

## § 20.

# Aplicaciones del principio político de la Democracia a los distintos terrenos de la vida del Estado.

### I. *Democracia y Legislación.*

1. *El concepto democrático de Ley* es un concepto político, no un concepto de ley propio del Estado de Derecho; arranca de la *potestas* del pueblo y proclama que ley es lo que el pueblo quiere; *lex est quod populus jussit*; comp., arriba, § 13, página 161. Frente a esa *voluntad*, no hay frenos ningunos según los principios democráticos. Son posibles injusticias e incluso desigualdades; la desigualdad podría sólo negarse, en tanto que

se concibiera la igualdad en un sentido absolutista de que todos se encuentran sometidos por igual manera a esa voluntad, cual es también el caso, sin embargo, en la Monarquía absoluta. El concepto de ley propio del Estado de Derecho, que transforma la Democracia en una Democracia constitucional, es el que hace posibles aquí garantías contra injusticias y desigualdades. También se hace posible la distinción entre leyes y otros actos estatales, pues en la Democracia absoluta la voluntad del pueblo es soberana, y no sólo ley suprema, sino también suprema decisión judicial, acto de la suprema autoridad administrativa, etc.

2. *Procedimiento legislativo de la Democracia directa.* El acuerdo de ley tiene lugar bajo la cooperación directa de todos los ciudadanos con derecho a voto. Lo directo de la participación puede tener diversos grados y diverso volumen. Por eso, hay que distinguir diversas especies de procedimiento legislativo en la Democracia directa.

a) *Procedimiento de legislación popular* en sentido propio, es decir: el procedimiento legislativo comienza por una *iniciativa popular*, y el acuerdo de ley se adopta por una *votación popular*. Este procedimiento legislativo popular se caracteriza porque en él no participan, o participan sólo como órganos auxiliares, las *autoridades* del Estado y la *Representación* popular.

El art. 73, 3, C. a., contiene un auténtico procedimiento de legislación popular, es decir, un referéndum introducido por iniciativa popular. Sin embargo, se encuentra prevista para este procedimiento de legislación popular de la Constitución de Weimar una *derivación* en el procedimiento legislativo ordinario: el proyecto de ley propuesto en vías de la iniciativa popular es sometido por el gobierno al acuerdo del Reichstag, y el referéndum no tiene lugar sobre la iniciativa popular cuando el Reichstag acepta sin modificación la ley iniciada. Las otras posibilidades de referéndum constitucionalmente previstas, pero no pertenecientes al procedimiento de legislación popular, siguen existiendo frente a ese acuerdo de ley del Reichstag. El Presidente del Reich puede, por lo tanto, incluso en ese caso, disponer un referéndum, art. 73, 1; es posible un veto de la minoría del Reichstag y una subsiguiente decisión popular por referéndum, artículo 73, 2, etc. Pero si el Reichstag *no* acepta el proyecto de ley propuesto en vías de la iniciativa popular, entonces ha de celebrarse un referéndum, y este referéndum es ahora sobre la *iniciativa* popular. A pesar de aquella des-

viación en el procedimiento legislativo ordinario por acuerdo del Reichstag (artículo 68, C. a.), hay aquí un procedimiento de legislación popular auténtico, aunque delimitado y desviable.

Este procedimiento de legislación popular es prácticamente imposible como procedimiento normal de la legislación en un Estado moderno. En el actual Estado de Derecho, de Constitución democrática, por lo tanto en la Democracia constitucional, hay que considerar, sin embargo, el procedimiento de legislación popular como un procedimiento extraordinario, también teóricamente, porque la Democracia constitucional se basa en modificar las consecuencias de la Democracia pura y colocar en lugar de la voluntad popular absoluta y directa, competencias normales. Pero el pueblo no puede ejercitar competencias ordinarias sin dejar de ser pueblo. La ley surgida en vías de un procedimiento de legislación popular es también ley en el sentido de la regulación constitucional, es decir, ejercicio de una competencia legislativa, y no un acto del Poder constituyente del pueblo. Por eso, en las prescripciones legal-constitucionales sobre iniciativa popular y referéndum se encuentra supuesto el concepto de ley del Estado burgués de Derecho (§ 13, pág. 161), y una iniciativa popular sólo es lícita para una ley en este sentido, no para actos de soberanía al arbitrio. Sin embargo, aquí se hará sentir con especial fuerza el valor de síntoma (arriba, § 18, pág. 290). Una ley surgida con gran o inmensa mayoría en vías del procedimiento de legislación popular, ha alcanzado la aclamación del pueblo y puede representar un acto auténtico de soberanía y romper el marco de la normación del Estado de Derecho por la fuerza de lo político.

### *b) Acuerdo de ley por decisión popular a iniciativa del Gobierno.*

El procedimiento según el cual el Gobierno dependiente de la confianza del pueblo somete directamente a su decisión un proyecto de ley sin que una representación popular entienda en él como cuerpo legislador es raro en la Democracia moderna. La Constitución de Weimar no conoce ese procedimiento. En la Democracia pura, en que magistrado y pueblo verdaderamente reunido se enfrentan, es ése el procedimiento legislativo normal. Según el Derecho político romano, por ejemplo, el magistrado plantea en la Asamblea popular la cuestión (*vos rogo, quirites*), a la que se contesta con "sí" (*uti rogas*) o "no". Así MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III, 1, 1887, pág. 304: "Falta, pues, tanto al cuerpo de los ciudadanos como a los ciudadanos en particular la iniciativa; pueden sólo contestar, pero no plantear al magistrado por su parte la cuestión de si está de acuerdo con esto o aquello. Con ese procedimiento no se puede ir tampoco más allá del simple Sí o No, o del nombramiento de ciertas personas.

Preguntar al ciudadano, no si quiere esto o no lo quiere, sino qué quiere, es jurídicamente lícito, pero sólo practicable en casos de excepción" (comp. abajo, página 321).

c) *Referéndum* en el sentido estricto, es decir, votación popular sobre confirmación o no confirmación de un acuerdo del Cuerpo legislativo. La expresión "referéndum" se reservará adecuadamente para el caso en que se someta a los ciudadanos con derecho a voto, para su decisión definitiva, un acuerdo de la Representación popular. No es recomendable designar como referéndum indistintamente todos los casos de votación popular (iniciativa popular, plebiscito, etc.). Pertenece al concepto de referéndum el que se encuentre contenida en él la decisión sobre una confirmación.

