

R. CARRÉ DE MALBERG

LA LEY, EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD GENERAL

**Estudio sobre el concepto de la ley
en la Constitución de 1875**

Traducción de
Ignacio Massot Puey

Revisión de la traducción de
Diane Fromage

Introducción de
Luis López Guerra

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN. CARRÉ DE MALBERG: DE LA SOBERANÍA NACIONAL A LA SOBERANÍA POPULAR.....	9
LA LEY, EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD GENERAL	
ADVERTENCIA.....	23
CAPÍTULO I. LAS DIVERSAS CONCEPCIONES ESGRIMIDAS EN LOS TIEMPOS MODERNOS EN LO TOCANTE A LA LEY Y AL PODER LEGISLATIVO	25
CAPÍTULO II. LA DISTINCIÓN ENTRE EL PODER LEGISLATIVO Y EL PODER EJECUTIVO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN DE 1875	49
CAPÍTULO III. ¿QUÉ QUEDÓ EN LA CONSTITUCIÓN DE 1875 DE LA DISTINCIÓN ENTRE LAS LEYES CONSTITUCIONALES Y LAS LEYES ORDINARIAS?.....	109
CAPÍTULO IV. SOBRE EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA FUERZA OBLIGATORIA DE LA LEY SEGÚN EL DERECHO PÚBLICO FRANCÉS ACTUAL.....	139
CAPÍTULO V. LA PRIMACÍA DEL PARLAMENTO FRENTE AL EJECUTIVO BAJO LA CONSTITUCIÓN DE 1875	167
CONCLUSIÓN.....	199

INTRODUCCIÓN

CARRÉ DE MALBERG: DE LA SOBERANÍA NACIONAL A LA SOBERANÍA POPULAR

Luis LÓPEZ GUERRA

Las obras clásicas (en el Derecho constitucional, como en otros campos) si bien surgen en un contexto determinado, y como respuesta a problemas y cuestiones del momento, se caracterizan porque trascienden esas circunstancias y establecen líneas de pensamiento válidas en forma más amplia, de manera que sirven de orientación para la acción y la reflexión en épocas y situaciones posteriores y muy distintas de aquellas que dieron lugar a su aparición. Sin duda, el trabajo de Raymond Carré de Malberg *La ley, expresión de la voluntad general*¹, responde plenamente a estas notas. Por una parte, se sitúa en el momento de su aparición, en 1931, en el marco de la tarea asumida por el autor, y sobre la base de la normativa constitucional de la Tercera República francesa de construcción de una teoría constitucional republicana diferenciada claramente tanto de la previa construcción del constitucionalismo germánico, basado en el principio monárquico, como de la construcción normativista kelseniana. Pero, por otra, en la ejecución de esa tarea, Carré de Malberg ha de abordar cuestiones que, más allá del momento de la publicación de su libro, se plantean en forma permanente en el ámbito del Derecho constitucional; Carré de Malberg ofrece propuestas que mantienen su actualidad en nuestros días y que se han traducido —con mayor o menor fidelidad a las intenciones de su autor— en no pocas construcciones de Derecho positivo, comenzando por las actuales de la Quinta República.

Quizás pueda contribuir a la comprensión de la obra algún dato sobre la personalidad del autor de *La ley*². Nacido en Estrasburgo en el

¹ *La Loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931.

² Sobre la figura de Carré de Malberg y la relación entre su vida y su obra, O. BEAUD, «La biographie de Carré de Malberg et sa pensée», en O. BEAUD y P. WACHSMANN (dirs.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918. Actes de colloque tenu à Strasbourg les 8 et 9 décembre 1995. Annales de l'Université de Strasbourg, Revue de Droit Public*, núm. 1, 1997.

seno de una familia alsaciana que, tras la conquista prusiana, prefirió el exilio, volvió a su tierra natal en 1919, tras la Primera Guerra Mundial, como profesor de Derecho constitucional en la Universidad de Estrasburgo, en la que de 1871 a 1917 había sido profesor de la misma disciplina Paul Laband, la figura señera del Derecho constitucional alemán del Segundo Imperio. Su circunstancia vital contribuyó a colocarle así en una relación dialéctica con el pensamiento constitucional alemán no sólo en cuanto a la específica situación constitucional de Alsacia³, sino, más ampliamente, en cuanto contraponía a la doctrina constitucional alemana el pensamiento constitucional republicano.

