir potencia e impotencia, el gobierno se confunde con los repartidores poderosos. La conclusión es acertada porque en lo fáctico sólo hay personas físicas y voluntades humanas; la agrupación de las primeras en la institución estatal exige que ésta sea provista de repartidores o gobernantes, con calidad de órganos del estado, al cual se pueda imputar aquellas voluntades concretas. Cuando Linares Quintana dice que en la semántica constitucional el gobierno es la organización mediante la cual la voluntad del estado es formulada, expresada y realizada, está recogiendo la idea de que el estado actúa y se expresa a través de órganos de gobierno que son personas físicas - repartidores-. Esos individuos repartidores, al asumir jerarquía y calidad de órganos de gobierno, organizan las magistraturas del estado, y esa organización es la que Adolfo Posada define como forma de gobierno(3).

(1) Segundo Linares Quintana, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional.

(2) Karl Loewestein, Los Sistemas, las Ideologías, las Instituciones

(3) Adolfo Posada, Tratado de Derecho Político.

B) En cambio la forma de estado ya no es la forma de uno de sus elementos, sino de la institución misma, del propio estado como régimen como realidad política. Si en el orden de las conductas el estado es régimen, dentro del cual se realiza un reparto, la forma o manera de hacer ese reparto sería equivalente a lo que se da en llamar forma de estado. En definitiva implica el modo mismo de ejercer el poder. Siendo poder el estado afirma Burdeau, las formas de estado corresponden a las formas de ejercer el poder. Y Gropalli distingue las formas de gobierno como modos de formación de los órganos del estado, sus poderes y relaciones, mientras que a las formas de estado las considera como estructura del estado y relación entre el pueblo, el territorio y la soberanía.

Posada ha escrito que la forma de estado expresa la manera según la cual su actividad funciona, y el funcionar se concreta en una organización y en una estructura; refiérese, pues, la forma al modo estructural del poder o de los poderes políticos, o bien a la organización mediante la cual estos poderes realizan su respectiva acción eficaz, sus funciones.

CLASIFICACION DE LAS FORMAS DE GOBIERNO.-

La teoría política conoce - múltiples clasificaciones de las formas de gobierno, algunas con tradición antigua platónica, aristotélica y romanista. A nosotros nos interesa averiguar cómo las recoge el derecho constitucional.

Una primera clasificación se basa en un criterio puramente cuantitativo o sea, en el número de personas que ejercen el poder. Cuando está en manos de uno, el gobierno es monárquico; cuando lo está en la de pocos es aristocrático; y cuando lo está en la de muchos es democrático. Tenemos así el reino, la aristocracia y la democracia. A estas formas se les ha llamado puras en oposición a las impuras o corrompidas.

La doctrina tomista, fundándose en el pensamiento del Estagirita, hizo de la monarquía el gobierno de una sola persona que ejercita su poder en base a la superioridad de capacidad, y que gobierna — según la virtud, pero de acuerdo con su voluntad y no con la ley. Cuando gobierna sometido a la ley, la monarquía es propiamente — constitucional o sea limitada. La aristocracia es el gobierno de — una minoría elegida exclusivamente por su virtud, y que actúa de — acuerdo con la ley constitucional. Cuando el régimen se desentien- de de toda otra dignidad que no sea la libertad se llama democra - cia. La libertad consiste en no ser dirigido por otro, sino por — sí mismo, ni hacia otro fin, sino dirigirse uno a sí mismo y hacia el fin propio de la ciudad. Esta libertad pertenece a todos, y el poder es distribuido entre todos según esa misma libertad. Estos esquemas teóricos son demasiado simples para que el orden de la realidad los registre tal cual han sido elaborados. Aunque en — tre quienes ejercen el poder haya un individuo cuya voluntad predomine o se imponga, no podemos decir que el gobierno pertenece a — uno solo; siempre un órgano gubernativo prevalece sobre los otros. Y asimismo considero imposible que realmente el gobierno pueda estar en manos de una sola persona, porque en el hecho ésta requeriría siempre de otras; nadie gobierna solo. Luego la monarquía pura tal como la defiende la doctrina cuantitativa, está al margen del orden existencial, tanto si se la toma como el gobierno de uno solo como si la reputamos gobierno de una persona cuya voluntad prima sobre las otras (porque en este caso — que es común a cualquier forma — todas serían monarquías). En cuanto a la aristocracia, en — tiendo que como gobierno de pocos sería la única forma realmente existente; pero cuando se le añade el requisito de que se los escoja por la virtud, tampoco podemos registrarla fácticamente; el poder no es detentado por el elenco minoritario según su virtud, —

sino por otros motivos - elección, designación, títulos varios-. Por fin el gobierno de la multitud, o la participación de la muchedumbre en el poder es utópica, como más adelante explicaré.

Otros autores ensayaron clasificaciones distintas, Maquiavelo distinguió la república del principado; Montesquieu la república, la monarquía y el despotismo, ect. Pero tal como observa Xifra Heras, en la actualidad ya no resulta útil la tradicional distinción de los sistemas políticos para clasificar las formas que la realidad ofrece (5) En primer lugar no hay estado moderno en el que no haya más de un órgano gubernativo, con lo que la definición de monarquía como gobierno de uno quedaría eliminado; en segundo lugar, un mismo estado puede encuadrarse en más de un tipo clásico, según el ángulo desde el cual se le contemple; en tercer lugar las formas de gobierno pueden dividirse en distintas clases atendiendo a otros tantos criterios: - por ejemplo según como se distribuyan las competencias entre los órganos de gobierno o cómo se estructuran las fuerzas políticas, o cuáles son las relaciones entre aquellos órganos, ect.