Casos de referéndum:

aa) *Referéndum general obligatorio.*

En este procedimiento, la ley surge mediante acuerdo de un cuerpo deliberante que fija el *proyecto*, y mediante la confirmación de ese acuerdo por el cuerpo electoral.

Ese procedimiento es raro, por razones prácticas. Aun allí donde se le reconoce como el método democrático más importante y consecuente en principio, como en la Constitución jacobina de 1793, se le hace depender por razones prácticas de cualquier iniciativa, mientras que, en lo demás, se *supone* el asentimiento de los ciudadanos con derecho a voto cuando esa iniciativa no se produce. Así, el art. 59 de la Constitución de 1793: Cuando cuarenta días después del envío del proyecto de ley a todos los municipios, no hayan suscitado reclamación ninguna en más de la mitad de los departamentos una décima parte de las asambleas de los primitivos electores, se considera aceptado el proyecto y queda convertido en ley.

bb) *Referéndum obligatorio para determinadas clases de ley*, sobre todo para revisiones constitucionales; en lo demás, referéndum facultativo.

Ejemplo: Constitución federal suiza de 29 de mayo de 1874, referéndum obligatorio para leyes constitucionales, art. 123: "La Constitución federal revisada o, en su caso, la parte revisada de la misma, entra en vigor cuando la acepta la mayoría de los ciudadanos que participen en la votación, y la mayoría de los Cantones." Por el contrario, para leyes ordinarias, sólo referéndum fa-

cultativo: art. 89, 2: "Las leyes federales, así como los acuerdos federales generalmente obligatorios que no tengan carácter urgente, deben ser sometidas además (esto es, a más del asentimiento exigido de ambos Consejos, nacional y de Estados) a la aceptación o recusación del pueblo, cuando así lo exijan treinta mil ciudadanos suizos con derecho a voto, u ocho Cantones." Igualmente, según el párrafo 3, los tratados con el extranjero que se concierten por tiempo indeterminado o por una duración superior a quince años (párrafo 3, aceptado en referéndum de 30 de enero de 1921 sobre la base de una iniciativa popular).

### cc) Referéndum *facultativo*.

Aquí se suscita la cuestión de a quién compete la *iniciativa* del referéndum. Pueden ser: el mismo *cuerpo legislativo*, que tiene interés en someter a la confirmación de los electores su acuerdo; el *Gobierno*, el *Presidente de la República*, una *minoría* del cuerpo legislativo, y una *parte de los ciudadanos* con derecho a voto (este último caso implica una *iniciativa popular de referéndum*, a diferencia del citado en *a*), que supone una iniciativa popular para introducir un procedimiento de legislación popular; en los Estados federales, también los *Países* o *Cantones* (comp. el ejemplo de la Constitución federal suiza en *bb*).

La *Constitución de Weimar* conoce las siguientes posibilidades de una iniciativa de referéndum: referéndum dispuesto por el *Presidente del Reich* (artículo 73, 1 y 3); referéndum a propuesta de una vigésima parte de los *electores* frente a una ley cuya publicación se haya suspendido a propuesta de un tercio, al menos, del Reichstag (art. 73, 2); referéndum a petición del *Reichsrat*, cuando el Reichstag haya acordado contra su veto una ley de reforma de la Constitución (art. 76, 2). En la facultad del Presidente del Reich de disponer un referéndum se encuentra, tanto la facultad general de disposición frente a toda ley acordada por el Reichstag, según el art. 73, 1, como también la facultad especial de disposición para decidir una divergencia de opinión entre Reichstag y Reichsrat del art. 73, 3. Así, la ley sobre referéndum de 27 de junio de 1921 (*Gac.*, página 790) puede enumerar cinco casos de referéndum contando ahí la decisión popular a base de iniciativa popular. Todavía, sin embargo, añade el § 3 de esta ley (de reforma de la Constitución) un sexto caso: cuando tiene lugar una decisión popular sobre iniciativa popular es objeto de referéndum, no sólo la ley iniciada, sino también la que, aprobada por el Reichstag, se rechaza.

d) Limitaciones y excepciones. En algunas Constituciones democráticas se encuentran excluidos del referéndum ciertos asuntos, o se halla limitada la disposición de un referéndum.

Según el art. 73, 4, C. a., sólo el Presidente del Reich puede convocar a referéndum sobre el presupuesto, leyes de impuestos y escalas de sueldos. Esa limitación puede considerarse válida para todas las *leyes económicas*; sobre esto, CARL SCHMITT, *Volksentscheid und Volksbegehren*, 1927, págs. 14 y sigs.; sobre limitaciones en las leyes constitucionales de los Países, allí mismo, página 15. Sobre la cuestión de la limitación de la *iniciativa* popular: abajo, 4 c, página 306. Limitación por *declaración de urgencia*, arts. 72, 73, C. a., comp. página 323.

3. Aprobación de la ley por *acuerdo* de una *representación popular elegida* por los ciudadanos, cuya voluntad aparece como la de todo el pueblo (arts. 21 y 68, 2, C. a.). Aquí se coloca el principio de la representación en lugar del principio democrático de la identidad; la cooperación y participación de los ciudadanos con derecho a voto sólo puede tener lugar *indirectamente*.

a) El llamado mandato imperativo, es decir, la dependencia del diputado respecto de instrucciones y órdenes de los electores, suprimiría el carácter representativo de la Representación popular, pero no sería un medio adecuado para la realización del principio democrático. Pues contradiría también al pensamiento político de la Democracia misma, ya que el diputado, por estar ligado a la voluntad eventual de *sus* electores, no dependería de la voluntad de todo el pueblo, sino de la voluntad de una *parte* de los ciudadanos con derecho a voto. La consecuencia de ese mandato imperativo sería entonces que habría que introducir un especial sistema de continua votación de los electores de cada distrito o, en el sistema de representación proporcional con listas de partido, de todo el país. Entonces se votaría continuamente, pero no por el pueblo como unidad. También en esto se ve que el pueblo no puede ser representado, según sostuvo ROUSSEAU con razón. El pueblo, o bien está presente por completo, o no lo está; en cuyo caso, lo representado no será el pueblo, sino la unidad política como un todo. El pensamiento de la representación contradice el principio democrático de la identidad del pueblo presente consigo mismo como unidad política. Pero un mandato imperativo al estilo medieval, con dependencia del diputado respecto de instrucciones y órdenes de organizaciones y partidos estamentales y de otra especie, contra-

diría al pensamiento de la unidad política como también al supuesto democrático fundamental, la homogeneidad sustancial de un pueblo, cuya unidad natural y política hace considerarle como idéntico.

b) Si un cuerpo representativo—por consiguiente, desligado de mandatos—es la instancia legislativa ordinaria, entonces sólo puede alcanzarse una influencia y consideración de la voluntad directa de los ciudadanos con derecho a voto, haciendo de la *disolución* de ese cuerpo legislativo un elemento normal de la organización del Estado.