No ha dejado de subyugarse una supuesta influencia germánica en Carré de Malberg, lo que le habría colocado inicialmente en una posición de menor relevancia en la doctrina constitucional francesa⁴. Sin duda, la relación dialéctica del pensamiento de Carré con las doctrinas constitucionales alemanas del momento es evidente: ello se manifiesta en la adopción de enfoques como la pretensión de construir un edificio dogmático-constitucional basado en el Derecho positivo, y no en consideraciones de tipo extrajurídico, o en la asimilación de conceptos como el del órgano del Estado; pero esa relación no contribuyó a la imitación de los esquemas vigentes en la doctrina alemana, sino a la elaboración de un modelo intelectual contrapuesto, derivado de principios muy distintos.

La obra de Carré se centra en la elaboración de una construcción doctrinal del Derecho constitucional desde una perspectiva estrictamente jurídica⁵, y que se separaba claramente del modelo basado en el principio monárquico y representado por la obra de su predecesor en la Universidad de Estrasburgo, Paul Laband. Ciertamente, su pretensión de construir una teoría general (que se refleja en el título de su famosa obra *Contribución a la Teoría General del Estado*)⁶ parte de una visión estrechamente vinculada a las circunstancias concretas de la Francia republicana. Pero ello se debe a que Carré estimaba que en el origen de la evolución político-constitucional francesa se encontraba también el origen del Derecho constitucional moderno.

Efectivamente, a la hora de buscar las bases de ese Derecho constitucional de carácter general, Carré de Malberg se dirige directamente a las fuentes que representan las concepciones elaboradas con ocasión de la Revolución Francesa⁷. Su voluntad positivista no excluye que bus-

³ Su primer trabajo de índole constitucionalista fue «La condition juridique de l'Alsace Lorraine dans l'Empire Allemand», *Revue de Droit Public*, 1914, pp. 5-47.

⁴ Véanse al respecto las consideraciones de G. BURDEAU en su «Préface» a la reimpression de *La Loi, expression de la volonté générale*, Colección «Classique», Paris, Economica, 1985. Burdeau atribuye (pp. VII-VIII) esta apreciación a la influencia de Duguit: «En términos apenas velados, Carré de Malberg era identificado como un prusiano».

⁵ Para una exposición y crítica de la metodología positivista de Carré, véase D. MI-NEUR, *Carré de Malberg, le positivisme impossible*, Paris, Michelon, 2010.

⁶ *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Sirey, 1920 y 1922.

⁷ Sobre este tema, E. MAULIN, «Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la révolution française», *Annales historiques de la Révolution française, La révolution et le Droit*, núm. 328,

que trascender la mera lectura de los textos normativos (en su caso, las leyes constitucionales de la Tercera República) para descubrir los principios que los informan. Carré encuentra esos principios en los textos revolucionarios, y muy especialmente en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, concretamente en sus arts. 3 y 6, que proclaman, respectivamente, que toda soberanía reside en la nación y que la ley es la expresión de la voluntad general. Son estos dos artículos los que guían su trabajo e informan lo que se ha podido considerar las dos fases de su pensamiento: la atención al art. 3 se hace presente en su *Contribución a la Teoría General del Estado*; la perspectiva del art. 6 se hace manifiesta en *La Ley como expresión de la voluntad general*. El paso de una fase a otra constituye posiblemente la clave de la relevancia, en la práctica constitucional, de la obra de Carré.

La ley, expresión de la voluntad general es, al menos parcialmente, una rectificación de la *Contribución a la Teoría General del Estado*, y por ello, un análisis, siquiera somero, de los principios contenidos en la segunda resulta útil para comprender el significado y consecuencias de la primera. En la *Contribución*, Carré se enfrenta con la doctrina constitucionalista alemana, basada en el principio monárquico. La construcción dogmática de sus autores señeros, Gerber y Laband, conducía, formalmente, a la proclamación de la soberanía del Estado como persona jurídica, pero en la práctica reflejaba las consecuencias —claramente expresadas en la vida política alemana hasta 1918— del principio monárquico, en cuanto consideraba al rey como el titular originario de la soberanía. Estas consecuencias se traducían en una estructura dual dentro del Estado, en el que la Constitución mantenía dentro del ámbito del monarca una serie de poderes «propios» —sobre todo de tipo ejecutivo-reglamentarios— mientras que a la nación y su representación parlamentaria se atribuían solamente aquellos poderes enumerados resultantes de la autolimitación de la Corona.

