

### 3. LA SUMISIÓN DEL ESTADO AL DERECHO

#### I

83. La pretendida contradicción entre la idea de soberanía y la de sumisión al derecho: la soberanía no significa voluntarismo puro y arbitrario . . . . .	131
84. La explicación de la sumisión del Estado al derecho por la idea de autolimitación . . . . .	134

#### II

85. En realidad, hay límites racionales, objetivos, a la soberanía del Estado; forman el derecho propio, <i>sui generis</i> , del Estado y de la política . . . . .	135
86. Límite <i>negativo</i> de competencia: el Estado no puede traspasar los linderos de lo temporal, por una parte; de lo público, por otra . . . . .	136
87. Norma <i>positiva</i> : La realización del bien público, lo cual entraña para el Estado, ora obligaciones de <i>abstención</i> más o menos completa, ora obligaciones de <i>hacer</i> , especialmente la de organizarse a sí mismo del modo más adecuado para el buen cumplimiento de su tarea y la observancia de sus límites . . . . .	136
88. Los principios generales de la moral ligan al Estado y a los gobernantes como a los particulares . . . . .	138

#### III

89. El problema de la determinación <i>efectiva</i> de los deberes del Estado soberano . . . . .	139
90. a) No suprimen la dificultad ni la eliminación del concepto de soberanía, reemplazado por una “regla de derecho” indeterminada, ni la idea de una multiplicidad de órdenes equivalentes que se hacen contrapeso . . . . .	141

91. <i>b)</i> Examen de las soluciones posibles: las soluciones <i>inter</i> o <i>supranacionales</i> , su carácter “inactual” y sus inconvenientes . . . . .	142
92. <i>c)</i> Las soluciones <i>internas</i> ; unas, de naturaleza <i>política</i> : responsabilidad de los gobernantes ante el pueblo . . . . .	144
93. <i>d)</i> ...Repartición entre varias instituciones, órganos o personas, de las funciones del poder . . . . .	145
94. <i>e)</i> Otras, de índole <i>jurisdiccional</i> : los defectos del método judicial . . . . .	146

## IV

95. Ineluctable imperfección de todas las soluciones técnicas . . . . .	148
96. En qué medida entrañan autolimitación . . . . .	149
97. En qué sentido debe hablarse de la sumisión del Estado al derecho . . . . .	151
98. La solución última: el derecho de resistencia . . . . .	152

dad, pueden quizá encontrarse cosas interesantes, “por ejemplo, el medio de limitar una forma de la soberanía por otra forma de la misma, lo que proporcionaría una solución elegante al problema, lógicamente insoluble, de la autolimitación de la soberanía”.<sup>84</sup> Se trataría de esta manera, para evitar la omnipotencia, de desmembrar la soberanía en “formas” que se harían contrapeso. Pero es preciso observar que esta distribución de la soberanía no impide que ésta sea única e indivisible: como confiesa Hauriou, el Estado y sólo el Estado, por el influjo de la “forma de soberanía” preponderante, conserva el poder soberano. A decir verdad, la distinción, considerándola como válida, se referiría más que a la soberanía a la *organización* de la soberanía, con la misma razón, por ejemplo, que la separación de poderes, que no quebranta en modo alguno la unidad de la soberanía.<sup>85</sup> Es preciso no confundir los problemas de la soberanía *del Estado* y la soberanía *en el Estado*.<sup>86</sup> En cuanto al servicio que preste el sistema de contrapeso, falta ver si es siempre el elemento que merece la preponderancia, o sea, el interés de la cosa pública, el que prevalecerá de hecho, pues si es la “soberanía de sujeción” la que debe prevalecer sobre la “soberanía de gobierno” y sobre la “soberanía de la cosa pública”, se llegaría a la disolución del Estado, en tanto que, en sentido inverso, el triunfo de la “soberanía de gobierno” produciría la tiranía, que es la que se trata de prevenir. Asimismo, ¿para qué hablar de contrapeso —y de formas diversas de la soberanía— si la soberanía del Estado tiene la preponderancia? ¿No significa esta preponderancia que no existe más que una sola soberanía, tanto en la forma como en el fondo, y que las pretendidas formas de soberanía, fuera de la del Estado, no representan más que influencias, sin duda poderosas, pero no soberanías?

### 3. *La sumisión del Estado al derecho*

#### I

83. El Estado está sometido al derecho, no tan sólo en el plano internacional, en sus relaciones con los demás Estados, que son sus iguales,<sup>87</sup>

84 Hauriou, *op. cit.*, p. 86.

85 Véase, respecto de este último punto, Le Fur, Prefacio a De la Bigne de Villeneuve, *op. cit.*, t. I, pp. XXIII y XXIV. Comp. Duguit, 2a. ed., t. II, pfo. 11, pp. 106 y 107.

86 Véase *supra*, núm. 73, nota 4.

87 Se estudiará más adelante la posición del Estado en el plano internacional: *supra*, núms. 279 y ss.

sino también en el plano *interno*, en las relaciones con sus súbditos, individualmente o en conjunto, únicos con respecto a los cuales posee la soberanía.<sup>88</sup>

¿No hay, empero, alguna contradicción entre la idea de soberanía y la de sumisión al derecho? Tal es la opinión de Duguit, que pretende encontrar en esa contradicción, en ese “problema insoluble”, un nuevo argumento, más decisivo aún, puesto que es de fondo, contra el concepto de soberanía. “En efecto, escribe Duguit, si la soberanía es por definición ese derecho de una voluntad que no se determina jamás como no sea por sí misma, esta voluntad no puede estar limitada por una regla de derecho, porque si lo estuviese, no podría ir más allá del derecho, toda vez que habría entonces un punto fuera del cual ya no se determinaría por sí misma y dejaría de ser, así, una voluntad soberana... O bien el Estado es soberano y entonces, no determinándose jamás, como no sea por su propia voluntad, no puede estar sometido a una regla imperativa que lo limite; o está sometido a una regla imperativa que lo limita, y entonces no es soberano”.<sup>89</sup> Por lo tanto, puesto que el problema de la conciliación de la soberanía y de la sumisión al derecho es insoluble, y en caso de cualquier desacuerdo es el derecho el que debe quedar a salvo —porque de otra manera sería “el aniquilamiento del individuo por el Estado”,<sup>90</sup> “la negación del derecho público”<sup>91</sup>— Duguit sacrifica la soberanía, noción de suyo irreal y ahora nociva, y se pone del lado del derecho.<sup>92</sup>

Mas el razonamiento peca por su base, puesto que procede de una concepción errónea y exagerada de la soberanía.

Esta no es precisamente el derecho de una voluntad “de no determinarse jamás como no sea por sí misma”, ni tampoco, como escribe Duguit en otro pasaje, “de fijar ella misma el dominio de su acción”, “de dar órdenes incondicionadas”.<sup>93</sup> Soberanía no significa voluntarismo puro, sin acatamiento a ninguna regla de fondo o de competencia; en una palabra, arbitrariedad. Soberanía significa derecho de disponer por sí solo, en última instancia, pero no *haciendo a un lado* toda regla, sino *por*

88 Acerca del carácter exclusivamente interno de la soberanía, véase *supra*, número 74.

89 Duguit, *Traité*, 3a. ed., t. I, pfo. 60, pp. 631, 632, 640 y 641. Véase también Scelle, *Précis de droit des gens*, primera parte, pp. 13, 14 y 80.

90 Duguit, t. I, pfo. 60, p. 641.

91 *Ibidem*, p. 642.

92 *Ibidem*, pfos. 60 y 61, p. 651.