La disolución puede ser practicada:

aa) Por disposición del Jefe del Estado, y, en el Estado de Derecho con distinción de poderes, del jefe del Ejecutivo; así, el art. 25. C. a.: “El Presidente del Reich puede disolver el Reichstag.” El derecho de disolución monárquico tiene otra estructura, y no es aquí del caso (abajo, pág. 407).

bb) Por un acuerdo del Ministerio (que, por lo demás, depende de la confianza del cuerpo a disolver); así, la práctica inglesa, que, sin embargo, adopta formalmente el camino de una disolución por disposición del Jefe del Estado, es decir, por Real decreto. La Constitución de Oldenburgo de 17 de junio de 1919, § 55 (disolución del Landtag por el Ministerio), conoce un derecho formal de disolución del Gobierno.

cc) A petición de una parte de los ciudadanos con derecho a voto y mediante decisión popular, así pues: *iniciativa popular para la disolución de la Representación popular* por referéndum; así, numerosas Constituciones de países alemanes, por ejemplo, Constitución prusiana de 30 de noviembre de 1920, arts. 6 y 14; otros ejemplos en O. KOELLREUTER, *Das parlamentarische System in den deutschen Landesverfassungen*, Tubinga, 1921, página 7, nota 2.

dd) *Autodisolución* por acuerdo propio de la Representación popular; así, varias Constituciones de Países alemanes, por ejemplo, Constitución prusiana, art. 14; otros ejemplos, KOELLREUTER, ob. cit., pág. 9.

4. *Iniciativa democrática de la ley*. La iniciativa de la ley es, por su misma naturaleza, también en una Democracia, asunto del Gobierno (arriba, pág. 279). Es cierto que el Gobierno

puede compartir el derecho de iniciativa de la ley con otros órganos, pudiendo existir en particular la iniciativa popular y el derecho de iniciativa del cuerpo legislativo (por ejemplo, artículo 68, C. a.); pero no puede haber *ningún Gobierno sin iniciativa*.

a) La lucha de la Representación popular contra el gobierno monárquico llevó a introducir una iniciativa de ley de la *Representación popular*, es decir, del cuerpo legislativo mismo. A esto corresponde el art. 68, C. a., según el cual las propuestas de ley son presentadas por el Gobierno, *o del seno del Reichstag*. En la medida en que desaparece el punto de vista de la lucha contra el gobierno monárquico cabe volver a limitar esa iniciativa de ley de la Representación popular. Puede hacerse limitando legal o reglamentariamente la iniciativa individual de cada diputado. Así, el derecho de iniciativa "del seno del Reichstag", según el art. 68, C. a., sólo puede ser ejercido por quince diputados (el número de una fracción) a consecuencia del § 49 del Reglamento del Reichstag de 12 de diciembre de 1922. Además de esto, se han establecido limitaciones para las *leyes económicas*: aquí puede notarse una línea evolutiva que conduce a limitar al menos la *iniciativa* de gastos de la Representación popular en las leyes económicas.

El art. 85, 2, C. a., dice: "El Reichstag no puede, sin el asentimiento del Reichsrat, elevar los gastos en el proyecto de presupuesto, o establecer otros nuevos." Esta limitación no vale sólo para la ley de Presupuestos, sino para todas las *leyes económicas* (comp., arriba, 2, d, pág. 303). Otros ejemplos, CARL SCHMITT: *Volksentscheid und Volksbegehren*, 1927, págs. 27-29.

b) El esfuerzo hacia la participación directa de los electores ha llevado hacia una llamada *iniciativa* popular, es decir, iniciativa de ley de una parte de los ciudadanos con voto.

Esta iniciativa de ley del pueblo no es ni

aa) introducción de un procedimiento de legislación popular (arriba, página 300), así, el art. 73, 3, C. a.; ni

bb) introducción de un procedimiento legislativo ordinario; entonces estaría dirigida al Cuerpo legislativo. La regulación del art. 73, 3, C. a., contiene sólo en apariencia ese caso de iniciativa de ley. En realidad, se trata de una

desviación del procedimiento legislativo ordinario, verificada por razones prácticas.

cc) Iniciativa de referéndum (que sólo en forma inexacta se podrá llamar "iniciativa de ley"; comp., arriba, 2, c), pág. 301.)

c) Limitaciones y excepciones. Ciertos asuntos, en particular leyes económicas, son excluidos, en Constituciones democráticas, de la iniciativa popular. La excepción del art. 73, 4, C. a. (sobre presupuesto, leyes de contribuciones y escalas de sueldos, sólo el Presidente del Reich puede disponer un referéndum), vale también para la iniciativa popular de referéndum.

Algunas Constituciones de Países alemanes excluyen ciertas materias (sobre todo, cuestiones financieras) de la "votación popular"; por tanto, del referéndum y de la iniciativa; otras sólo de la iniciativa; compárense los ejemplos en CARL SCHMITT, ob. cit., pág. 15. En todo caso, es tan distinta del referéndum la *iniciativa* del pueblo, que las excepciones a la una o al otro no son por sí mismas iguales, y en un Estado democrático no existe ninguna presunción a favor de la extensión posible de la iniciativa popular.

## II. Democracia y gobierno.

1. La relación de una Representación popular *elegida* (Parlamento) con el Gobierno. La lógica del principio democrático tiende hacia un *mínimum* de representación. Esto puede afectar, en último resultado, tanto al Parlamento (esto es, la Representación popular elegida) como también al Gobierno, de modo que, tan pronto aquél, tan pronto éste, aparezca como subordinado.

a) Primera posibilidad: *subordinación* del Gobierno al Parlamento.