Para el constitucionalista es mejor atender a la realidad que a la teoría; más provechoso registrar las variedades, que catalogarlas, y ello porque como bien anota Burdeau, no hay órganos ni ejecutivos ni órganos legislativos: hay un jefe del estado, un presidente de la república, unas asambleas, un gabinete ministerial, un presidente del consejo de ministros, ect. En efecto poco interesa que el jefe del poder ejecutivo se llame presidente, monarca, primer ministro, o de cualquier otra manera; lo que interesa es cómo se relaciona con otros órganos- por ejemplo con el parlamento o con cualquier otro cuerpo deliberativo- ; cómo se compone por ejemplo si es monocrático personificado en un sólo individuo, bipersonal o colegiado; si puede considerarse como resultado de una voluntad personal o de voluntades múlti

(5) Jorge Xifra Heras, Formas y Fuerzas Políticas.

ples - monarquía o república-; si actúa por sí mismo o con independencia, o si en cierta forma depende del parlamento - regímenes presidencialistas o de gabinete-, ect. El estudio de estas formas es inagotable, y sería necesario pasar revista a todas las constituciones para abarcarla íntegramente. Lo que quiero señalar es que la forma de gobierno generalmente responde a una previsión normada legalmente, o sea a una constitución escrita o a una ley constitucional, y que no obstante las mutaciones constitucionales que introduce la práctica, se mantiene tal cual surge de aquellas normaciones por ejemplo, no obstante el evidente desplazamiento fáctico de competencias a favor del órgano ejecutivo, y la consiguiente declinación del parlamento, no podemos decir que en lo fundamental se hayan alterado las formas de gobierno de los respectivos estados - Norteamérica, Inglaterra, ect-. Por excepción puede haber estados que tengan en la realidad formas de gobierno que no corresponden a las normadas en la ley; por ejemplo, España es una monarquía en la ley de sucesión, pero en la práctica posee un gobierno sui generis sin rey.

Atendiendo al orden de la realidad, Ernesto Palacio afirma que en verdad no se conocen históricamente monarquías, aristocracias ni democracias en estado puro. " No ha existido nunca ni existirá un rey absoluto a la cabeza de un pueblo de iguales y que le gobierne directamente, sin una categoría intermedia de nobles o de funcionarios — que, por ser tales, gozarán también de una cierta suma de poder." Ni un grupo aristocrático que dirija a una comunidad más vasta en forma colectiva, sin que tenga a su cabeza un magistrado único, que sea árbitro siquiera de sus discordias y dueño por lo tanto de la decisión suprema. Ni un pueblo que se gobierne directamente a sí mismo y no por intermedio de un jefe plebicitado. Aunque los principios vigentes adjudiquen el poder al monarca, a un senado aristocrático o a la asamblea popular, el gobierno resultante será siempre, por la natura

leza de las cosas, por la índole propia de la sociedad política, un gobierno mixto compuesto de los tres elementos. Es decir que se da simultáneamente el poder personal, la minoría dirigente y el pueblo. (6).

FORMAS DE ESTADO.

No hay duda que son las formas de estado las que — más importancia revisten. Dice Burdeau que el mejor método para abordar una clasificación de dos regímenes es atenerse a la opinión del profano, conforme a la cual dos grandes formas políticas dividen al mundo: los regímenes autoritarios y los regímenes democráticos. Esto ya escapa a la forma de gobierno, y hace al estado mismo, a su propia forma en cuanto a régimen o sistema político. La idea de régimen dice bien Xifra Heras, engloba tanto el aspecto formal (engranajes — constitucionales) como el material (principios programáticos) de la — estructura de las sociedades políticas. Ya la noción aristotélica — to — mista de régimen como contextura política o modo de ser de la ciudad era más amplia que la muestra actual de gobierno o institución gubernativa.

Las formas de estado implican una manera de ejercer el poder; según el poder sea ejercitado por medio del gobierno que en último término se reduce a los hombres titulares del poder, así será la forma de — estado. El poder estatal en relación con la base física del estado o territorio origina dos formas fundamentales: la unitaria y la federal en las que aparece concentrado o dividido con base geográfica. El poder estatal en relación con el elemento humano o población origina tres formas fundamentales: autoritarismo, totalitarismo, y democracia.

El poder en relación con el elemento humano importa una política, una toma de posición, una dinámica del estado frente a los hombres y a los grupos de hombres.

(6) Ernesto Palacio, Teoría del Estado.

Como esa dinámica es impulsada por los órganos gubernamentales que son individuos- la forma de estado queda sujeta a las mutaciones del obrar humano, y es sumamente alterable, precisamente por ser susceptible de variar cada vez que varía la decisión política a tenor de la voluntad de los gobernantes. La forma federal aunque puede desvirtuarse en la práctica, siempre subsiste en una mínima expresión a través de los órganos locales; quiere decir que la mutación no llega a destruirla íntegramente. En cambio la forma democrática, que es un puro quehacer desvinculado de la organización de las instituciones gubernativas, al depender exclusivamente de la actividad política, puede ser totalmente allanada en los hechos. De tal modo la democracia es más sensible que el federalismo.

La clasificación de las formas de estado en autoritarias, totalitarias y democráticas no coincide exactamente con la que Linares Quintana hace, en gobiernos constitucionales y gobiernos autoritarios; el único punto de contacto estaría en que para mí la democracia como para él el gobierno constitucional, realizan la libertad. En efecto, la anti-democracia en sus dos formas -autoritaria y totalitaria- niega la libertad; pero mientras el autoritarismo sólo acentúa fuertemente el poder estatal e impone su presión asfixiando la libertad, el totalitarismo es ya la hipertrofia del estado cuyo poder lo puede todo en una expansión ilimitada.