93 *Ibidem*, pfo. 49, p. 543.

aplicación y en virtud de una regla en contrario. Esta regla es la que rige al Estado y todas las actividades que están al servicio del mismo, es decir, el bien público temporal. El bien público temporal, que justifica la soberanía del Estado, determina, por ello mismo, su sentido y su límite. No pertenece, pues, al Estado “fijar por sí mismo el dominio de su acción”: este dominio está prefijado por el fin del Estado, que no tiene ningún poder para extenderlo, restringirlo o rebasarlo. Tampoco tiene el Estado el derecho de “dar órdenes incondicionadas”: sus órdenes no son legítimas sino en cuanto están condicionadas por su fin y permanecen fieles al espíritu de la institución. Y si puede admitirse que la voluntad del Estado tiene “el derecho de no determinarse jamás como no sea por sí misma”, es siempre bajo la reserva capital, esencial, de que utilice su libertad de determinación en el cuadro y en función del bien público temporal.

Se ha hecho ya notar que la soberanía o derecho de decisión suprema del Estado no existe más que relativamente a las cosas que entran en su competencia, o sean, las cosas *públicas*.<sup>94</sup> Debe añadirse ahora que, aun en el cuadro de esta competencia, la soberanía con todos sus atributos no puede ser ejercitada legítimamente más que de acuerdo con las exigencias del bien público y no para el *mal* público o para el bien *particular* de algunos. Puesto que el Estado no es el todo para el hombre (aun cuando nada de lo humano le sea extraño, en el plano del bien público temporal),<sup>95</sup> y puesto que es una institución de competencia definida y de finalidad específica, su soberanía, como cualquiera de sus derechos, no podría existir lógicamente más que dentro de esos límites, aun siendo, dentro de ellos, absoluta.

M. Scelle ha criticado, sin embargo, como “más inaceptable aún que el de soberanía pura y simple que, por lo menos, es lógico consigo mismo”, el concepto de *soberanía limitada*.<sup>96</sup> En efecto, por una parte, consistiendo esa soberanía limitada en “el derecho de decidir en última instancia sobre las cuestiones de su competencia” y en “el monopolio de la coacción incondicionada”, no recubriría, en realidad, más que *competencias*, es decir, un poder objetivo determinado por un sistema jurídico superior a los sujetos de derecho, lo que conduce a viciar la idea misma de la soberanía; y, por otra, ninguno de los dos términos de la definición caracterizaría al Estado, ya que toda autoridad pública dotada de una com-

94 Véase *supra*, núm. 81.

95 Acerca de la universalidad de la noción de bien público temporal, véase *supra*, núm. 30.

96 G. Scelle, *Précis de droit des gens*, primera parte, p. 81.

petencia discrecional tiene el poder de decidir en última instancia, sobre las cuestiones de su competencia, incluyendo un alcalde de aldea; en cuanto al ejercicio incondicionado de la coacción, que no puede ser igualmente más que una competencia, que exige de suyo el recurso de la legalidad, sería preciso, si fuese verdaderamente incondicionada, admitir su existencia, no tan sólo en provecho de los gobernantes estatales, sino también en provecho de los no estatales, en lo que respecta a las facultades de coacción de que disponen.<sup>97</sup> Ni una ni otra de esas objeciones, empero, puede prosperar. No se incurre, desde luego, en ninguna contradicción lógica al plantear el principio de una soberanía limitada a un determinado orden de relaciones y condicionada por cierta finalidad; por otra parte, si corresponde a toda autoridad, suprema en su orden, la decisión en última instancia de las cuestiones de su competencia, esto no quita que el bien público temporal, que es el fin específico del Estado, dé a éste facultad para intervenir e imponer su ley propia, superior, en todas las materias que corresponden al bien público. Soberana en su orden, cada autoridad está, sin embargo, subordinada al Estado, desde el momento en que en ese orden particular se manifiesten las exigencias del bien público.

84. Otros autores han tratado de resolver la pretendida antinomia entre la soberanía y la sumisión al derecho, recurriendo a un principio de *auto-limitación*.<sup>98</sup> De suyo, la soberanía tendría un carácter absoluto; sin embargo, el Estado, sin estar obligado a ello, aceptaría limitar él mismo su poder soberano, dictando las reglas a las que se sometería.

Esta construcción no es satisfactoria por un doble motivo. En primer lugar, si la soberanía del Estado es absoluta, no es explicable cómo el Estado tendría el derecho de volverla relativa por su sola voluntad. La soberanía no es una cosa de la que el Estado pueda disponer libremente. Constituye, en el sistema estatal, un elemento de esencia: es la manera de ser del Estado. Renunciando a su soberanía o limitándola en provecho de sus súbditos, el Estado se negaría a sí mismo, y los gobernantes que hubiesen consentido en esta limitación serían culpables de delito grave. No bastaría decir que después de la limitación el Estado conservaría la suficiente soberanía para cumplir sus deberes, porque una de dos: o la soberanía es absoluta, sin duda porque así debe ser, y el Estado tiene necesidad de una

97 *Ibidem*, pp. 80 y 81.

98 Acerca de la doctrina de la autolimitación (Ihering, Jellinek, Carré de Malberg), véase Duguit, t. I, pfo. 60, pp. 642-646. Respecto a la concepción alemana de la soberanía considerada como absoluta, véase Duguit, t. I, pfo. 58, pp. 515 y 516.

soberanía de esa especie, o no es absoluta, pero no pertenece al Estado juzgar y decidir acerca de ello.

Por otra parte, aun admitiendo una limitación voluntaria que el Estado sería libre de decidir o no, cabe preguntarse cómo semejante limitación podría significar sumisión al derecho. Por definición, una auto-limitación excluye la idea de sumisión al derecho, pues el derecho supone una regla objetiva que se impone por su valor intrínseco, en tanto que la auto-limitación procede de una voluntad si no arbitraria, sí por lo menos libre de vínculos. ¿Podría decirse que el principio de limitación se encontraría en la obligación misma, asumida por el Estado, en virtud de la regla objetiva *pacta sunt servanda*? Mas si la soberanía es absoluta *ab origine*, no se ve cómo pueda ser restringida por ningún principio, ni siquiera por el del respeto de los compromisos. Por ello es que, de manera muy lógica, los partidarios de la auto-limitación no consideran al Estado ligado por su regla sino en tanto que no la haya abrogado expresa o tácitamente según las formas. En todo caso, como el Estado no estaría jamás obligado más que por virtud de una promesa, y sigue siendo libre de aceptar esa promesa y el contenido eventual de la misma, no podría verse en semejante limitación, simplemente consentida, otorgada, una restricción verdadera a la soberanía, pues una restricción de tal naturaleza no puede venir más que del objeto, de la realidad de las cosas, no de la libre determinación del sujeto.<sup>99</sup>

## II

85. Hay, pues, límites *objetivos* de la soberanía del Estado, que derivan, como la soberanía misma, de la naturaleza del Estado, de su fin y de su misión. Precisamente el conjunto de esos límites es el que forma el *derecho* al que el Estado está sujeto y del que no puede apartarse sin renunciar a su ley constitutiva, esencial. Derecho *sui generis*, por consiguiente, tanto por el fondo como por la forma, que no es el derecho común de las relaciones inter-individuales, o sea, el derecho *privado*, sino el derecho propio del cuerpo y de la institución estatal, es decir, el derecho *público* o *político*. No se trata, en efecto, de someter al Estado a una norma exterior, “apolítica”, sin relación con la materia misma a la que debe dedicar sus esfuerzos, sino a una norma directamente basada en las exigencias funcionales de lo político y que lo regula según su principio pro-

99 Comp., en el mismo sentido, Duguit, t. I, pfo. 60, p. 645; pfo. 61, p. 652.

pio.<sup>100</sup> De este modo, no sólo se concilia muy bien la soberanía estatal con la sumisión del Estado a un derecho objetivo, de naturaleza propiamente política, sino que no se comprende ni concibe sino mediante esta sumisión: el concepto de una soberanía absoluta del Estado o de sus órganos, haciendo abstracción del fin del propio Estado, destruye la idea misma de la agrupación estatal. Por alto que sea un poder, aunque sea soberano, permanece, por su naturaleza de poder, encadenado a su función, dominado por su fin. O, si no, deja de ser un poder de derecho para degenerar en un puro fenómeno de fuerza.