En tanto que un Parlamento elegido por los ciudadanos se encuentre frente al Rey, segundo representante, como representante "del pueblo", es decir y en realidad, de la unidad política, aparece como una exigencia y una consecuencia democráticas la de pedir la subordinación de ese Gobierno monárquico al Parlamento. Esta es, en conjunto, la situación en Alemania durante el siglo XIX, bajo la Monarquía constitucional. La exigencia de un Gobierno parlamentario se hace así exigencia democrática; Democracia y Parlamentarismo se equiparan y confunden

entre sí, a causa de tal situación política. La representación del pueblo políticamente unificado por medio de un cuerpo elegido es aparentemente, junto a la representación de la unidad política mediante un monarca hereditario, la cosa democrática, y no se tiene conciencia del contraste verdadero, principal: representación e identidad.

En esta situación surge una serie de equiparaciones: el Gobierno debe depender de la confianza del Parlamento, es decir, de la Representación popular, es decir, del pueblo. Así, no se hace distinción entre depender de la confianza del Parlamento y depender de la confianza del pueblo. Cuanto más fuerte y viva es la exigencia de parlamentarización, tanto más fuerte es también esa equiparación entre Parlamentarismo y Democracia. En Alemania se advierte esto por última vez durante la guerra mundial, sobre todo desde 1916 y 1917, en los partidos que exigían la parlamentarización del Gobierno del Reich; comp. las declaraciones de periódicos con muchas invocaciones a la rebelión, citadas en HASBACH: *Die parlamentarische Kabinettsregierung*, 1919, pág. 265, nota. En el ya mencionado art. 57 de la Constitución prusiana de 1920, se dice: "El Ministerio como tal, y cada uno de los Ministros, necesitan para el ejercicio de su cargo de la confianza del pueblo, que éste da a conocer mediante el Landtag." Toda esta construcción supone que el Gobierno carece de relación directa con los ciudadanos y que tal relación ha de llevarse a cabo exclusivamente por medio del Parlamento. La construcción decae necesariamente cuando el Gobierno no es ya un Gobierno monárquico en sentido antidemocrático, y cuando tiene o puede tener una conexión directa con el pueblo, independientemente del Parlamento, apoyándose así de modo *inmediato* en la confianza de los ciudadanos con derecho a voto (comp., abajo, 2).

En tanto que las ideas políticas y jurídico-políticas están dominadas por la lucha contra un Gobierno no democrático, es natural que la idea democrática conciba el Gobierno como algo que es preciso someter a la Representación popular. Entonces suele construirse una doble relación de supra- y subordinación: el pueblo (los electores con derecho a voto) se encuentran sobre la Representación popular (el Parlamento); el Parlamento, sobre el Gobierno. Corresponde a una idea muy extendida el considerar esta construcción como un sistema de *comisiones*: la Representación popular (el Parlamento) es una comisión del pueblo (los electores); el Gobierno parlamentario es una comisión de la Representación popular (el Parlamento). La organización es-

tatal aparece como un sistema de comisiones de tres grados: Pueblo, Representación popular, Gobierno.

Así, BLUNTSCHLI: *Allgemeines Staatsrecht*, I, 1868, pág. 490, designa al "Cuerpo legislativo", si bien por lo demás entendía la peculiaridad del concepto de representación, como un "resumen proporcional". Sin embargo, hay que observar que BLUNTSCHLI no hablaba de un resumen o comisión del Cuerpo electoral, sino "de todo el organismo del pueblo", con lo que no desaparecía todavía el concepto de representación. Cita a ese respecto la célebre frase de MIRABEAU, del 30 de enero de 1789, según el cual los estados son para la Nación lo que la carta geográfica para los accidentes del País: un cuadro que muestra las mismas relaciones que el original. Tampoco ese cuadro alude sólo a la simple comisión y exponente, sino que contiene algo todavía del pensamiento de una auténtica representación.

Por el contrario, en la literatura posterior desaparece poco a poco la inteligencia del caso. Por lo que se refiere a la Constitución de Weimar, citaremos los siguientes ejemplos: GIESE: *Kommentar zur Reichsverfassung*, 2.<sup>a</sup> ed., páginas 161, 191: "El principio parlamentario considera al Ministerio como una Comisión de la representación popular, encargada de la gestión de negocios, aun cuando no necesariamente salida de su seno." En las siguientes ediciones se va eliminando la voz "Comisión"; comp. la confrontación en H. HERRFAHRDT: *Die Kabinettsbildung nach der Weimarer Verfassung*, Berlín, 1927, págs. 10, 11; en la séptima edición, 1927, falta por completo, tanto en el art. 54, C. a., como en el art. 53. En las deliberaciones de la Asamblea Nacional de Weimar se rechazó expresamente la idea de la Comisión. KOCH (*Prot.*, pág. 302) declaró, con razón, que el Gobierno del Reich no podía ser una Comisión de la mayoría del Reichstag. Por el contrario, como ejemplo típico de una típica ausencia de problemática: H. NAVIASKY: *Die Stellung der Regierung im modernen Staat*, Tubinga, 1925, página 7: una pirámide de tres grados; la base, el pueblo; sobre ella, un "órgano de representación", "que representa en un volumen reducido la voluntad del pueblo, haciéndola capaz de actuar". "Esta es la Representación popular, grado medio de nuestra pirámide"; sobre ella, todavía, un colegio más pequeño, una "Comisión de su confianza. Es el Gobierno; se encuentra en la cúspide de la pirámide". La idea de la Comisión se corresponde también con la idea de un "Gobierno proporcional", en que los miembros del Gabinete sean determinados por el Parlamento según los postulados fundamentales de la representación proporcional (así, la ley austríaca de 1920 citada como ejemplo por H. TRIEPEL: *Staatsverfassung und politische Parteien*, 1927, pág. 22). La prescripción, contenida en las leyes constitucionales de algunos Países (Sajonia, Württemberg, Baden y otros), de que a cada nueva elección haya de seguir la formación de un nuevo Ministerio, se apoya en las mismas ideas.