Tampoco mi clasificación equivale a la que opone los regímenes constitucionales a los absolutos. En efecto desde la doctrina tomista, los primeros han sido los que deben actuar con sujeción a normas previas, con calidad de leyes constitucionales; y los segundos aquellos en los que el gobierno se ejerce sin sumisión, exclusivamente de acuerdo con su voluntad. De tal distinción no se desprende necesariamente, que el régimen llamado constitucional realice la libertad, y que el llamado absoluto la lesiones, porque

bien puede darse el caso de que la ley constitucional sea injusta, o que siendo justa no se cumpla, con lo que la libertad padece de trimento en el orden existencial; como el inverso, de que el gobernante, sin sujetarse a ninguna ley positiva, ejerza un poder justo y haga efectiva la libertad.

Las ideas desarrolladas hasta aquí, me llevan a precisar: primero el contenido y extensión de la forma de estado; segundo se concretan los puntos neurálgicos de mi tesis, que se agotará en el estudio de la Democracia : A) Como forma de gobierno; B) Como forma de estado.

CAPITULO V.

I). LA DEMOCRACIA COMO FORMA DE GOBIERNO
ES MITOLOGIA CONSTITUCIONAL.

II). LA DEMOCRACIA COMO FORMA DE ESTADO.

I). El artículo 40 de la constitución vigente, textualmente dice: Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

De acuerdo con lo sostenido en el capítulo anterior, examinaré el artículo 40 de la constitución en la siguiente forma: Primero la Democracia como forma de gobierno, sus bases dialécticas y críticas; segundo la Democracia como forma de estado y su contenido.

En la doctrina política clásica adoptada por nuestra constitución, la definición constante de la Democracia se logra desde tres supuestos íntimamente vinculados, y que se condicionan recíprocamente:

A) El gobierno del pueblo por sí mismo, o gobierno de todos; B) La soberanía del pueblo o de la nación; C) La representación o gobierno del pueblo por medio de representantes.

Es necesario examinar cada una de las bases dialécticas de la Democracia, como forma de gobierno, con el objeto de examinar su contenido teórico, su facticidad, y proponer soluciones.

CRITICA DE LAS TEORIAS DE LA SOBERANIA DEL PUEBLO Y DE LA SOBERANIA NACIONAL.

La disquisición doctrinaria sobre estas teorías políticas es indispensable hacerla, ya que ha sido normativamente constitucionalizada en el Derecho Mexicano, y forman un sostén importante para el viejo concepto de la Democracia.

A través del articulado de nuestra constitución podemos descubrir dos tendencias: una que derivada de Rousseau, confiesa la soberanía popular, erigiendo al pueblo en su titular, y otra que sustituye al pueblo por la nación, en un artificio que se ha pretendido de más rigor científico(1). La teoría del pueblo soberano es más bien de filiación constitucional americana, encarnando en el derecho público de las colonias inglesas de Norteamérica y entroncando con el puritanismo y la libertad religiosa de la Reforma; el sabor del pacto o contrato social se acusa notablemente, así como el de la doctrina del sacerdocio de todos los creyentes, que se traslada como fundamento de la soberanía y del poder de todo el pueblo. Doctrinariamente proviene de Rousseau en quien está explicitada la idea de participación de cada individuo en la autoridad, en el gobierno y en la soberanía.

La teoría de la nación soberana quedó radicada en el pensamiento francés, en cuyo constitucionalismo la nación personificada se convirtió en el soporte de la soberanía. La entidad nación, dice Sánchez Agesta facilitó la solución del problema de conciliación entre el concepto monárquico de soberanía expuesto por Bodin y Hobbes, y el popular de Rousseau. Bluntschli va a decir que la nación es un todo necesariamente unido, una persona jurídica, mientras la sociedad—equivale al pueblo— es una unión accidental de individuos, sin personalidad de conjunto. Desde entonces, como bien resalta Garfía Pelayo, en la historia constitucional francesa ha sido una constante la afirmación de la soberanía nacional como principio de legitimación del poder político. El constitucionalismo de Francia entiende que la soberanía reside en la nación en cuanto a persona, sin que los individuos participen en esa soberanía ni puedan atribuirse su ejercicio.

(1) Guillermo Izquierdo, El Gobierno Representativo.

Tan confusa y desprovista de calidad científica es la doctrina que los mismos autores franceses discrepan. Así, mientras Barthelemy dice que la soberanía nacional es el modo de expresión más jurídico del principio democrático, y Esmein que se armoniza completamente con la república democrática, Carré de Malverg entiende que la Democracia se da exclusivamente en la doctrina de la soberanía del pueblo, reservando para la de la soberanía nacional la denominación de régimen representativo. Por fin, Duguit niega con todo acierto la personalidad y la soberanía de la nación, tachándolas de mito; Bonnard, de pura ficción carente de sentido. Hauoriou, por su parte, al resumir la teoría de la revolución, confunde nación y pueblo, diciendo que el principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación o en el pueblo, es decir en la universalidad de los ciudadanos con lo que parece apartarse ahora de quienes niegan participación de los individuos en la soberanía atribuida a una persona distinta de esa pluralidad que es la nación.

La mayoría de las constituciones americanas se inclinan por la teoría de la soberanía del pueblo. Así la de Bolivia, Cuba, Guatemala, Paraguay, ect. Las fórmulas no son idénticas; mas expresan que el pueblo es fuente de todo poder político, o que el poder emana del pueblo; otras que sólo el pueblo es soberano. Por fin nuestra constitución mezcla la soberanía popular y la nacional en esta declaración del artículo treintamueve: La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo.

MI CONCEPTO acerca de la Soberanía.-

El poder del estado es susceptible de calificarse como soberano. La soberanía como nota del poder de algunos estados - hay estados perfectamente tales sin soberanías típico del derecho político o de la teoría del estado. Pero en la medida en que la constitución se hace problema de la soberanía, tenemos que considerarla también en nuestra materia.