La apelación de Carré a los principios de la Revolución Francesa, y concretamente al representado por el art. 3 de la Declaración de Derechos del Hombre como fundamento del Derecho constitucional moderno, suponía un completo cambio de enfoque respecto de la dogmática alemana. Por un lado, la atribución a la nación de la soberanía daba lugar a la efectiva despersonalización del poder: como mostraba la Constitución de 1791, el rey quedaba definido como un órgano constitucional con un elenco limitado de funciones. La nación aparecía, informando una nueva visión del Derecho constitucional, como la fuente última de poder y de legitimidad. El Estado soberano era la nación organizada como Estado, desapareciendo todo rastro de principio monárquico en cuanto atribución a la Corona de una soberanía «originaria».

abril-junio de 2002, pp. 5-25. Puede encontrarse en <http://ahrf.revues.org/583>. Del mismo autor, y para una visión más amplia de la obra de Carré, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003.

Ahora bien, por otro lado —y ello caracteriza esta primera fase del pensamiento de Carré—, la adopción de la concepción revolucionaria de la soberanía nacional, tal como se expresaba, por ejemplo, en la obra de Sieyès⁸, comportaba para el autor de la *Contribución* consecuencias que hubo de revisar, como se verá, en una segunda fase⁹ de su pensamiento. Atribuir la soberanía a la nación como un todo significaba denegar esa soberanía a sus miembros individuales; en otras palabras, la concepción revolucionaria significaba que era la nación, y no sus componentes, la titular de la soberanía. Y en cuanto colectividad, la nación sólo podía actuar mediante sus representantes. La nación sólo podía expresar su voluntad mediante su representación: de hecho, era esa representación la que «creaba» la voluntad nacional. Por ello, los representantes de la nación lo eran de la nación en su conjunto, y no de sus electores concretos. Por tanto, Carré, por un lado, niega la soberanía monárquica, pero al tiempo rechaza las consecuencias derivadas de la soberanía popular¹⁰. Los miembros de la Asamblea no son en puridad representantes de los que les han elegido (que se limitan a ejercer una función de selección), sino de toda la nación.

Esta visión «funcional» permite a Carré explicar la limitación del sufragio (por ejemplo, excluyendo a las mujeres) en cuanto no es un derecho, sino una función. Por otro lado, le permite redefinir el concepto de representación y adoptar el concepto alemán de «órgano del Estado» aplicándolo a la Asamblea elegida. En efecto, respecto de ésta, el concepto de «representación» sólo es aceptable en sentido figurado; los diputados no son «representantes» de sus electores en el sentido usual derivado del Derecho civil, ya que no están sujetos a las instrucciones de éstos. Si son representantes, lo son de la nación en su conjunto; por ello, la Asamblea sería más bien un órgano del Estado-nación. La relación representativa se convierte así en una relación orgánica.

Este edificio doctrinal elaborado por Carré y cuya formulación inicial se encuentra en su *Contribución a la Teoría General del Estado*, publicada en 1920 (primer volumen) y 1922 (segundo volumen), se vio sujeto a considerables modificaciones. Carré partía de que el estudio del Derecho debía llevarse a cabo desde una perspectiva positivista, sin utilizar razonamientos no estrictamente jurídicos; por ello, las conclusiones doctrinales debían en todo caso confrontarse con el Derecho positivo. El examen detenido de este Derecho, y concretamente de la normativa constitucional francesa de la Tercera República, le lleva en 1931, diez años después de la publicación de la *Contribución*, a reconsiderar algunos de los conceptos básicos contenidos en ella en su trabajo, de innegable influencia posterior, *La ley, expresión de la voluntad general*.

⁸ Para una edición española, E. SIEYÈS, *Qué es el Tercer Estado*, Madrid, Austral, 1979.

⁹ *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, op. cit., pp. 431-433

¹⁰ Véase al respecto G. BACOT, *Carré de Malberg et la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté populaire*, Paris, CNRS, 2001.