La idea de una comisión es, por lo demás, consecuente desde el punto de vista del principio democrático de la identidad. Pero niega el pensamiento de una representación y, mediatamente, la unidad política.

b) Segunda posibilidad: *supraordinación* del Gobierno respecto al Parlamento. La práctica del Gobierno inglés de Gabinete muestra hasta ahora el cuadro contrario: el líder del partido mayoritario forma, como Primer Ministro, el Gabinete, es decir, el Gobierno, que guía al Parlamento. La vida de una comisión retrocede aquí ante el pensamiento de la *dirección y guía*, de modo que en la literatura jurídico-política alrededor del Primer Ministro inglés se le designa ocasionalmente como el "superior" al que ha de obedecer la mayoría parlamentaria. La supraordinación se explica porque el Gobierno se ampara directamente en la "opinión pública", de la que el Parlamento es también sólo una expresión.

c) Tercera posibilidad: un *equilibrio*, en que ni el Parlamento ni el Gobierno están supra o subordinados. Esto es posible cuando en todo tiempo puede establecer el Gobierno una conexión directa con el cuerpo electoral. El portador del centro del equilibrio es el pueblo; el pueblo *sostiene* la balanza y es, frente a los factores equiparados: Parlamento y Gobierno, el tercero superior. Esta figura era, para los autores de la Constitución de Weimar, el "auténtico Parlamentarismo" (abajo, § 24). También aquí se suscita el problema orgánico de establecer la conexión inmediata (no a través de la Representación popular) del Gobierno con el cuerpo electoral.

2. *Relación directa de pueblo y Gobierno.*—La relación directa puede establecerse:

a) por *elección directa* del Gobierno mediante el cuerpo electoral. Así se ha establecido en la Constitución de Weimar para un órgano esencial de Gobierno: el Presidente del Reich es elegido, según el art. 41, C. a., por todo el pueblo alemán. Junto a él existe, sin embargo, un Gobierno dependiente de la confianza del Parlamento, cuya construcción crea por eso especiales dificultades a la Teoría de la Constitución (abajo, § 27, pág. 394). La vinculación entre el Presidente elegido por el pueblo y el Gobierno parlamentario se establece, de una parte, por el *derecho*

de nombramiento y separación que el art. 53 confiere al Presidente, y de otra parte, por la prescripción del art. 50, según la cual todos los actos oficiales del Presidente necesitan el *refrendo* del Canciller o del Ministro competente. El que todo el pueblo designe en elección directa al Presidente del Reich tiende a crear la idea de una *representación*, si bien la posibilidad de discutirle, según el art. 43, 2, C. a. (a propuesta de una mayoría de dos tercios del Reichstag, y mediante votación popular), debilita ese pensamiento. El Reichstag alemán es, con arreglo a la idea inspiradora, un representante (art. 21, C. a.). Se encuentran, pues, como en la Monarquía constitucional, otra vez dos representantes frente a frente, y además se ligan el principio de la representación con el principio democrático de la identidad.

Un destacado sociólogo y teorizador del Estado, F. TÖNNIES ha propuesto que también el *Gobierno del Reich* (es decir, Canciller y Ministros, sean directamente elegidos por el pueblo, *Schmollers Jahrbuch*, tomo 51 (1927), pág. 185. La cuestión es si esta elección directa ha de servir al pensamiento de la identidad democrática o al pensamiento de una representación. A mi entender, TÖNNIES trata aquí de robustecer el principio democrático.

b) por *disolución del Parlamento* dispuesta por el Gobierno.

La disolución, según ya se ha dicho (pág. 305), tiene que ser considerada como institución normal de este sistema. Si ha de tener un sentido jurídico-constitucional, será para emplearla precisamente en el caso que la mayoría parlamentaria haya dado al Gobierno un voto de desconfianza. Entonces puede establecerse la conexión inmediata con el pueblo, contra el acuerdo de desconfianza de la mayoría parlamentaria, y el pueblo, como tercero superior, decide el conflicto surgido entre Gobierno y Representación popular; comp. abajo, § 29, pág. 413.

c) por *disposición de un plebiscito* por parte de un órgano de Gobierno frente a acuerdos del Parlamento. Artículo 73, C. a.: "Una ley acordada por el Reichstag ha de ser llevada al referéndum, antes de su publicación, cuando el Presidente del Reich así lo determine dentro del plazo de un mes."

En los casos *b*) y *c*) existe una "apelación al pueblo". Como el Parlamento, por su parte, puede apelar al pueblo contra el órgano de Gobierno (en Alemania contra el Presidente del Reich, mediante propuesta de destitución, según el art. 43, 2), se contrapesan las posibilidades recíprocas (comp. el esquema, arriba, página 228). El pueblo sostiene la balanza. La nueva elección o votación popular que en tales casos tiene lugar realiza la función especial de decidir un conflicto político de las autoridades supremas del Estado. Aquí, el pueblo actúa como soberano más allá de la competencia constitucional, legalmente normada.

### III. *Democracia y relación internacional.*

La aplicación del principio democrático de la identidad a las relaciones con otros Estados lleva a que retroceda el principio de la representación y su aplicación quede limitada. Por lo demás, se ve aquí con la mayor claridad que ninguna unidad política puede existir sin representación, y que también un Estado democrático puro tiene que ser representado frente a otros Estados democráticos puros. A pesar de los grandes cambios políticos y sociales de los Estados, apenas han cambiado en el último siglo las reglas generalmente reconocidas de Derecho internacional sobre las relaciones diplomáticas; convenios y costumbres de una época monárquica pura siguen valiendo hoy de igual manera, a pesar del desarrollo hacia la Democracia (comp. arriba, pág. 243).

La aplicación del principio democrático se muestra en que, para el acuerdo internacional de tratados internacionales, o para declaraciones internacionales, ya no es decisiva exclusivamente la voluntad del representante, y se confunde el concepto de ratificación porque se desconoce el concepto de representación. Para la validez internacional de acuerdos internacionales se exige por ley constitucional la cooperación de la Representación popular (Parlamento), o también un referéndum, y por cierto 1), de manera que se asocie a la ratificación por el Jefe del Estado (el representante), como requisito especial para la validez internacional, sin desplazar al representante por su parte; o bien 2), de manera que un acto de la representación popular o una votación popular signifique por sí ya el acto internacional, perdiendo así

toda significación independiente la representación por el Jefe del Estado, que ya se refiere tan sólo a la formalidad del cambio de documentos de ratificación, mientras que, por otra parte, sigue siendo oscuro en qué medida la Representación popular, o acaso el pueblo mismo en las urnas, representa, frente al Estado extranjero, la unidad política.