Los límites objetivos de la soberanía, contenidos en la regla del bien público temporal, pueden clasificarse como sigue.

86. Por una parte, negativamente, un límite de *competencia*: el Estado no está facultado para rebasar los límites de lo “temporal” y de lo “público”, ni para inmiscuirse en dominios extraños a su fin o a sus medios de acción, o sea, en el dominio de lo *espiritual* y en el dominio de los asuntos estrictamente *privados*. Se ha visto, incluso, que no está facultado para resolver los conflictos de competencia, por lo menos cuando lo espiritual está a discusión.<sup>101</sup>

87. Por otra parte, un programa *positivo*: la realización efectiva del bien público en sus diversos elementos de orden y de ayuda, materiales y morales, de fin o de medio.

Es verdad que, acerca de este punto, más aún que con respecto a la cuestión de competencia, pueden surgir discusiones doctrinales, no en cuanto al principio mismo del bien público, sino en cuanto a sus condiciones y a la mejor manera de realizarlo de hecho.

Unos, decidiéndose por una concepción liberal, estiman que fuera del establecimiento del orden y de la justicia, la mejor manera, para el Estado, de servir al bien público, la más económica y más fructuosa, es dejar su libre juego a las actividades individuales. Otros, menos confiados en la libertad, son partidarios de una amplia intervención, no sólo de sostén y de suplencia, sino también de control y de dirección. Hemos señalado con antelación esos conflictos de tendencias, aunque tomando partido por una línea media de intervencionismo o de liberalismo moderados.<sup>102</sup> Sean

100 Es lo que olvida la crítica nacional-socialista cuando reprocha a la tesis de la sumisión del Estado al derecho que quiera “privatizar” el derecho público. Véase Mankiewicz, *Le national-socialisme allemand*, t. I, núm. 106, pp. 108 y 109.

101 Véase *supra*, núm. 81.

102 Especialmente en lo que toca a las relaciones entre la economía y la política, véanse nuestras observaciones anteriores, núm. 31.

cuales fueren, en efecto, las divergencias, que a menudo son más teóricas que prácticas (salvo en los partidos extremos), es seguro que el bien público no podría resultar de una comprensión excesiva de las actividades individuales, y que un cierto margen de *autonomía*, que permita a los individuos dirigir libremente y bajo su responsabilidad todas sus empresas, aun de orden exclusivamente temporal, es la condición indispensable de la prosperidad general. A reserva de las exigencias que impone tal elemento de bien público de un valor superior, en sí o según las circunstancias, esta autonomía, igualmente relativa, merece por tanto figurar entre los principales límites de la soberanía del Estado a título de bien público.

Mas es claro que el Estado no puede limitarse a respetar y a garantizar autonomías, en los casos en que éstas son provechosas para el bien público. Debe también *actuar* en el sentido de ese mismo bien, es decir, hacer todo y no omitir nada de lo que requiere, *in casu*, el servicio público. Si el Estado es soberano, no lo es únicamente para “dejar hacer”. El mando supremo requiere órdenes, decisiones positivas en todos los dominios en que el bien público reclama la intervención. Así, la carga del bien público entraña para el Estado no tan sólo obligaciones negativas, que le imponen abstenciones, sino también obligaciones *positivas*, que le mandan cumplir ciertos actos.<sup>103</sup>

Entre esas obligaciones positivas, la más importante, por lo menos en el orden de la ejecución, es la que incumbe al Estado de organizarse y disciplinarse de tal suerte, que esté en aptitud de cumplir mejor su tarea. Desde este punto de vista, el deber del Estado soberano es, no ya proceder a anexiones y agrandar su territorio (salvo motivo legítimo), sino velar por su propia “constitución”, por la buena conformación y el buen funcionamiento de sus órganos. Así lo requiere el bien público *político*, parte del bien público que se refiere al Estado, en cuanto éste es el promotor del bien público *general*.<sup>104</sup> Y esta obligación, que concretamente se dirige a los gobernantes responsables del Estado y de su bien propio, tiene un doble fin: por un lado, asegurar el predominio y el libre juego de la soberanía del Estado y, del otro, impedir que los detentadores de la soberanía abusen de ella o la ejerciten mal, lo que es justamente realizar la sumisión de la soberanía al derecho. Todo ello es el objeto del derecho público y administrativo (comprendiendo en el derecho público el dere-

103 Véase, en lo que concierne al principio de esas obligaciones positivas, Duguit, 2a. ed., t. III, pfo. 95, p. 627.

104 Acerca del bien público propiamente político, véase *supra*, núms. 29 y 30.

cho fiscal), materia que el Estado tiene como deber elaborar y traducir en forma de preceptos positivos. Sólo con esta condición, el Estado será un “Estado de derecho”,<sup>105</sup> sujeto a normas definidas y garantizadas, sustraído al arbitrio, aun ilustrado o bien intencionado, de los gobernantes.

No se trata, por lo demás, en una sana doctrina, de concebir esta organización del Estado y de su derecho en función únicamente de la libertad arbitraria de los individuos particulares.<sup>106</sup> El problema de la limitación de la soberanía por el derecho no se plantea en esos términos individualistas; debe ser resuelto en función de todos los intereses que están a cargo del Estado, de la comunidad y del “público” tanto como de los individuos.<sup>107</sup>

88. En suma, de una manera general, a título previo y dominando todas las demás limitaciones, el Estado está también ligado por los preceptos de la honestidad común.

El Estado debe portarse como un “hombre honesto”, no tan sólo por una razón ejemplar, sino porque, en cierta forma, es hombre y, por tanto, está sometido a las normas de conducta que gobiernan a la humanidad. Evidentemente que el Estado, como tal, no podría ser sujeto de la moral, pues aunque goza de la personalidad moral, la persona humana individual es la única susceptible de obligación moral.<sup>108</sup> Pero el Estado es un sistema humano que se realiza por medio de actividades humanas individuales. En este sentido puede decirse que el respeto de la regla moral se impone tanto al Estado como a los particulares y que la mentira o el crimen de Estado no tienen mayor licitud que cualquiera otra mentira o crimen.

Es indudable también que la posición del Estado con respecto a sus súbditos no es la misma que la que los particulares guardan entre sí: el Estado, porque es Estado y en razón de su fin, tiene el derecho de exigir de sus súbditos prestaciones y sacrificios que no serían obligatorios de particular a particular. A ese derecho del Estado corresponde, de parte de los súbditos, un deber que los moralistas designan con el nombre de *justicia*

105 “Estado de derecho” es entendido aquí en el sentido moderno de Estado sometido al derecho. Kant, empero, entendía la expresión en el sentido de que el Estado debía proponerse como fin único el derecho, que era concebido de una manera individualista como sinónimo de libertad: véase Del Vecchio, *Philosophie du droit*, pp. 302 y 304.

106 Es el reproche nacional-socialista. Véase *supra*, núm. 85, nota 14.

107 Se volverá a encontrar más adelante el problema de la conciliación del bien público y del derecho individual: véase *infra*, núm. 212.

108 Así pues, cuando se habla de *moral* internacional, se trata de reglas que rigen a los *individuos*, gobernantes y ciudadanos, en el dominio de las relaciones internacionales, mientras que el *derecho* internacional tiene como sujeto a los *Estados* mismos.