Vale la pena destacar la elegante estructura expositiva del libro. Partiendo del análisis de un escueto texto de una de las leyes constitucionales de 1875 ¹¹, «El poder legislativo se ejerce por dos Asambleas: la Cámara de los Diputados y el Senado» ¹², y utilizando como punto de referencia esta vez el art. 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano («La ley es la expresión de la voluntad general») Carré lleva a cabo una línea de razonamiento que le conduce a una apreciación crítica de las instituciones de la Tercera República y a una reformulación de su concepción de la soberanía. Y ello lo realiza de acuerdo con un riguroso discurso en el que combina el razonamiento lógico con la consideración de las normas de Derecho positivo. A lo largo de ese discurso son claramente perceptibles las notas que caracterizan el pensamiento de Carré: su voluntad de crear una estructura doctrinal jurídica autosuficiente (sin necesidad de recurrir a soportes morales o sociológicos), su continuo diálogo y contraposición con la doctrina clásica constitucional alemana (y, al final de la obra, con la normativa constitucional de Weimar), su inspiración en los principios de la Revolución Francesa, y finalmente, su continua atención a la normativa realmente existente. La combinación de estos elementos le lleva a una reformulación de sus conceptos y a proponer alternativas que cobraron realidad (al menos parcialmente) muchos años después en las instituciones de la Quinta República.

Carré comienza su estudio con una reflexión sobre el primer apartado del art. 1 de la Ley constitucional de 25 de febrero de 1875 y partiendo de ese mandato expone cómo, de su literalidad, resulta que la expresión del poder legislativo, la ley, se concibe como la obra del Parlamento y no de otra manera. En el Derecho de la Tercera República no hay lugar para otra concepción de la ley que la que deriva de su origen: la ley no se define por su generalidad ni por su objeto, sino por ser una disposición elaborada por el Parlamento, titular del poder legislativo. No cabe, pues, en el ordenamiento republicano, una concepción «material» de la ley como la elaborada por la doctrina germánica, esto es, la ley como norma definida por versar sobre objetos determinados: en la concepción clásica, «libertad y propiedad». La atribución del poder legislativo al Parlamento se hace sin restricciones y con alcance omnicompreensivo. Por ello, la ley no encuentra límites a su extensión y se impone, por tanto, a todo otro tipo de normas, cualquiera que sea su objeto. No hay pues un ámbito exento a la superioridad de la ley. Frente a la doctrina alemana, que atribuía al poder ejecutivo un área propia de actuación normativa (sobre objetos «no jurídicos» refe-

¹¹ Lo que usualmente Carré designa como «Constitución de 1875» en realidad se integra por tres leyes constitucionales de ese año: la Ley de 24 de febrero, relativa a la organización del Senado; la Ley de 25 de febrero, relativa a la organización de los poderes públicos, y la Ley de 16 de julio, sobre las relaciones entre los poderes públicos. A ellas habría que añadir las leyes de revisión constitucional de 21 de junio de 1879, de 14 de agosto de 1884 y de 10 de agosto de 1926.

¹² Art. 1, primer apartado, de la Ley de 25 de febrero de 1875.

ridos a la organización y actividad administrativa), de la Constitución republicana se desprende que toda la potestad normativa del ejecutivo está sometida a la ley, y sólo de ella obtiene su legitimidad. También en el ámbito de las relaciones exteriores se mantiene el carácter superior de la ley: la atribución al ejecutivo de la potestad de acordar Tratados ha de entenderse, dentro también de los mandatos constitucionales, bien como ejecución de preceptos legales preexistentes, bien como sometida a la aprobación parlamentaria mediante instrumentos legales.

La posición dualista de la doctrina alemana, que distinguía entre ley material (aquella que versaba sobre objetos determinados reservados a su ámbito propio) y «ley meramente formal», esto es, ley aprobada por el Parlamento, pero cuyo contenido no se correspondía con las materias propias de ese tipo de normas, no se adecuaba, por tanto, al ordenamiento constitucional francés. Pero Carré lleva a cabo una explicación que va más allá del examen de la literalidad de los preceptos constitucionales. Las leyes fundacionales de la Tercera República surgen como fruto de una tradición que se origina en la revolución de 1789 y en la que no hay lugar, como ya expuso en la *Contribución*, para otra soberanía que la que deriva de la colectividad nacional y de la voluntad que de ella emana. La voluntad general aparece así como la última fuente de poder, y la expresión de esa voluntad, como refleja el art. 6 de la Declaración de Derechos del Hombre de 1789, es la voluntad general. El carácter superior y omnicomprensivo de la ley no deriva sólo de los términos del art. 1 de la Ley de 1875, sino que estos términos cobran sentido a la luz del pensamiento que reflejan. La ley es la fuente del Derecho más alta porque es la más cercana a la fuente de legitimidad de todo el sistema. Esta posición viene a representar para Carré no sólo la negación de la validez en el ordenamiento constitucional del dualismo Rey-Parlamento, sino también para rechazar la *Stufentheorie* que representa la doctrina kelseniana. La última justificación del sistema normativo no viene de la norma hipotética fundamental de Kelsen, sino de la expresión de la voluntad general como razón final del ordenamiento. Como argumento adicional, Carré recurre a la forma de las leyes: en la Tercera República las leyes carecen de una fórmula imperativa de su cumplimiento; sería ilógico que la comunidad se diera órdenes a sí misma.