El art. 45, C. a., contiene las tres posibilidades: plena representación, representación limitada y supresión de la representación del Jefe del Estado. Según el párrafo primero, el Presidente representa internacionalmente al Reich; cierra, en nombre del Reich, alianzas y otros Tratados con potencias extranjeras; acredita y recibe a los agentes diplomáticos (plena representación). Según el art. 2.º, la declaración de guerra y la conclusión de la paz tiene lugar por ley (es decir, que la "ratificación" del Jefe del Estado es aquí sólo una formalidad de la mediación internacional, si bien conserva plenitud de significación internacional a causa de la necesidad de recepción internacional). Según el párrafo tercero, las alianzas y Tratados con Estados extranjeros que se relacionen con objetos de la legislación del Reich, necesitan el asentimiento del Reichstag (aquí la ratificación es un acto objetivamente significativo del representante, al que se añade la cooperación de la representación popular).

La Constitución imperial de 1871 hacía del Emperador el representante internacional del Imperio alemán. Según el art. 11, 3, era exigible para la validez de los Tratados con Estados extranjeros, en tanto se refirieran a objetos pertenecientes, según el art. 4.º, a la jurisdicción legislativa del Reich, el asentimiento del Consejo federal y la anuencia del Reichstag. Según la concepción dominante, esta limitación sólo tenía significado para el Derecho político, pero no afectaba para nada a la plena representación del Emperador frente a otros Estados (LABAND, I, pág. 230; II, págs. 137 y sig.; MEYER-ANSCHÜTZ, pág. 818); según otra, limitaba la representación (SEYDEL: *Kommentar*, pág. 163), mientras que según G. JELLINEK: *Gesetz und Verordnung*, páginas 349, 354, la exigencia del asentimiento de la Representación popular añadía al Tratado internacional una condición (resolutiva). pues "el representante sólo puede prometer con validez jurídica aquellas prestaciones que el mismo está en condiciones de cumplir".

Históricamente, la limitación de la representación del Jefe del Estado ha de ser referida a la Constitución francesa de 1791, en cuyo título III, cap. II, sección 1.ª, art. 3.º, se dice: "El Cuerpo legislativo es competente para ratificar Tratados de paz, alianza y comercio; sólo mediante esa ratificación adquiere eficacia un Tratado"; además, las Constituciones de 1793 (art. 55) para todos los Tratados; 1795 (art. 333), para todos los Tratados; 1848 (art. 53, asenti-

miento de la Asamblea Nacional a todos los Tratados). Según el art. 8.º de la Ley constitucional de 16 de julio de 1875, el Presidente de la República ratifica los Tratados; pero los Tratados de paz, los de comercio y aquellos que dan lugar a obligaciones financieras del Estado, así como aquellos que se refieren al estatuto personal y propiedad privada de franceses en el extranjero, sólo son "definitivos" cuando han sido acordados por ambas Cámaras. La cesión, cambio y anexión de partes del territorio tiene lugar por ley.

La Constitución belga de 1831 hace del Rey representante del Estado frente a otros Estados; pero exige para los Tratados de comercio y para Tratados que impliquen cargas al Estado u obliguen a particulares belgas, el asentimiento de ambas Cámaras; y para modificaciones del territorio, una ley (art. 68). Esta prescripción ha sido copiada en el art. 48 de la Constitución prusiana de 1850: "El Rey tiene derecho a declarar la guerra y hacer la paz, así como a establecer otros Tratados con Gobiernos extranjeros. Los últimos necesitan para su validez el asentimiento de las Cámaras, siempre que sean Tratados de comercio o establezcan cargas para el Estado u obligaciones para los ciudadanos." El art. 48 de la Constitución prusiana no fué considerado por la doctrina dominante (incluso por GNEIST) como una limitación de la representación, sino como requisito de Derecho político, mientras que en aquella Ley constitucional belga se encontraba la exigencia de una "ratificación obligatoria de las Cámaras" (ERRERA, pág. 49).

Como ejemplo de la invasión de la Democracia directa, la revisión parcial de la Constitución federal suiza del año 1921 (art. 89, 3, de la Constitución), es de singular interés. Los Tratados con el extranjero concertados sin plazo o para una duración mayor de quince años, tienen que ser sometidos (además de la "anuencia" de la Asamblea federal) al Cuerpo electoral (al pueblo), para que los acepte o rechace cuando así lo exijan 30.000 ciudadanos con derecho a voto, u ocho Cantones. Aquí aparecen tres "ratificaciones": la ratificación por el representante internacional; la anuencia, también designada como ratificación de la Asamblea federal, y la ratificación (o negativa de ratificación) por el pueblo (comp. FLEINER, ob. cit., pág. 756).

Una consecuencia práctica importante de esa reserva democrática de la representación consiste en lo siguiente: la *negativa de la ratificación* se consideraba antes como algo *anormal*, casi como ofensa del Estado extranjero (comp. el caso del Tratado franco-inglés de 1841 sobre la supresión de la trata de negros, cuya ratificación denegó Francia, a pesar de haberlo suscrito; a este respecto, discurso de Guizot en la Cámara de los Diputados, de 1 de febrero de 1843); ahora, por el contrario, ya no es nada anormal la reserva de la anuencia por el titular de la facultad legislativa del Estado y la negativa de ratificación de un Tratado suscrito (comp. el caso de los frisonos en Saboya: el tratado franco-suizo de 7 de agosto de 1921 fué rechazado por referéndum

de 18 de febrero de 1923, quedando sin ratificar por Suiza. A este respecto, M. FLEISCHMANN: *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1923, Sp. 643 y sigs.). Sobre el problema general, "Democracia y política exterior", sólo hay, hasta ahora, una Monografía de conjunto: J. BARTHÉLEMY: *Democratie et Politique étrangère*, París, 1917.