*legal* y que tiene por contrapeso, de parte del Estado, el deber de distribuir entre los ciudadanos, de manera equitativa, las ventajas de la vida común (deber llamado de *justicia distributiva*). Existe así un conjunto de derechos y de deberes morales que son propios de las relaciones del orden político, que engendran las mismas obligaciones de conciencia que todos los deberes morales.<sup>109</sup> Pero este sistema especial, que enriquece a la moral general, no la contradice. Y la contradicción es inconcebible precisamente porque la política, arte humano, no podría contradecir las leyes fundamentales de la humanidad. El verdadero bien público, que tiene sus exigencias propias, generadoras de una moral propia —la moral política—, no podría jamás emanar de una actitud inmoral o injusta, ya sea de parte de los individuos particulares, o de parte de los gobernantes que actúan en nombre del Estado. El bien público sanamente comprendido debe necesariamente conciliarse con el bien de la naturaleza humana, lo que excluye todo argumento de “razón de Estado” o de bien público opuesto a la ley humana por excelencia, que es la ley moral. En una palabra, la *moral política*, es decir, la moral que rige las relaciones del orden político deja intacta la obra de la moral *en política*, es decir, la aplicación de las reglas de la moral humana a la materia política.<sup>110</sup>

Tales son los límites, de competencia y de fondo, del poder soberano del Estado.<sup>111</sup> Son numerosos y graves, sin que sea posible precisarlos de antemano, especialmente en lo que concierne a la norma del bien público, cuyas exigencias concretas dependen de un elemento de variabilidad (materia) y de oportunidad (medio) irreductible a toda solución *a priori*.<sup>112</sup>

### III

89. Mas he aquí que el problema se desplaza a un terreno distinto.

Si, como acaba de decirse, los límites de la soberanía son generales e indeterminados, ¿qué autoridad tendrá facultad para determinar esos lími-

<sup>109</sup> Habrá ocasión de volver a tratar acerca de los principios que gobiernan las relaciones entre el Estado y el individuo *como miembro* del Estado: véase *infra*, núm. 257.

<sup>110</sup> Comp., acerca de la actitud del Estado-legislador frente al Estado-contratante (cuestión de los empréstitos del Estado) Barthélemy y Duez, pp. 764 y 765.

<sup>111</sup> Relacionar con la exposición de De la Bigne de Villeneuve, t. I, pp. 500 y ss.

<sup>112</sup> Véase, sobre esta dificultad de precisar, J. Leclercq, *Leçons de droit naturel*, II, *L'État ou la politique*, núm. 45, p. 216. Igualmente Renard, en el apéndice a *L'Institution*, p. 552, nota 3; Duguit, t. I, pfo. 63, pp. 675 y 676; De la Bigne de Villeneuve, t. I, pp. 519-523. En un sentido más agnóstico, Barthélemy y Duez, p. 52.

tes en el terreno de las aplicaciones? Cuando se trata de decidir acerca de la competencia y el Estado se encuentra frente a otra autoridad constituida que está obligado a reconocer, se entreve el medio de resolver la cuestión: será, o bien el acuerdo entre las autoridades, o bien el abandono de la solución a la autoridad que representa, en la jerarquía de los valores, el interés más elevado.<sup>113</sup> Mas a falta de autoridad constituida, reconocida, o cuando el debate se plantea en el cuadro interior del bien público temporal, ¿quién va a decidir con respecto a las exigencias y conveniencias del bien público? El Estado, sin duda, por medio de uno u otro de sus órganos, en su derecho positivo general o particular: Constitución, ley, juez, administrador... Pero ¿quién apreciará si la solución adoptada por el Estado corresponde efectivamente a lo que exige el bien público? Teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, de lugar, de caso, ¿tendrá el Estado la obligación de intervenir por medio de una disposición cualquiera, o será mejor que se abstenga? Admitiendo la política de la presencia, ¿en qué sentido debía producirse la intervención, de qué manera, directa o indirecta, mediante qué precauciones, bajo la garantía de qué sanciones? Muchos partidos se pueden tomar, en los que cabe la negligencia, el error, la prevaricación. Por otra parte, el Estado, facultado para decidir, ¿podrá hacerlo soberanamente, sin control organizado directo o incluso indirecto, y sin responsabilidad de ninguna especie?

Para Duguit, si se concede al Estado el derecho de definir por sí mismo los límites de su competencia o las exigencias concretas del bien público, es inútil decir que su soberanía encuentra límites: limitada en derecho, esa soberanía se vuelve ilimitada de hecho. La limitación efectiva, empero, es la que cuenta y no una limitación teórica.<sup>114</sup> Argumentación un poco brutal, pues no hay que hacer caso omiso de los principios ni de la declaración de principios: los principios siguen siendo los guías de la acción y, afortunadamente, tienen aún alguna influencia sobre la acción. Aunque no existiese más que un límite teórico proclamado, tanto los súbditos como los gobernantes estarían advertidos de que la soberanía del Estado no es absoluta, y que el Estado no puede hacerlo todo; al pasar a las conciencias, la idea de limitación se transformará en una fuerza social capaz de detener o de prevenir ciertos excesos.<sup>115</sup> Es preciso convenir, sin embargo, en que esta consideración no suprime el problema, que consiste

<sup>113</sup> Véanse, acerca de este punto, nuestras consideraciones anteriores, núm. 81.

<sup>114</sup> Comp. Duguit, t. I, pfo. 60, p. 633.

<sup>115</sup> Es lo que reconoce Duguit, en el t. III, pfo. 88, p. 550.

en organizar de manera efectiva, contra toda ignorancia, incompetencia o mala voluntad, la sumisión del Estado a su ley. Problema delicado y que no es susceptible más que de una solución aproximada.

90. a) Notemos desde luego (no se ha insistido aún lo suficiente) que la dificultad no es eludida ni reducida, como lo cree Duguit, por la simple eliminación del concepto de soberanía.<sup>116</sup> Aun substituyendo al concepto de la soberanía —limitada, se entiende— del Estado, el concepto del deber de los gobernantes de conformarse al “derecho objetivo”, se tratará de saber en todo caso en qué consiste ese derecho objetivo en las circunstancias, y qué autoridad o instancia intervendrá para pronunciar a este respecto la última palabra,<sup>117</sup> ya que el “derecho objetivo”, o, como dice Duguit, la “regla de derecho”, exige interpretación y decisión,<sup>118</sup> tanto como la norma del bien público, que no es, por lo demás, sino una expresión distinta para designar el derecho objetivo de la agrupación estatal. Derecho o función, el problema no consiste en calificar la actividad del Estado o la de los que obran en su nombre; consiste en precisar el objeto y determinar el contenido concreto de ese derecho o de esa función.

Ahora bien, por toda respuesta, no tenemos más que ésta, formulada por Duguit a propósito de la elaboración del derecho, o, mejor dicho, de acuerdo con su sistema, de “la aparición del fenómeno de la regla de derecho”: “Hay regla de derecho cuando la masa de individuos que componen el grupo comprende que una reacción contra los violadores de la regla puede ser socialmente organizada. Esta organización puede no existir, puede ser embrionaria y esporádica, poco importa, pero en el momento en que la masa de los espíritus la concibe, la desea y provoca su constitución, aparece la regla del derecho”.<sup>119</sup> De este modo, tomando en cuenta la acción del Estado y el deber de los gobernantes, entre cuyas tareas esenciales se encuentra, sin duda, la elaboración de la regla de derecho, Duguit entrega el derecho de decisión suprema a la masa de individuos o de espíritus; en una palabra, a la opinión pública. Mas, sin contar con que esto significa restablecer una soberanía en provecho de un sujeto muy di-

116 Véase Duguit, t. I, pfo. 63, pp. 672 y 673; t. II, pfo. 9, pp. 89-91.

117 En el mismo sentido, Le Fur, prefacio a *De la Bigne de Villeneuve*, t. I, pp. XIX y XX.

118 Como lo reconoce Duguit en el t. I, pfo. 63, pp. 674-680. Véase igualmente H. Laski, “La conception de l’État de León Duguit”, *Archives de philosophie du droit*, 1932, cuadernos 1 y 2, pp. 126-131; Scholten, “L’autorité de l’État”, *Archives de philosophie du droit*, 1934, cuadernos 3 y 4, p. 146.