Hasta aquí el discurso de Carré podría considerarse una aplicación práctica de la *Contribución* a la teoría de las fuentes del Derecho y a la determinación de la posición de la ley parlamentaria dentro de ese sistema. Sin embargo, y a partir del capítulo III de *La ley*, el autor inicia una reflexión crítica sobre las consecuencias que de lo expuesto se derivan, en cuanto a la misma compatibilidad del ordenamiento positivo republicano del momento con las características que definen el régimen constitucional. De esa crítica surgen interrogantes y propuestas que aún en nuestros días son de relevante actualidad.

La primera cuestión que se plantea es la de la compatibilidad de la posición expuesta de la ley como expresión de la voluntad gene-

ral con la existencia de una norma constitucional superior que exprese, en forma originaria, la voluntad de la colectividad. En otras palabras, la concepción de la ley como expresión de la voluntad general deja sin apoyo el mismo concepto de poder constituyente como diferente del legislativo. Efectivamente, este último, en el ordenamiento de la Tercera República, no se encuentra limitado por la Constitución. Primeramente por la misma sobriedad dispositiva de ésta, por cuanto que las leyes fundacionales de 1875 se limitan a disposiciones de carácter orgánico. Pero además, y más sustancialmente, porque está en manos del poder legislativo la misma reforma de la Constitución: tanto en cuanto a la iniciativa del proceso (reservada al Parlamento) como por los débiles condicionamientos formales a la reforma (mayoría simple de las dos Cámaras, Cámara de los Diputados y Senado, en sesión conjunta como Asamblea Nacional). A lo que viene a añadirse la inexistencia de mecanismos de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, control incompatible con los preceptos del ordenamiento positivo francés.

La segunda cuestión que plantea Carré es la referente a la compatibilidad de la aplicación dada en el caso de la Tercera República al principio de la supremacía de la ley con el principio de separación de poderes. En efecto, el poder ejecutivo aparece como enteramente subordinado al legislativo; no solamente en cuanto que no dispone de una capacidad normativa propia, fuera de las habilitaciones que le confiera el legislativo, sino que por la vía de la responsabilidad individual de los ministros tampoco dispone de independencia funcional. Y además, el desuso de la potestad de disolución venía a eliminar la última vía para que el ejecutivo dispusiese de algún margen de actuación que le caracterizara como efectivo poder del Estado.

El Parlamento, pues, vendría en la práctica a encarnar el poder legislativo, el ejecutivo y el constituyente. La ley parlamentaria se convertiría así no en la expresión de la voluntad general, sino en la *única* expresión de la voluntad general. De hecho, la voluntad general se vería sustituida por la voluntad parlamentaria, en un régimen de confusión de poderes.

Ello conduce al autor a un cuestionamiento de la posición adoptada en la *Contribución*. Si la soberanía nacional se concibe como actuable únicamente por medio de su representación, el resultado es que esta representación se convierte efectivamente en soberana; la soberanía nacional se ve sustituida por la soberanía parlamentaria. Pero ello es incompatible con la separación de poderes que caracteriza el régimen constitucional y con la misma posibilidad de expresión de la voluntad general como poder constituyente. En palabras del autor: «Cabe todavía preguntarse, después de todo cuanto precede, si aún tenemos en Francia una Constitución, en el sentido propio de la palabra»¹³.

Ahora bien, la búsqueda de una vía para solucionar tal desvirtuación del régimen constitucional exige a Carré una revisión de sus

¹³ *Infra*, p. 134.

postulados expresos en la *Contribución*. La superación del monopolio del Parlamento como única expresión de la voluntad general (o, si se quiere, como suplantador de la voluntad general) exige una revisión de la misma tesis de la soberanía nacional, como excluyente del ejercicio de la soberanía por el conjunto de los ciudadanos en cuanto tales, y no sólo por medio de los miembros elegidos de las Cámaras. La solución que encuentra Carré es considerar que también el pueblo, como conjunto de ciudadanos, y no sólo los representantes, debe ser sujeto activo en la expresión de la voluntad general, actuando así como órgano directo de la soberanía. Carré se separa así de su exclusión del principio de soberanía popular¹⁴ y formula una posición que se identifica con el principio democrático; en términos de la Revolución Francesa, se aleja de la Constitución de 1791 para acercarse a la nonata Constitución jacobina de 1793.