Una primera noción de autodeterminación aunque insuficiente, nos aproxima al concepto. El estado es un grupo social o comunidad sin subordinación a ninguna otra en cuanto es sociedad perfecta, y posee por ello, los medios propios para realizar su fin. Es la comunidad más alta en el orden de valoraciones que rige o sea en la temporal -por oposición a lo espiritual-. Pero eso no basta. La soberanía no puede predicarse así sin más ni más, de todo estado, como cualidad de la sociedad perfecta en sí misma. Y ello porque la soberanía es cualidad del poder estatal en cada estado concreto, en su individualidad singular e histórica y también en su positividad constitucional.

¿Qué es, entonces, la soberanía?. El poder del estado soberano no depende de otro en el orden positivo, no se vincula ni se conecta con ninguno colocado más arriba; es supremo, y está supraordenado con respecto a todos los demás, en expresión de Dabin. Pero hay algo más que nos brinda eficazmente la teoría de Kelsen; para el autor de la teoría pura, la soberanía es propiedad del orden jurídico (en esto disiento, pues para mí es cualidad del poder estatal) consistente en que sea un orden supremo cuya vigencia no es derivable de ningún otro orden superior(2). Me parece exacto vincular la soberanía al orden positivo del estado, y por ello la defino como la cualidad de aquel poder que para organizarse jurídicamente no reconoce, dentro del ámbito de relaciones que rige, otro orden superior de cuya normación positiva derive lógicamente su propia validez normativa. Por eso la soberanía no es un problema abstracto sino positivamente singular de cada estado.

La soberanía es problema para el orden de la realidad y para el orden normativo. Para el primero, porque el ejercicio del poder constituyente originario que crea al estado se cumple fácticamente a través de conductas humanas que son las que van a estructurar su po

(2) Hans Kelsen, Compendio de Teoría General del Estado.

der en conexión con otro orden positivo, o con total independencia de cualquiera. Para el segundo, en cuanto esas conductas humanas van a dar una forma normativa al estado a través de su constitución -normada legalmente o extralegalmente-, y porque la formulación va a ser distinta en un supuesto o en otro, es decir según que la organización jurídica se efectúe asignando o no soberanía al poder estatal. Quiere decir que tal organización es impulsada por un acto y un poder constituyentes, que estructuran de tal o cual forma al poder estatal; cuando lo hacen sin reconocer a un orden superior de validez para el ordenamiento positivo que dan al estado, atribuyen la nota de soberanía al poder de éste último. Pero quede bien en claro que la soberanía no se confunde con el poder constituyente, porque éste es exterior al poder constituido del estado -aunque en estados con constituciones no rígidas esté válidamente a cargo de él - y la soberanía sólo tiene sentido como cualidad del poder del estado.

La soberanía no tiene titular. No existe un sujeto de la soberanía, ni siquiera el propio estado. Es una cualidad que no reside en nadie. Es intrínseca al estado, cuyo poder es soberano. La soberanía es una cualidad del poder que no pertenece propiamente a nadie, ni antes de formar la sociedad, ni durante, ni después, como la blancura no pertenece al objeto blanco. Se superpone al poder ya constituido para caracterizarlo como el más elevado.

Niego que haya un titular nato de la soberanía, que la posea potencialmente en un supuesto período preestatal, para la posterior formación de la comunidad política. No debe equipararse por eso con el poder constituyente, por las razones antes señaladas.

Con estas nociones, podemos juzgar las declaraciones que normativamente existen en nuestro documento constitucional con carácter de proclamación enfática y solemne, y que están desprovistas

de todo sentido. La soberanía no cobra existencia porque así lo diga una constitución escrita, sino porque se haya constituido al estado en el orden de la realidad como desvinculado de todo otro orden positivo de validez. En el orden normativo, la soberanía será una consecuencia de lo que haya acaecido en el orden existencial al constituir al estado; si fue constituido con un poder soberano, toda la normatividad responderá a esa realidad, sin necesidad de formulaciones especiales. Y si no lo fue será inútil toda referencia escrita a una soberanía que no existe.

Igual suerte corren las normas sobre titularidad de la soberanía. Cuando las constituciones pretenden definir que reside en el pueblo, en la nación, ect, incurren en teoricismo inocuo. La soberanía no es algo que quede a merced de un artículo de la constitución escrita, algo que reside en tal o cual sujeto según lo diga la norma. Como calidad del poder estatal que no tiene titular ni residencia, queda prácticamente al margen de las declaraciones habituales en los textos modernos, no necesita de ellas, ni depende de lo que afirmen o nieguen. Es un caso típico de disposiciones que permanecen incrustadas en el sistema normativo, sin posibilidad de regulación efectiva en el orden de la realidad .

Quando por ejemplo las constituciones modernas proclaman que la soberanía reside en el pueblo, o que reside en la nación o que todo su poder emana del pueblo, o que el pueblo es la fuente del poder, ect., no describen algo que ya esté aconteciendo en el orden de la realidad, o que vaya a acontecer, o que deba acontecer, de esa manera porque ellas lo prevean anticipadamente. ¿Qué posibilidad efectiva existe para el pueblo o para la nación en un estado que comienza su carta constitucional inscribiendo tan solemnes principios? ¿Acaso el pueblo podrá fácticamente, hacer algo más o algo menos según que tenga o no escrito a su favor un artículo asignándole la soberanía? Tales normas, vuelvo a repetir, no son admitidas por el orden de la realidad ni suscepti

bles de modificarlo o adecuarlo a sus pretensiones, careciendo además de todo sentido programático por la misma razón de que resultan ab initio impotentes.

Del análisis, conceptos y críticas sobre la soberanía popular o nacional, hemos concluido que esta vieja y a la vez nueva teoría, sostenida por los jóvenes viejos, no es cierta; cayendo así el primer pilar doctrinario de la Democracia clásica.

Autogobierno.