119 Duguit, t. I, pfo. 8, p. 99 (además: t. III, pfo. 88, p. 550). Es verdad que en el pfo. 63, Duguit recurre, como criterio determinante de la acción de los gobernantes, a la idea de “valor social” (p. 675), sin referirse a la opinión de la gran masa de los espíritus. Pero la vaguedad subsiste.

fícil de precisar y quizá imaginario y en todo caso falible, no se ve que esta solución resuelva el problema práctico de la sumisión del Estado al derecho, puesto que nada impide a los gobernantes no someterse a la opinión pública, ignorarla, combatirla, o mejor aún, convertirla.

La solución tampoco es proporcionada por “la idea de un pluralismo jurídico, de una multiplicidad de órdenes equivalentes que entran en concurrencia y se limitan recíprocamente”,<sup>120</sup> pues aun admitiendo esta concepción de las relaciones entre el Estado y la sociedad, que hace del Estado el igual de los demás órdenes, sin distinción entre sus fines, espiritual o temporal, público o privado,<sup>121</sup> ¿a qué puede conducir, ciertamente, la concurrencia entre fuerzas teóricamente iguales, sino al triunfo de aquella que, de hecho, sea en un momento dado la más poderosa? Y si el Estado que, según la doctrina pluralista, representa, en el conjunto de la vida social, el elemento político, es decir, el elemento de la dominación con su corolario, el monopolio de la coacción incondicionada, hace uso de la dominación y de la coacción incondicionada de manera arbitraria, ¿en qué se encontrará efectivamente ligado por el derecho?

Sin duda, la potestad pública no es necesariamente la más fuerte y el Estado puede chocar con otras fuerzas: religiosa, económica, sindical... y sucumbir ante ellas. Pero ¿en qué se asemeja al “combate por el derecho” esta pelea general, en que la victoria será alcanzada por los más fuertes o los más hábiles? Nada se saca con oponer soberanía a soberanía, poder a poder: este método, lejos de simplificar el problema de la sumisión del Estado al derecho, lo complica peligrosamente, multiplicando, en primer lugar, el número de los concurrentes, y después, y sobre todo, substituyendo al criterio superior del derecho, el principio de la mayor fuerza, cuando no es cierto que los más fuertes, consagrados por la vida, tengan siempre razón.

91. b) De cualquier manera, el problema queda en pie: ¿en dónde buscar la solución?

Si se hace un recorrido de las soluciones existentes o posibles, podemos clasificarlas en dos grupos, unas situadas en el plano internacional o

120 Véase Gurvitch, “Les idées maîtresses de M. Hauriou”, *Archives de philosophie du droit*, 1931, cuadernos 1 y 2, pp. 188 y ss.; P. León, “Une doctrine relativiste et expérimentale de la souveraineté” (H. Laski), *Archives de philosophie du droit*, 1931, cuadernos 1 y 2, pp. 231 y ss.

121 Habrá ocasión de volver a tratar de esta concepción, a propósito de las relaciones entre el Estado y los grupos: véase *infra*, núm. 253.

mejor dicho *supra-nacional*, las otras incluidas en el cuadro estrictamente *nacional* o interno.

La solución *supra-nacional* consistiría en someter a juicio la conducta del Estado y, por consiguiente, en dejar a una instancia extraña a las partes en conflicto, es decir, extraña al Estado y a sus súbditos, el definir la norma que aquél deba seguir: instancia política, como una asamblea de Estados, o instancia jurídica, compuesta de jueces o de árbitros. Tal es, por ejemplo, el principio que inspira el régimen de protección de las minorías, asumida por la Sociedad de las Naciones, o, mejor aún, el sistema preconizado por los partidarios de un “derecho común internacional”, especie de *jus gentium* de la colectividad humana, que comprende las facultades jurídicas esenciales de los individuos y de los grupos, interpretado y aplicado por tribunales internacionales.<sup>122</sup>

Mas sin contar con que, en estos últimos sistemas, la responsabilidad del Estado no se extendería más que a las decisiones en que se incurriera en violación de los derechos individuales, y no a todas las faltas, cualquiera que fuese su naturaleza, las soluciones internacionales ofrecen el inconveniente mayor de suprimir de un golpe, o, por lo menos, de amputar en parte la independencia del Estado sometido a juicio. Tocará, en efecto, a una autoridad exterior al Estado el decidir en última instancia de las cosas que corresponden a la competencia interior de éste. El Estado estará sometido al derecho, salvo en lo que toca a las sanciones; pero no hay que disimularlo: esto significa que la cosa se orienta hacia una formación política supra-estatal, y si bien es cierto que tal perspectiva no ofrece en sí misma nada de irracional ni de ilógico, puesto que el Estado nacional no es necesariamente la formación política suprema, se reconocerá que, en el orden de los hechos, esta perspectiva no es de actualidad y contiene, incluso, una dosis de utopía.

Cabe preguntarse, por lo demás, en qué medida una instancia extraña a un grupo político determinado está en aptitud de juzgar de las exigencias y conveniencias del bien público particular de ese grupo, pues si el bien público tiene, incontestablemente, aspectos humanos, que desbordan del cuadro local y nacional, tiene igualmente un aspecto *nacional*, en razón de las contingencias propias de cada grupo político y especialmente del carácter nacional de los hombres que lo componen, y si no hay razón para dudar *a priori* de la imparcialidad de una instancia de la que formen parte jueces verdade-

122 Véase, por ejemplo, Scelle, *Précis de droit des gens*, segunda parte, París, 1934, pp. 15-41.

ros, habituados profesionalmente al deber de imparcialidad,<sup>123</sup> ¿quién puede garantizar la perspicacia y la penetración psicológica de esos jueces que, a pesar de todo, siguen siendo extranjeros, y poco conocedores de las particularidades nacionales del bien público en conflicto? Por todas esas razones, quizá convenga más mantenerse en el terreno firme de las realidades y no buscar, fuera del cuadro nacional, el medio de asegurar, en materia interna, la sumisión del Estado al derecho.

92. c) En este cuadro, se presentan sistemas muy diferentes, de naturaleza *política* unos y de naturaleza *jurídica* otros, que son, por lo demás, susceptibles de acumulación y combinación.

Podría pensarse, desde luego, en sacar partido de una disociación entre los gobernantes de una parte y el grupo por la otra, y de hacer a los gobernantes responsables ante el grupo. El Estado constituye, sin duda, un sistema único en el que los gobernantes forman, por así decirlo, la cabeza, y los gobernados los miembros, y es, ciertamente el Estado mismo, en su entidad total y orgánica, el que es soberano. Sin embargo, como se trata, en definitiva, de garantizar los derechos e intereses de la persona de los gobernados contra las faltas que provienen de la persona de los gobernantes, se comprende que el control pueda ser objeto de una atribución directa a los gobernados contra los gobernantes.