#### IV. *Democracia y Administración.*

1. Una Administración establecida con arreglo al principio de la identidad democrática es prácticamente imposible, y tampoco ofrece ningún problema teórico, según los principios democráticos, porque en la Administración (a diferencia del Gobierno) no hay representación ninguna. El que los ciudadanos con derecho a voto tramitasen todos los asuntos públicos sería posible, a lo sumo, en el marco de una moderada administración local autónoma, y, por eso, sólo como autoadministración local (cantonal o provincial) y no como Administración del estado. Pero Democracia es un concepto *político*; sus principios afectan a la determinación de la unidad política como un todo, es decir, Legislación y Gobierno.

Al hablar de una "democratización", se trata tan sólo de llevar a cabo reformas y aplicar tendencias correspondientes a la idea fundamental democrática o al programa de partidos democráticos; por ejemplo, *elección* de los funcionarios en lugar de nombramiento por una autoridad superior, determinación de los funcionarios por el cuerpo electoral del distrito administrativo, etc. En un Estado con Gobierno parlamentario, la exigencia de una democratización de la Administración recibe con facilidad el significado de que los funcionarios de la Administración sean designados por los partidos que se encuentren en mayoría. La burocracia estatal y municipal se convierte así en una escolta de los partidos, con lo que los funcionarios directivos se convierten en funcionarios de partido y agentes electorales. La Constitución de Weimar intenta oponerse a esas consecuencias al sustraer, en el art. 130, la burocracia a esa práctica de escolta y de botín; "despolitizar", como suele decirse, entendiéndose la palabra "política" en el sentido peyorativo de "política de partido". El art. 130, C. a., está destinado a proteger la idea de la unidad política del Estado con ayuda de una garantía institucio-

nal de la Constitución contra una disolución en partidos políticos. Sin embargo, no llega el Derecho político alemán a separar la posición del funcionario de la del diputado creando una *incompatibilidad*, esto es, declarando inconciliable la posición de un diputado (político de partido) con la posición de un funcionario público. La Constitución de Weimar no ha extraído esta consecuencia de la idea del Estado de funcionarios.

2. Como signo de Administración democrática suele valer también, a veces, la *adjunción de profanos* a los asuntos de la Administración del Estado; la actividad honoraria de tales profanos se concibe entonces como Administración democrática. Aquí habría que fijar el concepto del pueblo en su significación negativa. El profano pertenece al pueblo, porque *no* es funcionario; por eso, la adjunción de profanos pasa como algo democrático (sobre esa negatividad de la palabra "pueblo", arriba, página 279).

3. Suele equipararse la *Administración autónoma*, en el sentido de Administración autónoma local, cantonal o provincial, con la Administración democrática. Según la construcción de HUGO PREUSS, la actividad estatal en un Estado gobernado parlamentariamente es sólo Administración autónoma "nacional"; Estado y municipio son iguales por su esencia; la vinculación al Estado no puede diferenciarse esencialmente de la vinculación al municipio y a otras personas sociales totales (*Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, 1889, pág. 189; *Handbuch der Politik*, I, págs. 198 y sig.). De este modo se convierte el Derecho público en Derecho social; el Estado, de unidad *política* específica, en asociación *social*, y se despolitiza. Tal ideología es, en realidad, liberal y no democrática. Democracia es un concepto político y conduce por ello hacia una *unidad* política decisoria y hacia la *soberanía*. La consecuencia para la Administración puede ser tanto la más rigurosa centralización como la Administración autónoma. La Administración centralizada del Estado francés, por ejemplo, corresponde a una realización democrática del pensamiento de la incondicionada unidad nacional; la reacción contra ese centralismo—federalismo, regionalismo, organizaciones estamentales—es, en gran parte, monárquica y antidemocrática. Hay también, naturalmente, un federalismo demo-

crático. Pero es erróneo equiparar el principio democrático de la identidad con el ideal de la más amplia Administración municipal autónoma (en contraste con la Administración estatal). El pueblo, en una Democracia, es siempre el pueblo *entero* de la unidad política, no el cuerpo electoral de un municipio o de un distrito. Es supuesto esencial de la Democracia política el que se distinga la unidad política en modo específico, como un todo homogéneo y cerrado, de todas las demás agrupaciones y organizaciones político-internas.

ADOLFO MERKL: *Demokratie und Verwaltung*, 1923, pág. 16, habla de Administración democrática (en contraste con Administración autocrática) "en el sentido que se ha puesto de moda y ha llegado a hacerse dominante, de que, para la Administración democrática, la determinación del órgano es por *elección*, y para la autocrática, por *nombramiento*; esta nomenclatura, sin embargo, encuentra aplicación aquí—lo que no se acentuará nunca con decisión suficiente—sólo en interés de una más fácil inteligencia y con plena conciencia de que ni aun aproximadamente se satisfacen y agotan las particularidades que indican el carácter democrático o autocrático de una institución". En las páginas 44/5 se encuentra una definición: "Pero, por lo demás (a saber, prescindiendo de que los burócratas no pertenecen menos al pueblo que los políticos de partido), apenas si puede sostenerse en pie la ficción de una administración por el pueblo. Administración democrática significa la administración por representantes de un cierto partido político." Y pág. 45: "En realidad, la Administración autónoma en todas sus auténticas realizaciones históricas..., no es *ni* una *administración* por el pueblo, como dice la *leyenda política idealizadora*, ni tampoco una *administración autocrática*, como afirma la *crítica política corrosiva*, sino—conforme está establecida en esencia la administración territorial autónoma—la administración por representantes electivos de un partido mayoritario que se hace más o menos desagradablemente perceptible como "administración política por extraños" a los partidos minoritarios excluidos de la administración. Difícilmente se convertirá a la exigencia de una progresiva democratización de la Administración ante tal estado de cosas, con la ideología de la Administración autónoma, quien no se deje estupidizar por frases o ficciones políticas."