Aunque en un orden lógico la idea de autogobierno fundamenta a las otras dos, quise referirme a la segunda —o sea a la soberanía popular y nacional— antes de ensayar la crítica de conjunto a toda la dogmática de la democracia popular, porque entendí que convenía conectar la soberanía con las nociones fundamentales acerca del estado en el orden constitucional. Pero debe tenerse presente que en la dialéctica de la democracia no se puede comprender ni la soberanía popular o nacional, ni la representación, si no se intuye previamente el principio del gobierno del pueblo como categoría básica. El pueblo ha devenido sujeto de gobierno, de soberanía y de representación; la teoría ha pasado a las normaciones constitucionales de forma escrita, para erigirse en mito del derecho constitucional. La muchedumbre que doctrinariamente se ha encaramado en el gobierno ha dado el tono a las fórmulas constitucionales, que se inspiran en la idea tan bien sintetizada por Kelsen: El estado somos nosotros. En la traducción que él del mismo principio hace Carré de Malberg en su doctrina del estado: En la democracia propiamente dicha, el pueblo soberano significa que el estado, como persona, no existe sino por el pueblo y por él se confunde con los ciudadanos. El estado se resuelve aquí en sus mismos miembros, se confunde con la totalidad de ellos. Es una empresa de coparticipación y de congestión.

Para mí, la formulación constitucional de la democracia como forma de

gobierno es pura normatividad escrita, que no encarna en el orden de la realidad; y no encarna porque es fácticamente, imposible. Lo que es imposible -dejó escrito Alberdi- no es del dominio de la política. Existencialmente el gobierno del pueblo es irrealizable, y no sobrepasa a una utopía constitucionalizada en la norma escrita. La única fuerza inherente a la soberanía nacional tal como entiende este concepto las escuelas liberales, es la anarquía; y su aplicación menos ilógica la democracia directa decía Vázquez de Mella. Si la democracia fuera verdad, agregaba, sería directa y no representativa. En efecto la democracia como forma de gobierno popular no es susceptible de realización; la práctica -- constitucional no la registra ni puede registrarla. Hipótesis de laboratorio la llamaremos con Jiménez de Aréchaga.

Debin decía que la forma de gobierno democrático más comúnmente practicada, porque es de ordinario la única practicable, es la democracia representativa; y coincide Guillermo Izquierdo cuando anota que el gobierno democrático llevará más adelante a estudiar cómo se constitucionaliza la representación, y a concluir, afirmando que ésta también está científicamente invalidada.

El gobierno del pueblo que es el sustento de la democracia como forma de gobierno, conspira contra un hecho de lógica innegable y de constatación empírica: el gobierno es siempre minoritario, porque responde a una ley sociológica que nadie como Ortega ha estudiado con tanta profundidad: la articulación social de la minoría y la masa en torno a las funciones sociales de mando y obediencia. La distinción fáctica entre gobernantes y gobernados es un hecho irreductible, por más que la teoría y la norma reiteren su identidad. En el orden de las conductas siempre hay pocos que dirigen y muchos que obedecen; ello es así, debe ser así y no puede dejar de ser así. La naturaleza política del hombre que exige la existencia de una formación política cualquiera

sea su singularidad histórica, reclama la simultánea existencia de un gobierno. No puede haber estado sin gobierno, y no puede haber gobierno de todos, sino de un grupo minoritario; en definitiva de los hombres con calidad de órganos o titulares del poder.

Goldschmidt destaca que el reparto autónomo o democrático puede resultar imposible por falta de posibilidad lógica o de posibilidad de hecho (2). Para mí, hay imposibilidad lógica en el gobierno del pueblo -reparto autónomo puro- por no existir la igualdad necesaria en los repartidores -la totalidad del pueblo-. Goldschmidt apunta - que esa igualdad no se da entre técnicos y profanos, siendo evidente que el órgano de gobierno implica una técnica y la totalidad del pueblo es profana en la materia. Y hay imposibilidad de hecho en - que esa pluralidad asuma la autodirección política, porque todos - gobernándose a sí mismos equivale al caos.

Algunos autores menos rigurosos, admitiendo que el gobierno del pueblo es irrealizable, tranzan con la realidad pero no con la teoría, y procuran mantenerlo a través de ficciones jurídicas. Así se ha querido salvar la democracia en el referéndum, en el acto electoral, en las técnicas de la libertad política que, según Hauoriou se confunde con el self-government. Gil Fortoul por ejemplo, admite - la función electoral como el reducto actual del gobierno directo, - y Carré de Malberg repara en el acto eleccionario como el único posible por parte del pueblo, al que considera una masa común sin suficiente grado de capacidad y prudencia.

Jellinek considera al pueblo como órgano del estado, tanto cuando - ejerce funciones directas en el acto electoral, como cuando actúa a través de un subórgano que es el cuerpo legislativo. Para mí, la mera participación en la designación de otros órganos estatales no - erige al pueblo elector en órgano del estado; el acto electoral no importa el ejercicio de una función o potestad pública, que es el - único que confiere calidad de órgano al titular de éstas. Otorgar

uno su sufragio o asentimiento a un candidato dice Dabin no es, hablando con propiedad, efectuar un acto de ejercicio del poder que - entre en el proceso psicológico de las operaciones de voluntad del estado. Elegir al gobierno no es tomar parte en él, ser soberano y elegir al soberano son cosas totalmente distintas. El sufragio no está dentro de la órbita dinámica del poder estatal; es algo exterior, algo que se ejerce afuera; una técnica o un procedimiento de designación de los órganos de gobierno, sin participación alguna en él.

Idéntica observación hago con respecto al referéndum, que tampoco - pasa de una mera intervención o expresión de voluntad en lo referente a cuestiones gubernativas o legislativas. En definitiva el acto eleccionario no es más que una técnica de designación del personal gubernativo; y el referéndum, la concurrencia limitada del pueblo a ciertos negocios públicos.