No hay más que objetar a esta solución que, al subordinar a los detentadores de la autoridad a quienes les deben obediencia, instaura la anarquía en el seno del Estado, pues el derecho de crítica no pertenece a los súbditos *ut singuli*, aislados o incluso coligados en sindicatos de protestantes; es concedido al grupo organizado de súbditos, llamados a participar en la autoridad gubernamental de la manera regulada por la ley del grupo (derecho escrito o no, constitucional u ordinario). En esta participación reside la garantía: el gobierno del Estado está condicionado de tal suerte, que el peligro de error o de dolo está, por lo menos, reducido. En este sentido está permitido hablar, con Hauriou, de una “soberanía de sujeción”: no que en el Estado la soberanía perteneciera a los súbditos, ni siquiera en parte (la soberanía como tal no pertenece más que al Estado y en su totalidad), sino simplemente para designar el control de los súbditos sobre los detentadores actuales de la soberanía del Estado.<sup>124</sup>

123 En esta imparcialidad reside, en efecto, la superioridad de los órganos judiciales sobre los políticos.

124 Véase, acerca de esta idea de “soberanía de sujeción”, nuestra exposición crítica, *supra*, núm. 82.

Numerosos son los procedimientos instituidos para el efecto. El principal es el de la elección temporal: todo o parte del pueblo, organizado en cuerpo electoral, escoge a los individuos que tendrán a su cargo todas o parte de las funciones de gobierno; al expirar el tiempo fijado para la vigencia del “mandato”, el pueblo reelegirá o no reelegirá.<sup>125</sup> En este sistema de responsabilidad política de los titulares del gobierno hay un mecanismo a la vez preventivo y represivo de los abusos: el temor del elector es el principio de la sabiduría. Pero es un sistema de responsabilidad indeterminada: los gobernantes son juzgados en conjunto, respecto de su conducta general y no acerca de un acto determinado. Por el contrario, en las diversas clases de *referéndum* por ejemplo, los ciudadanos son invitados a pronunciar su decisión sobre una medida gubernamental precisa, de ordinario una ley o el principio de una ley, que ratifican o rechazan. El mismo control determinado funciona de manera más energética aún en el caso de iniciativa popular, en que los gobernantes reciben la orden de tomar una medida determinada, legislativa o de otra naturaleza, que no habrían tomado por sí mismos voluntariamente.

Es verdad que esta participación del pueblo en el gobierno no puede ser llevada hasta sus últimas consecuencias ni en todos los dominios, por temor de arruinar la autoridad y hacer prácticamente imposible su ejercicio. Convendrá, pues, hacer del principio democrático una aplicación moderada y parcial,<sup>126</sup> a riesgo de descontentar, en un sentido o en otro, a los espíritus lógicos, lo que no es más que un mal menor (ya que la vida es equilibrio y todo equilibrio está hecho de contradicción), o, lo que es más grave, de no cerrar completamente las vías por las que las faltas podrían deslizarse. Lo mejor es enemigo de lo bueno y, hágase lo que se quiera, los mecanismos y los sistemas no suplirán jamás a la simple obligación para el hombre, gobernante o no, de cumplir su deber.

93. d) Por lo demás, hay otro medio útil y eficaz: es el de llevar la limitación al seno del poder, no ya por la participación del pueblo en ese poder, sino por la repartición entre varias instituciones, organismos o personas, de las múltiples funciones del propio poder.<sup>127</sup> A esta idea general de equilibrio corresponden procedimientos tan diversos, en su contenido inmediato, como la separación de poderes, la responsabilidad ministerial,

125 Respecto de la cuestión de la participación del pueblo en el poder, véase *infra* núm. 125.

126 Respecto del carácter parcial de la fórmula democrática, véase *infra*, núms. 128 y 129.

127 Comp., de una manera general, acerca de este procedimiento, Duguit, t. III, pfo. 88, pp. 551-556.

el sistema de las dos cámaras, las Constituciones rígidas, la subordinación de los actos reglamentarios a las leyes o la organización jerárquica, por las vías de la apelación, de la administración o de los tribunales, etcétera. Estos no son más que ejemplos tomados al azar; se les encontrará más detalladamente en el capítulo consagrado a la organización del poder público.<sup>128</sup>

Es claro que al introducir en la masa compacta del poder, el número, la armonía y el control, se tiene alguna oportunidad de detener lo arbitrario. Tanto de hecho, como psicológicamente, el poder no contenido dentro de límites *materiales* tiende a desbordar de sus límites *racionales*, a menos que se mantenga en la ociosidad, en cuyo caso los límites, que implican concurrencia, le servirían de agujón. Este doble papel de contención y de estímulo es realizado, en la práctica, por los titulares de los poderes vecinos, por los colegas, por los superiores, celosos todos de sus prerrogativas, animados todos de un espíritu de emulación. Naturalmente, si es necesario, se establecerán procedimientos para resolver los conflictos de competencia entre los poderes o funcionarios revestidos de una parte de la autoridad.

94. e) Sin embargo, la solución del fraccionamiento, o, mejor dicho, de la distribución del poder entre varios órganos, no da siempre los resultados esperados, en primer lugar porque la distribución no puede ser llevada a un grado tal que paralice el juego del poder, y después porque cada órgano conserva, a pesar de todo, en su esfera, una cierta libertad de omisión, siendo cierto también que los órganos divididos pueden unirse de nuevo y formar un bloque que dé lugar a injusticias.

Por lo cual se ha podido pensar en un sistema, menos empírico y más seguro, que implica, ciertamente, fraccionamiento o distribución de poder (lo que le sigue dando a la solución un carácter político), pero en el que la facultad para conocer de las faltas cometidas sería conferida a un órgano *jurisdiccional*, competente precisamente para juzgar de los actos del poder y para censurarlos en nombre del derecho.

Mas este sistema, que tiene todas las ventajas del procedimiento judicial, o sean, la precisión regulada y la imparcialidad, no deja de ofrecer los graves inconvenientes que se derivan de su uso generalizado en todas las materias y en todos los pueblos.

128 Véase *infra*, núm. 163.

Desde luego —y es el más leve inconveniente—, el órgano jurisdiccional no puede normalmente conocer más que de actos y no de omisiones puras, no obstante que el poder puede pecar también, y a veces de manera más grave, más por inacción que por abuso o arbitrariedad. ¿Cómo traer ante un tribunal al órgano legislativo que no hubiera elaborado tal ley, o la hubiera elaborado demasiado tarde (sin contar la mala elaboración, que pertenece al dominio del acto)?

Esta objeción contra el sistema jurisdiccional se encadena, por lo demás, con las siguientes: por su conformación misma, por su espíritu, por sus métodos de trabajo, el órgano judicial supone, o por lo menos requiere, la regla *positiva*.<sup>129</sup> Esta regla positiva no será necesariamente legal, Constitución o ley ordinaria; podrá ser y será a menudo consuetudinaria o jurisprudencial. Mas, si no existe, en una u otra forma, el tribunal la creará, sobre la base de su propia jurisprudencia, con todo el aparato conceptual y técnico que implica la positividad,<sup>130</sup> y se atendrá a ella como a su norma, casi exclusiva. La necesidad de seguridad es, en efecto, resentida por todo juez, y no solamente por el juez judicial que aplica los métodos del derecho privado, puesto que la seguridad es esencial a todos los jueces, y, por consiguiente, a la administración de la justicia. Hay allí una necesidad que mira a la función de los jueces tanto como a su formación.<sup>131</sup> Empero, las exigencias del bien público, diversas y cambiantes, no se acomodan siempre a esta elaboración en forma rígida, lo que explica, por lo demás, las frecuentes lagunas de la reglamentación. La *regla positiva*, legal o jurisprudencial, que forma la ley del juez, queda así rezagada ante la norma del *bien público*, que forma la ley del Estado y de la política. Por numerosas que sean sus disposiciones, jamás cubrirá la extensión del campo inmenso y siempre nuevo del bien público; por matizado y flexible que sea su método, jamás, a menos de abdicar y remitirse precisamente a la norma del bien público, igualará la plasticidad de ésta. De cualquier manera, el instrumento con el que el juez está llamado a trabajar, no es adecuado a la materia.