## V. Democracia y Justicia.

1. El juez está vinculado a la *ley*; su actividad está esencialmente determinada en normas; no es un representante de la uni-

dad política como tal. Políticamente considerada, esta Administración de Justicia, dependiente por completo de la ley, es *en quelque façon nulle*. El problema de la justicia política se sale con esto, aun en el Estado burgués de Derecho, mediante competencias y organizaciones especiales, del marco de la Justicia general (arriba, § 12, pág. 155). Si la Democracia es, en esencia, forma política, la Justicia, por el contrario, es esencialmente apolítica, porque al depender de la Ley general se sigue de ahí que no pueden extraerse del principio democrático consecuencias inequívocas y obligadas frente a la Justicia. Se puede dominar la Administración de Justicia en vías del concepto político de la Ley. Se puede, además, exigir que la Justicia sea "nacional" y, a partir de estos esfuerzos, encontrar ciertas instituciones que se citarán en seguida (abajo, 2). Pero esto depende en gran medida de la situación y condiciones políticas y de la ocasional valoración política del juez. No se basa en conexiones sistemáticas, de Teoría constitucional.

En un Estado democrático, el juez es también independiente, y no debe ser un instrumento político. La *independencia* del juez no puede nunca ser cosa distinta que el otro aspecto de la *dependencia* respecto de la ley. En esto consiste la gran diferencia que separa esta independencia de la de los diputados de un Cuerpo legislativo, por ejemplo, la independencia de los diputados del Reichstag, según el art. 21, C. a. La independencia con arreglo a dicho artículo debe dar lugar a una *representación* y tiene por consecuencia un sentido político específico. La independencia del juez debe protegerle contra los mandatos y órdenes oficiales, sobre todo del Gobierno, de la autoridad política, y tiene, por tanto, la finalidad contraria: *desviación* de la política. Todo lo que el juez hace como juez se encuentra *normativamente* determinado y se distingue de la existencialidad de lo político, aun cuando, como toda actividad estatal, haya de servir a la "integración".

En la Democracia ideal de ROUSSEAU, identidad y homogeneidad del pueblo son tan grandes que también juez y parte quieren la misma cosa; *Contrat social*, libro II, cap. IV, sec. 7.<sup>a</sup>: La *volonté générale* es el interés común; de aquí surge una "maravillosa coincidencia" de interés y justicia, como no puede surgir de la discusión de intereses privados y particulares. El interés común

y la utilidad común, por el contrario, hace "idéntica la norma del juez con la de la parte". Este pasaje es un bello ejemplo de que en la Democracia todas las distinciones y dificultades desaparecen con la identidad y homogeneidad general. Pero, al mismo tiempo, es también claro que resulta imposible una identidad y homogeneidad absolutas, y la construcción de ROUSSEAU discurre en un círculo tautológico. Porque en una identidad absoluta de todos con todos, y de la utilidad con la justicia, no hace falta ya nunca seguir procesos. Si todos quieren lo mismo, desaparece, no sólo la distinción entre juez y parte (de que ROUSSEAU habla), sino también la distinción entre las partes, entre demandante y demandado. Esta diversidad también se hace "idéntica", y el problema de la justicia está resuelto por cuanto que ya no hay más procesos.

2. Cuando, en un Estado democrático, se exige que la Justicia sea *justicia popular*, la voluntad del pueblo se convierte en el punto de vista adecuado para fallar procesos. La cuestión es simple cuando la voluntad del pueblo sólo adquiere expresión en las normas generales de las leyes con arreglo al Estado de Derecho; pero el pueblo es el soberano en una Democracia; puede quebrantar todo el sistema de la normación constitucional y fallar un proceso, como falla procesos el Príncipe en una Monarquía absoluta. Es juez supremo, como es legislador supremo. Si por justicia popular se entiende una práctica de decisiones democráticas de autoridad, la palabra designa tan sólo la forma democratizada y plural de la justicia de Gabinete. En general, no es esto lo que se indica. Suele bastar con la exigencia de que el Derecho sea pronunciado por jueces que disfruten de la confianza del pueblo, no de toda la Nación, como sería lo democrático, sino, con frecuencia, sólo de los habitantes del distrito correspondiente. La confianza podría manifestarse por medio de la elección del juez por los habitantes de su distrito para un período, o hasta la revocación, o bien pudiendo la población exigir la destitución de un juez malquisto por medio del llamado *recall*. La consecuencia sería hacer que la jurisdicción dependiera del estado de ánimo de la población del distrito. Desde el punto de vista de una Democracia nacional, ésta no es una exigencia democrática.

Pero justicia popular podría significar también que hombres o mujeres "del pueblo" hubieran de participar en la resolución

de los negocios judiciales, especialmente en la jurisdicción. Aquí vuelve a tener la palabra "pueblo" su sentido negativo (arriba, página 279), y significa sólo que participarán en la jurisdicción personas que no *son* funcionarios profesionales *ni* juristas formados, que no son letrados; y, por lo tanto, justicia de profanos, en contraste, 1) con justicia de funcionarios, y 2) con justicia de letrados (juristas). A esta exigencia corresponde la institución de Tribunales de escabinos o jurados para el proceso penal. Para el fallo de litigios de Derecho civil, apenas podría ser práctico en la misma medida ese ideal, y significa tan sólo que *profanos peritos en la materia* (concepto no por completo libre de contradicción), como jueces de comercio, etc., son llevados a la actividad judicial.

Por último, justicia popular puede significar, en términos muy generales, una justicia popular en el sentido de la coincidencia entre los fallos judiciales y la sensibilidad jurídica del pueblo. En tanto que el juez dependa de la ley, es asunto del legislador el hacer leyes populares, creando así la base para una justicia popular. En la interpretación de las leyes, es decir, en la aplicación de los conceptos indeterminados empleados en la ley, debe el juez atenerse a las concepciones jurídicas de su tiempo y de su pueblo. En épocas normales y en un pueblo confesional, cultural y socialmente homogéneo, ésta no es una tarea difícil. Pero si desaparece esa homogeneidad, la dificultad no se resuelve con remitirse a las concepciones jurídicas del pueblo. En todo caso, sería un error atribuir en tal situación a la Justicia la alta misión política de decidir en las contraposiciones. La decisión política es asunto de la Legislación y de la dirección política. El movimiento de la libre jurisprudencia de los últimos decenios exigía una justicia popular; pero, generalmente, no consideraba las conexiones de la Teoría constitucional, porque no reconocía con la claridad suficiente hasta qué punto se condicionan recíprocamente la independencia del juez y la vinculación más rigurosa de la ley, y que la ley tiene que ser una ley que produzca una verdadera vinculación, y no una simple referencia en blanco—capaz de politizar la Justicia—a normas indeterminadas y al criterio judicial.