Hasta aquí he rebatido los dos primeros upuestos de la democracia popular; el pueblo no puede gobernar, y el pueblo no es titular de la soberanía. Aunque el sistema de normas así lo defina, el orden de las conductas resiste a la norma por impracticable. Me queda — ahora el tercer estadio dialéctico de la democracia que está dado por la representación política, y que es la ficción donde se resguarda la teoría para salvar sus bases ideológicas; el pueblo, se dice, no puede gobernarse directamente, pero lo hace por medio de representantes; sólo es factible en el orden de la realidad, obtener aproximaciones.

Aún así, tampoco acepto esta solución que se quiere proponer como transacción entre la norma teórica que declara el gobierno del pueblo -y el orden existencial- que no lo puede objetivar. La representación, para mí, es el último mito político que integra toda la dogmática de la democracia popular. No creo en las aproximaciones al gobierno directo, ni en las ficciones de que el gobierno se ejerce -

por intermediarios; o el pueblo gobierna o no gobierna; no hay términos medios. De esta negación me ocupo a continuación.

LA REPRESENTACION.

El sistema representativo tal como las constituciones modernas lo recogen puede definirse con el concepto de Carré de Malberg: sistema constitucional en el que el pueblo se gobierna por medio de sus elegidos. La democracia es llamada representativa, apunta Davin, en el sentido mismo de que el pueblo mismo gobierna, o se considera que gobierna pero por medio de sus representantes.

La teoría representativa es explicada por los constitucionalistas que las entienden y apoyan, como una relación de una persona con otra o varias, en virtud de la cual la voluntad de la primera se considera como expresión inmediata de la voluntad de la última, de suerte que jurídicamente aparecen como una sola persona.

El medio jurídico para imputar al pueblo el ejercicio gubernativo de los órganos estatales fue, en un primer momento, el mandato. La figura así vista pasó así al ámbito del derecho constitucional; en la teoría representativa, la nación o el pueblo como persona titular de la soberanía, confiere el poder, de ejercer esa soberanía en su nombre. La relación de mandato puede ser realmente efectiva cuando la representación es fácticamente una vigencia; o sea, cuando la representación de estos elementos, de grupos, de corporaciones. En esas situaciones se otorgaba un verdadero mandato imperativo en forma de instrucciones al representante, que en realidad asumía la representación pública del cuerpo o sector que lo designaba. Pero en el llamado régimen democrático indirecto, en el que no hay representación, tampoco hay mandato.

La teoría representativa traslada a la normatividad constitu

cional, está íntegramente afectada de invalidez. En primer término, considera al pueblo como una unidad; para hacer viable la representación unifica a la comunidad popular en una sola entidad; la universalidad de sus miembros se torna una, de modo tal que, como dice Conde, el pueblo constituye el punto supremo de imputación de lo político, y ayunte en una voluntad común individualizada a la muchedumbre inconexa de voluntades individuales. Ese pueblo sujeto de representación es el mismo pueblo gobernante y soberano.

Sin embargo, el pueblo no es más que una colectividad, que carece de la unidad que se le atribuye. No tiene unidad jurídica ni individualidad institucional. Y sólo pueden representarse las entidades colectivas que tienen una cierta unidad derivada de su carácter institucional o de su condición de personas morales o jurídicas; o bien las pluralidades de personas físicas que manifiestan una voluntad común para un negocio jurídico determinado, o que tienen un interés solidario. Pero nunca puede representarse la oposición de intereses de un conglomerado de individuos con divergencias de opiniones, de propósitos y de fines. La representación exige que el fin para el cual ella se confiere revista la pluralidad de cierta unidad; representación para algo común, para un mismo fin. Se comprende que la totalidad del pueblo o el pueblo como entidad, carecen completamente de unidad. Es decir, que el supuesto representado no es susceptible de representación en el orden de la realidad; el recurso de apelar al orden normativo para tomar los esquemas de la representación carece de toda justificación científica; las construcciones ideales no pueden ser utilizadas sin más ni más, como ocurre en este caso.

En segundo lugar, aunque el pueblo o la nación fueran representables, corresponde preguntarse qué necesidad hay de suponerlos representados. Porque es evidente que la representación — en cuanto imputa al representado los actos del representado — implica siempre una ficción jurídica; y de las ficciones en el derecho no hay que echar

mano salvo cuando es imprescindible, o sea, para proteger ciertos intereses que sólo de ese modo se pueden tutelar; por ejemplo, - la ficción de que el concebido ya ha nacido para todo lo que pue de significar beneficio.

En el caso de la representación del pueblo, además de faltar la base real de sustentación, falta la necesidad que autorice a usar la ficción. No la hay para suponer que el pueblo se gobierna por medio de representantes, salvo que se parta del a priori de que el pueblo debe gobernar; si suprimimos este prius lógico, que — carece de toda justificación, podemos prescindir de la ficción — representativa. Porque lo que la justicia demanda es que el pueblo sea bien gobernado, justamente gobernado; nunca que él se go bierne a sí mismo, porque la justicia en el orden humano no pue de imperar como valioso algo que siempre y en cualquier parte es fácticamente irrealizable.

Puedo afirmar con seguridad que el pueblo que no puede gobernar y que no es titular de la soberanía, tampoco es representado. La democracia como forma de gobierno, tal cual la describen las comtituciones escritas de la edad moderna, es sólo un esquema ideal del sistema de normas que no se objetivan nunca en el orden de — las conductas. La constitución real, la vigencia constitucional nunca la convierte en régimen. ¿ No existe entonces la Democracia? Existe como forma de estado y de ella diré algunas palabras en este capítulo.

CRISIS de la Representación.—

Hoy se habla de una crisis de la representación política, y se asiste a ella. En la realidad constitucional se hace visible que la previsión normativa no funciona; en una palabra, que no hay tal representación. La fórmula constitucional ha quedado — como no podía ser de otra manera — relegada al papel donde fue escrita solemnemente. Correlativamente la so -

ciudad ha perdido su confianza en las cámaras legislativas, y ha constatado su ineficacia y su inoperancia. Los parlamentos no — sirven para nada, ha dicho Vázquez de Mella. Son parlamentos de charlatanería añade Berdiaeff.