129 Comp., acerca de la “privatización” de la vida y del derecho públicos, en la crítica nacional-socialista, Mankiewicz, *Le national-socialisme allemand*, t. I, núm. 106, pp. 108 y 109.

130 Véase, respecto de los elementos técnicos que intervienen en el derecho positivo, J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif, passim*.

131 Esta observación tiende a moderar el exclusivismo de ciertas concepciones de una jurisprudencia libre, más penetrada de sociología que de derecho, y preocupada únicamente por “equilibrar los intereses”.

Es este un defecto tanto más consecuente, cuanto que la solución jurídico-normativa tiende a reconstituir, en provecho de la justicia, la unidad del poder. En la medida, en efecto, en que la justicia controla, la justicia gobierna, por lo menos de manera negativa, por vía de obstáculo. En tanto que ese control se ejerce sobre la base de una regla legal, detallada y precisa, puede decirse que la responsabilidad del control se remonta al órgano que instituyó la regla, es decir, el legislador, cuya voluntad es la que, en final de cuentas, aplica el juez. Pero en todas las demás hipótesis, es decir, en ausencia de regla positiva de cualquier clase, o cuando la regla es de origen jurisprudencial, o más aún, cuando la regla, incluso la legal, se refiere al poder de apreciación del juez, entonces el juez verdaderamente gobierna y es soberano, pues, de hecho, es llamado a decidir, en última instancia, respecto de las exigencias del bien público en tal o cual caso.

Ahora bien, la mentalidad *jurídica*, suponiendo que el juez sea un jurista (caso habitual y afortunado, teniendo en cuenta las aptitudes *judiciales* del espíritu *jurídico*), no coincide con la mentalidad *política*. Esto no quiere decir que el derecho y la política sean necesariamente antinómicos. Por el contrario: una concepción verdadera de la *política* considera a ésta sometida a principios morales y, por consiguiente, en cierta medida, jurídicos; y una concepción verdadera del *derecho*, basada sobre la idea de bien común, se encuentra inmediatamente con la política, de la que el derecho, así interpretado, no es más que un departamento.<sup>132</sup> La antinomia no se encuentra, pues, en el fondo de las disciplinas, sino en la forma. La idea de bien común entraña un elemento de oportunidad, y por consiguiente un coeficiente de variación, que repugna a la firmeza de los principios jurídicos. El jurista ama la certidumbre y la uniformidad; el político debe adaptarse a la complejidad y movilidad de la vida. En estas condiciones, el jurista, llamado a juzgar de la política, ¿hará buena política? Está permitido exigírselo. Mas cabe preguntarse, además, si al hacer política, buena o mala, no dejará de ser juez, juez imparcial e insospechable.

## IV

95. Como se ha visto por el breve análisis que se acaba de hacer, ninguna de las soluciones en que es posible detenerse, en el plano nacional,

132 Acerca de la subordinación del derecho a la política (en el sentido del bien público) véase J. Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, núm. 46, pp. 184-187.

para garantizar la subordinación del Estado a su norma, ya sea de equilibrio o de control, política o jurídica, está al abrigo de la crítica.<sup>133</sup> Aseguremos que aun acumulándolas y combinándolas, el sistema de garantía seguirá siendo siempre fragmentario. En un sistema completo, en efecto, todas las faltas del Estado o de sus agentes deberían caer bajo la sanción de alguno de los mecanismos de garantía: tanto las faltas positivas como las negativas, las que se originan por vía de disposición general como las que surgen por vía de decisión particular; las que afectan los derechos de la comunidad como las que lesionan los derechos individuales; las del Poder Legislativo y del Poder Judicial tanto como las del Poder Ejecutivo y el administrativo; las que se refieren a la norma general del bien público, como las que afectan a la legalidad positiva.

Tal es la teoría; mas la teoría no se ha realizado y no es realizable. Por una parte, hay actos, que, por su naturaleza, son difícilmente compatibles con un control organizado y que no ponen en juego más que la responsabilidad política de sus autores, y ésta, a menudo, es lejana, incierta e imprecisa. Tales son los actos que unos llaman *discretionales*, y otros, actos *políticos* o también actos *de gobierno*. Ni el criterio ni la lista de esos actos están bien determinados,<sup>134</sup> mas es fácil darse cuenta de que un control demasiado estricto podría estorbar, a veces, la espontaneidad de la deliberación, o incluso dar pretexto a tentativas de desplazamiento de las responsabilidades. Por otra parte, es preciso tener en cuenta el control y admitir que, en cierto grado, el controlador no puede ser controlado. *Quis custodiet custodem?* En la cima del control se vuelve a encontrar, necesariamente, la irresponsabilidad jurídica y aun, con frecuencia, política del controlador en jefe, que conserva así el derecho soberano de resolver en última instancia.

96. Con el beneficio de estas reservas, y teniendo en cuenta las lagunas inevitables de todo sistema de garantía, ¿habría razón para oponer a las soluciones nacionales, tomadas del orden interno, la objeción de no aportar límites efectivos a la soberanía, por el motivo de que sería siempre el Estado, en definitiva, el que pondría el límite, tanto en el sistema del fraccionamiento de los poderes como en el del control jurisdiccional?

133 Empero, esta no es, evidentemente, una razón para sustraer al Estado a toda norma positiva, como lo quiere la doctrina nacional-socialista, so pretexto de libertad de lo “político”: véase Mankiewicz, *op. cit.*, t. I, núms. 102-107, pp. 102-109.

134 Duguit distingue así, claramente, entre tres especies de actos: discretionales, políticos y de gobierno: véase t. II, pfo. 27, pp. 301-305; pfo. 25, pp. 245 y ss.; t. III, pfo. 99, pp. 685 y ss. Véase, también, R. Bonnard, *Précis de droit administratif*, parte general, 1935, pp. 46 y 199.

En apoyo del argumento, se haría notar que, de cualquier manera, es un poder o un órgano del Estado el que debe obrar sobre otro poder u órgano del Estado, lo que significa que el Estado se disciplina a sí mismo. Además, depende siempre del Estado no imponerse disciplina alguna, no balancear los poderes, no instituir órganos de control, o, después de que lo ha hecho, abolir una garantía que es obra suya. Se volvería así al círculo vicioso de la autolimitación en que el Estado no está ligado jurídica y políticamente, sino moralmente, porque él mismo quiere.<sup>135</sup>

La objeción es seria y, en cierta medida, irrefutable. Hay que tener en cuenta sin embargo, con Hauriou, que hay dos clases de autolimitación. Hay una autolimitación en cierto modo *actual*, por la cual el Estado toma la decisión de someterse a una norma que le es ajena, y hay una autolimitación *institucional*, por la cual el Estado se constituye de tal manera, que la limitación funciona desde dentro de él, por una cierta disposición de su organización interna. La autolimitación está, entonces, en el ser mismo del Estado y no ya en su acción. Sin duda que nada obligaba al Estado a esta autolimitación institucional, sino el deber moral de los gobernantes o de los constituyentes de hacer todo lo necesario para que el Estado pudiera realizar su soberanía sin exceder, a la vez, los límites de la misma.<sup>136</sup> Pero si la autolimitación fue libre en su origen, engendró desde ese momento un estado de cosas constitucional —mecanismos, instituciones, reglas orgánicas— que ya no puede alterarse sin subvertir toda la construcción: el Estado está ligado, en lo de adelante, a fondo, y para renegar de sí le sería preciso tomar una figura distinta.<sup>137</sup>

Si se añade, considerando la solución del control jurisdiccional, que los órganos jurisdiccionales, aun en aquellos casos en que los nombramientos emanan del Estado, son, entre todos los órganos, los más independientes, los más externos al Estado en el sentido de que están, en primer término, al servicio de la justicia, hay derecho para concluir que los sistemas de autolimitación constitucional, a pesar de sus respectivas lagunas, realizan, en la práctica, una limitación eficaz a la arbitrariedad del poder.