La recuperación del principio de soberanía popular conduce a Carré a examinar vías concretas de superación de la soberanía parlamentaria. Para ello utiliza dos modelos: con menor intensidad, el modelo norteamericano; con mayor atención, y no sorprendentemente, el modelo alemán del momento, esto es, el que suministraba la Constitución de Weimar. Respecto de este último, destaca los mecanismos de proyección política directa de la voluntad popular mediante las técnicas del referéndum y de la iniciativa popular¹⁵. Al tiempo, considera una vía para la expresión no parlamentaria de esa voluntad la creación de un presidente de la República por elección popular; presidente que, en su opinión, se ve fortalecido por el (hoy) famoso art. 48 de la Constitución de Weimar. Queda roto así, por la limitación a que se somete al Parlamento en beneficio del presidente, el monopolio parlamentario del ejercicio de la soberanía. A ello se une la posibilidad, en virtud de la diferenciación operada por el art. 76 de Weimar entre los procedimientos legislativo y constituyente, de someter a la legislación a un control judicial de constitucionalidad¹⁶.

Se refiere también Carré (con menor intensidad, debe apreciarse) a la alternativa que supone el modelo americano, en que las asambleas electivas se configuran como legislaturas sometidas al imperio de la Constitución y cuya actuación está sometida al control de constitucionalidad por los jueces, de forma que se produce una clara dualidad entre poder legislativo y poder constituyente, ejercido este último mediante procedimientos y sujetos distintos del legislativo. Y como resultado de sus reflexiones críticas sobre el sistema de la Tercera República se plantea la cuestión final: «¿Conviene desear a Francia una

¹⁴ Para un comentario sobre el paso conceptual de Carré de la soberanía nacional a la soberanía popular véase D. MINEUR, *op. cit.*, p. 90.

¹⁵ Carré se ocupó de la combinación posible de las vías de representación parlamentaria y de expresión directa de la voluntad popular en su trabajo «Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme», *Revue du droit publique*, 1931, pp. 225-244.

¹⁶ *Infra*, p. 136.

reestructuración constitucional que limite y transforme su régimen representativo actual por la introducción de instituciones democráticas que vengan a combinarse con el parlamentarismo?»¹⁷. Y para acabar su trabajo plantea una opción¹⁸: o bien se admite la voluntad general como fuente última de legitimidad, en cuyo caso habría que posibilitar su expresión más allá del Parlamento, o bien se aprecia que es la Constitución la que limita la expresión, en cualquier forma, de esa voluntad. En ambos supuestos, el poder del Parlamento se vería reconducido a sus justos límites.

Como puede apreciarse, la evolución del pensamiento de Carré le lleva a plantearse problemas referentes al régimen constitucional que siguen revistiendo notable actualidad. Desde una perspectiva, si se quiere, de Teoría del Derecho, su crítica a la construcción kelseniana —que prosigue en su obra posterior—¹⁹ no deja de presentar razones que merecen alguna consideración. Carré viene a sustituir, como base última del sistema normativo, la norma hipotética fundamental de Kelsen, de carácter neutro y a-ideológico, por la soberanía popular como justificación de la estructura normativa, de manera que la voluntad general aparece como la fuente originaria de esa estructura. Ciertamente, ello supone introducir un elemento ideológico en su pensamiento, quebrando así su pretensión de construir un esquema puramente jurídico-positivo; pero también cabe decir que si Carré recurre a un factor meramente fáctico para explicar la base del ordenamiento, la construcción kelseniana, en último término, también remite a un elemento puramente fáctico, como es la vigencia efectiva de la norma hipotética fundamental, resumida en «hay que obedecer a la Constitución». Siquiera de forma intuitiva, parece resultar más acorde a un sistema democrático-constitucional la fórmula de Carré que la fórmula de Kelsen.