Evidentemente, la práctica constitucional se ha habituado a que previamente a la sanción de algunas leyes, se efectúen consultas a sectores sociales extraparlamentarios, se realicen reuniones — con técnicos, se recaben informes de organismos diversos, se recojan datos de la realidad social, ect. ¿ Y por qué? Vázquez Mella decía que cada vez que en España se producía una grave cuestión agraria, se había una información extraparlamentaria; quiere decir, observaba, que los intereses agrícolas no estaban representados en el parlamento, porque si lo hubieran estado no hubiese sido necesario ir a averiguar a afuera. Hoy ocurre lo mismo; se va a compulsar la realidad fuera del parlamento porque en él no está representado el pueblo; y ello no es una acusación que vaya en detrimento del parlamento, porque el pueblo como totalidad — nunca puede ser representado; la acusación va contra la teoría y contra el constitucionalismo que le dió curso en las normas escritas.

Sin embargo, en el parlamento de hoy hay una representación única y verdadera y es la de los partidos políticos, exclusiva fuerza política que tiene cauce legal para obtener una representación real en el orden de las conductas. Los partidos están representados — y ellos exclusivamente— en los órganos legislativos; y nada más que ellos. Las demás fuerzas no tiene posibilidad legal de ser representadas. Pero la logran fácticamente en el orden — existencial. Por eso, como dentro del parlamento sólo hay representantes de los partidos políticos, y ellos no pueden saberlo todo, cuando se discuten problemas específicos deben acudir en busca de informes extraparlamentarios, a las representaciones —

espontáneas de las fuerzas sociales y políticas que existen y viven en la sociedad. Y estas mismas fuerzas deben, otras veces, hacer presencia ellas mismas, aunque no las requieran y aunque las rechacen porque así lo impone la inexorable ley de la realidad, porque las representaciones de intereses vitales pueden más que las leyes y las constituciones escritas, y penetran fácticamente aunque las vías legales no les den curso.

En la comunidad pluralista se mueven y desarrollan un sinnúmero de agrupaciones de índole sindical, económica, cultural, espiritual; son los grupos de interés que según Linares Quintana define como agrupaciones de individuos formados en torno a intereses particulares comunes, cuya defensa constituye la finalidad substancial de la asociación. Hasta aquí todo se limita al reconocimiento constitucional de la libertad de asociación, del derecho a constituir entidades privadas. Pero desde que empieza una operación política diferente: esos grupos de interés se convierten en protagonistas de un papel político, y pasan a presionar al estado siempre en procura de sus fines comunes; son ya grupos de presión, grupos que actúan como fuerzas sociales dentro del estado.

El despliegue de esa actividad los convierte en verdaderas fuerzas políticas (3), que con su propia ideología penetran en el ámbito del poder político, influyen en las decisiones del poder, imponen pretensiones y puntos de vista. Todo ello para conseguir por intermedio de los actos políticos de los poderes oficiales, que los intereses del grupo adquieran realidad social. La presión se ejercita sobre los propios miembros del grupo o sobre la opinión pública, sobre los partidos políticos y necesariamente sobre el estado, porque es fundamental que pretendan presionar al poder público. La estrategia de los grupos de presión está, precisamente en llevar a las decisiones del poder.

(3) Lucas Pablo Verdú, Ensayos sobre la Integración de las Fuerzas Políticas Contemporáneas.

Hice referencias a consultas extraparlamentarias; pues bien, he ahí una oportunidad para que los grupos de intereses presionen al parlamento, ejerciten amenaza, influencia o poderío sobre las cámaras con miras a la sanción de una ley que puede comprometer los intereses de esos grupos. Aprovechan la coyuntura para tener acceso a las decisiones del poder a través de la legislación que se propicia.

Todo esto significa que esos grupos no tiene cauce legal para hacerse representar ante el estado, y que necesitan presionar de hecho para dar presencia a sus intereses. Si el parlamento recogiera una representación funcional, los grupos de intereses que se truecan en -- grupos de presión tendrían un sitio previsto en las bancas. Pero como las constituciones escritas no asignan ubicación legal a tales -- agrupaciones, y como la realidad de la vida se filtra por las resquebrajaduras de las ficciones legalistas, los grupos de presión están frente al poder oficial como una fuerza de hecho, como un contrapoder.

Hay que buscar, para no caer en la desconstitucionalización, la integración de esas fuerzas en el ámbito político. Mientras tanto el problema señala la caducidad de los esquemas representativos que las -- cartas magnas de los estados han constitucionalizado normativamente, y denuncia que no hay tal representación política y total del pueblo en el orden de la realidad; en el orden de la realidad sólo hay representaciones parciales, las únicas verdaderas y las únicas posibles, porque el pueblo está diversificado en agrupaciones y sectores. La moderna teoría de los grupos de presión, y su vigencia práctica, nos afirman en la convicción de que la representación política es una ficción de la democracia popular.

Los grupos de presión han existido siempre. ¿ Por qué, entonces, los utilizo hoy para argumentar que la representación política está en -- crisis? Porque este fenómeno social, si bien de antigua data, nos ha

ce ver claramente que la única representación real en el orden de — las conductas es la suya, la funcional, la de intereses, y no la fic ticia de todo el pueblo que pretendió efectivizar el constitucional lismo moderno.

El auge de los grupos de presión como síntoma de la crisis represen tativa se conecta también con la decadencia de los partidos políti cos, que no obstante monopolizar la representación en los parlamen tos van perdiendo influencia, mérito y estima en la sociedad.✓

II). LA DEMOCRACIA COMO FORMA DE ESTADO.