135 Por lo que toca al sistema de auto-limitación, véase *supra*, núm. 84. Comp. Barthélémy y Duez, *op. cit.*, pp. 52 y 761.

136 Acerca de ese deber, que forma parte de las obligaciones positivas del Estado, véase *supra*, p. 134.

137 Respecto de las dos especies de autolimitación, véase Hauriou, *Précis*, 2a. ed., pp. 5, 12 y 101.

Sigue siendo cierto, sin embargo, que la autolimitación, aun siendo constitucional, está a merced del Estado, es decir, de las fuerzas que tienen la preponderancia en el Estado; que puede no existir o existir sólo en parte; que puede ser concebida y organizada de mala manera, por ejemplo sin garantía de independencia para los poderes ponderadores o controladores.

Hay más: cuando el sistema de autolimitación entraña la posibilidad de una condena a cargo del Estado, es decir, en todos los casos de control jurisdiccional —ya sea que éste tenga por resultado una anulación, una restitución, o una obligación de dar, de hacer o de no hacer— el Estado conserva el pleno dominio sobre la ejecución. Esta anomalía resulta del hecho de que en el interior, el Estado es el único que detenta el poder de coacción y que si un órgano del Estado puede, ciertamente, ser obligado a condenar a otro órgano del Estado, sería inconcebible que un órgano, aunque fuese controlador, pudiese ejercer la coacción contra otro órgano, aunque éste hubiese cometido una falta. La coacción pública está al servicio del Estado y se encuentra en manos del poder gubernamental. El Estado se destruiría a sí mismo si cada poder jurisdiccional tuviese su servicio de coacción, o si la coacción pública pudiera ejercerse de poder a poder. De allí se sigue que si el Estado, condenado en uno de sus poderes, ejecuta la condenación es, sin duda, porque debe hacerlo, en razón de su organización constitucional y de las exigencias del bien público y no por una concesión liberal de su voluntad, y también porque acepta voluntariamente someterse a su ley. Si rehusa hacerlo, ningún poder superior podrá obligarlo, puesto que él mismo tiene el monopolio de la coacción.<sup>138</sup>

97. De todas estas consideraciones resulta, a guisa de conclusión, que cuando se habla de someter al Estado al derecho, la fórmula necesita ser explicada. Si por *derecho* se entiende una *norma superior* que se impone al Estado en virtud de su valor propio (ya sea que se le dé el nombre de derecho natural, regla de derecho o, lo que es más preciso, *bien público*), el Estado está, sin duda, sometido al derecho. Pero si se considera una regla de *derecho positivo*, en el sentido en que la conciben los juristas, es decir, una regla que procede de una autoridad exterior, exactamente definida y sancionada, cuya aplicación se confía a un juez y su ejecución

138 Es lo que Duguit mismo reconoce: “No se puede concebir un modo de sanción directa del derecho público que se ejerza contra el Estado” (t. I, pfo. 66, p. 710. Además: t. II, pfo. 33, pp. 417 y 418; t. III, 2a. ed., pfo. 88, pp. 549 y 550). Allí reside, según Duguit, el único motivo de distinción entre el derecho privado y el público (t. I, pfo. 66, pp. 702 y 713).

efectiva a un gendarme, la sumisión del Estado al derecho ya no es más que imperfecta y relativa, precisamente porque todas esas condiciones están lejos de ser realizadas. Desde luego, por las razones que se acaban de exponer, no podría ser cuestión de gendarmes; en segundo lugar, el juez (por lo mismo que ha sido instituido por él) no se encuentra absolutamente inmune de la influencia del Estado; y, por último, la regla (precisamente porque la materia se presta a una definición categórica) tampoco se encuentra radicalmente separada del Estado. En una cierta medida, éste conserva siempre el poder supremo sobre las instituciones y los órganos encargados de ligarlos. Situación ineluctable es ésta, desde el momento en que las instituciones y órganos de limitación no son tomados del exterior del Estado. Sin embargo, a pesar de la lógica de los conceptos, por la virtud de los hombres —la buena voluntad de unos y la conciencia de los otros— la limitación interna por el procedimiento jurisdiccional puede dar resultados satisfactorios y sólidos: prueba de ello es el Consejo de Estado francés, sección de lo contencioso, cuyas decisiones han logrado imponerse respecto a todos, Estado, funcionarios y administrados.

98. Para terminar, no hay que dejar de señalar las garantías que, fuera del ejercicio del derecho electoral y de la utilización de las grandes libertades (especialmente la asociación y la prensa),<sup>139</sup> pertenecen a los individuos mismos en caso de opresión o de desconocimiento grave de las exigencias del bien público, a saber, en orden creciente, los derechos de resistencia pasiva, después de resistencia activa, y por último de insurrección.<sup>140</sup> Estas son, incontestablemente, soluciones que implican una garantía efectiva si no siempre eficaz (el éxito es una cuestión de fuerza, material o moral); pero son también soluciones *de derecho*, que encuentran su legitimación en el sistema mismo del Estado.<sup>141</sup> Si los gobernantes actúan contrariando el fin del Estado o el de su tarea de gobernantes, ya no tienen derecho al título de tales y pueden ser descartados de su puesto incluso por la fuerza. Poco importa que la legislación positiva reconozca o no reconozca esos derechos naturales, a veces esos deberes de los súb-

139 Habrá ocasión de volver a tratar de estas garantías: véase *infra*, núm. 231.

140 Acerca del problema de la resistencia a las leyes injustas, véase J. Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, núms. 219 y ss., pp. 712 y ss.

141 Comp. Barthélemy y Duez, p. 248: "No hay un derecho natural de resistencia, sino tan sólo 'hechos de resistencia' que podrán aparecer, bajo ciertas condiciones, como legítimos". Mas, en este texto, la cuestión es considerada desde el punto de vista del derecho positivo. Claro que si la resistencia es "políticamente legítima", se vuelve objeto de un derecho natural.

ditos: ¡de hecho como en derecho, el estadio del permiso legal es rebasado cuando se discuten derechos de resistencia y de insurrección!

Pero, naturalmente, el ejercicio de esos derechos está subordinado a condiciones estrictas, de las que conviene retener tan sólo la siguiente, que es la única que afecta al problema de la soberanía: en caso de duda sobre la exacta aplicación de la idea del bien público temporal a una materia y en un medio determinados, debe presumirse que los gobernantes tienen razón, por lo menos hasta que haya prueba en contrario, administrada conforme a los procedimientos legales si los hay, y conforme a reglas impuestas por la prudencia, si no los hay. Es el beneficio de la “obediencia previa” que es impuesta por las exigencias de toda vida en sociedad.<sup>142</sup> Si se permite a los súbditos comenzar por rehusar la obediencia a las medidas que no les placen, toda autoridad queda abolida, la arbitrariedad de los gobernados se substituye a la de los gobernantes, y se llega a la anarquía.

142 Véase, acerca de la obediencia previa, Hauriou, *Principes de droit public*, 2a. ed., 1916, Apéndice, pp. 804 y 806, y la réplica de Duguit, t. II, pfo. 9, pp. 81 y 82. Igualmente, De la Bigne de Villeneuve, t. I, p. 521. Comp. Scholten, “L’autorité de l’État”, *Archives de philosophie du droit*, 1934, cuadernos 3 y 4, pp. 151-153; Barthélémy y Duez, pp. 248-250.