En la teoría política y en — el constitucionalismo que he venido criticando, la Democracia ha si— do concebida como una forma de gobierno: aquella en la que el mismo pueblo soberano gobierna, sea directamente, sea por medio de repre— sentantes. He hecho una réplica a cada uno de los soportes básicos de esa Democracia: el autogobierno, la soberanía y la representación. Ahora tengo que ofrecer mi tesis acerca de la Democracia como una — forma de estado, o sea, de organización constitucional del estado — mismo.

Al estudiar las formas de estado en la relación del poder con el — elemento humano, dije que podían clasificarse en tres categorías: la democracia, el autoritarismo y el totalitarismo. La primera es la an títesis de las otras dos, que tienen como denominador común la antidemocracia.

En la lógica del hombre común, del hombre de la calle, se ha señalado desde hace tiempo la incompatibilidad entre el totalitarismo y la democracia, se los ha considerado como opuestos. Este dato tan simple me sirve para afirmar que, por lo menos en gérmen, asistimos a una trnasformación de la idea democrática. Ya no se habla de democracia apelando exclusivamente a la fórmula constitucional del gobierno o — de la soberanía del pueblo, ni siquiera las técnicas electorales, — sino especialmente haciendo referencia a un contenido bipolar: A) De

libertad y respeto a los derechos individuales; B) De justicia social; todo ello en la efectiva vigencia del régimen. Por otra parte, se ha podido comprobar que todas las definiciones democráticas acerca del pueblo gobernante y soberano, y todos los mecanismos electivos, no han logrado evitar, en ningún lado, el surgimiento de sistemas totalitarios que han hincado profundamente sus raíces en estados donde la apariencia de la democracia popular se mantenía casi perfectamente. Muchos dictadores advinieron al poder que ejercieron despectivamente ungidos por el voto popular —verdadera apostasía—; muchos conservaron incólume toda la apariencia elegante del constitucionalismo clásico acerca de la representación política, y con los mismos elementos que la democracia popular les proporcionaba fueron sancionando leyes que anulaban la libertad individual.

¿Qué decir entonces? Que si la democracia fuera una forma de gobierno quedaría cumplida cuando se dieran los supuestos ficticios — la inscripción constitucional del gobierno y de la soberanía del pueblo, y la representación política a la manera conocida por ella—. El funcionamiento de las prácticas políticas que se reputaron ejercicio de ese auto-gobierno, de esa soberanía y de esa representación debería haber sido suficiente. Sin embargo los mismos que defienden doctrinalmente estos dogmas básicos, fueron los que levantaron su voz para condenar el totalitarismo. Y la levantaron bien, sólo que sin abdicar de la ineficacia o de la ficción de la llamada democracia popular.

La democracia debe ser buscada en otra parte; no en la forma de gobierno —que hemos visto no puede ser como se pretende—, sino en la forma del estado, como un aspecto estructural organizativo del estado mismo, como el modo político-constitucional de ser que tiene el estado. No interesa qué forma tenga el gobierno; con cualquiera el estado puede ser democrático como régimen.

Algunos esbozos a manera de anticipo , han proclamado que la democracia no era una forma de gobierno. Muchos autores en búsqueda de la libertad se convencieron que las utopías del gobierno del pue - blo no añadían nada. El punto tumultuoso de la democracia, si bien producía la soberanía de las masas, era impotente para producir la libertad, escribía Estrada. Y ello porque la democracia no estaba y no podía estar -en el pueblo, ni en la soberanía, ni en el go - bierno- había que moldearla como un estilo de vida política, como una forma de régimen.

La democracia es un modo existente del estado, una forma política del mismo; debe darse en el orden de la realidad como vigencia y no sólo en el sistema de normas como ley; separándola de cuajo de toda referencia al gobierno, a la soberanía, a la representación, al electoralismo, ect., la defino como la forma de estado que, — orientada a la justicia social, respeta los derechos de la persona humana, de las personas morales e instituciones, y realiza la con - vivencia pacífica de todos en la libertad.

B I B L I O G R A F I A

Werner Woldschmidt	Introducción al Derecho
Werner Woldschmidt	La Ciencia de la Justicia
Manuel García Pelayo	Derecho Constitucional Comparado
Mirkiné Guetzevish	Modernas Tendencias del Derecho Constitucional
Balladore Pallieri	Derecho Constitucional
Fernando Lasalle	¿Que es una constitución?
Adolfo Posada	Tratado de Derecho Político
G. Jellinek	Teoría General del Estado
Alfonso García Gallo	Curso de Historia del Derecho Español
Segundo Linares Quintana	Derecho Constitucional
C. F. Glotz	La Ciudad Griega
León Homo	Las Instituciones Políticas Romanas
Félix Trigo Ciro	Derecho Constitucional Boliviano
A. Croisset	Las Democracias Antiguas
A. D. Lindsay	El Estado Democrático Moderno
Manuel García Pelayo	La Constitución Elemental, en Revista de Estudios Políticos
Von Otto Gierke	Las Teorías Políticas de la Edad Media
Carlos Alberto Alcorta	Revista de la Facultad de Derecho
Woodrow Wilson	El Estado
Jacques Chastenet	El Parlamento de Inglaterra
Charles Howard	Constitucionalismo Antiguo y Moderno

George Burdeau	La Democracia
Juan Zorrilla de San Martín	La Epopeya de Artigas
Tomás Paine	Los Derechos del Hombre
Carlos Cossio	Teoría Ecológica del Derecho y Concepto de la Libertad.
Segundo Linares Quintana	Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional
Karl Lowenstein	Los Sistemas, las Ideologías, Las Instituciones
Adolfo Posada	Tratado de Derecho Político
Jorge Xifra Heras	Formas y Fuerzas Políticas
Ernesto Palacio	Teoría del Estado
Guillermo Izquierdo	El Gobierno Representativo
Hans Kelsen	Compendio de Teoría General del Estado
Lucas Pablo Verdú	Ensayo sobre la Integración de las Fuerzas Políticas Contemporáneas.