¿Cómo cabe considerar las propuestas de Carré a la luz de la realidad actual? Desde luego, ochenta años después de la publicación de *La Ley* es posible señalar aspectos en la evolución de la vida política que difícilmente hubieran podido ser apreciados por el autor: como ejemplo, la transformación del mismo concepto de soberanía por la evolución de la sociedad internacional, y, en el caso de nuestro continente, por el proceso de integración que representa el desarrollo de la Unión Europea. Pero no faltan problemas de la vida político-constitucional actual que aparecen estrechamente relacionados con los análisis de Carré, y, concretamente, en el caso de sus posiciones en *La ley*, con el problema de la traslación de la voluntad popular a la vida estatal. Proble-

¹⁷ *Infra*, p. 197.

¹⁸ Sobre la alternativa propuesta por Carré al final de *La ley*, véase D. MINEUR, *op. cit.*, p. 220.

¹⁹ En su libro *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degré avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Sirey, Paris, 1933. Para un comentario a la posición de Carré al respecto, véase O. PFERSMANN, «Carré de Malberg et la hiérarchie des normes», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 31, 1997, pp. 481-509.

mas como la esclerotización de los mecanismos de representación, que conducen a una desconfianza en la clase política y a un creciente abstencionismo ciudadano, la dificultad para la expresión de alternativas políticas a las ofrecidas por las fuerzas ya instaladas en el sistema, y como consecuencia, la falta de opciones renovadoras, frente a situaciones de crisis, se encuentran íntimamente relacionados con las deficiencias en las vías de traslación de la opinión y voluntad ciudadana a las instituciones estatales denunciadas por Carré respecto de la Constitución de la Tercera República. Por otra parte, y para evaluar sus críticas, contamos con experiencias concretas sobre la aplicación (con mayor o menor fidelidad) de las propuestas de Carré a la ordenación constitucional de Francia y de otros países en su área de influencia.

Con respecto a este último punto, la influencia de Carré en la práctica constitucional francesa no fue ni mucho menos inmediata. Por una parte, cabe decir que su apreciado modelo de la República de Weimar no parecía, ciertamente, representar un ejemplo a seguir a la vista de los resultados. Pero, sobre todo, su distanciamiento del paradigma doctrinal del momento respecto de la Tercera (y después la Cuarta) República, y su consideración como un autor excesivamente influido por la doctrina alemana, colocaron a sus propuestas en un lugar secundario en la teoría constitucional francesa. La crítica a la práctica constitucional de la Cuarta República supuso, sin embargo, una nueva atención al pensamiento de Carré; tanto en cuanto a las reformas constitucionales de finales de los cincuenta y principios de los sesenta, como en la doctrina académica. Con respecto a las primeras, las propuestas de Carré —acantonamiento de las competencias del legislativo, reforzamiento del ejecutivo, apertura de mecanismos de democracia directa— fueron recogidas por las innovaciones que incorporó la Constitución de 1958, así como su posterior reforma de 1962, que introdujo la elección presidencial por sufragio universal directo; a ello podría añadirse la progresiva introducción de un control de constitucionalidad por medio del Consejo Constitucional²⁰. Otra cosa, desde luego, es que esas innovaciones tuvieran el efecto deseado por Carré, esto es, el acercamiento de los órganos del Estado a la voluntad popular; ello es cuestión que puede someterse a una discusión más profunda, tanto en el contexto en que se produjo originariamente, esto es, en la Quinta República francesa, como en aquellos países que, tras la descolonización, adoptaron el modelo semipresidencial francés en sus nuevas constituciones. Y, cabría añadir, también en aquellos países que, fuera del área francófona, han preferido adoptar ese modelo en Europa central y oriental tras la caída del muro de Berlín.

Lo cierto es que esta renovación constitucional se vio acompañada por un creciente interés en la obra de Carré, en cuanto abría apreciaciones nuevas en el panorama académico del Derecho constitucional. Las

²⁰ Sobre este tema, P. AVRIL, «Une revanche du Droit Constitutionnel», *Pouvoirs*, núm. 49, 1989, pp. 5-15. Véanse los comentarios al respecto de D. MINEUR, *op. cit.*, pp. 93-94.

Jornadas de Estrasburgo de 1960 han sido consideradas²¹ como el punto de inflexión al respecto en que las teorías de Carré se colocan en el centro de la discusión doctrinal constitucionalista. Ello no es de extrañar, por cuanto que, como se indicó, sus posiciones se refieren a problemas ciertamente vigentes. Uno de ellos es la necesidad de encontrar un equilibrio entre el requisito (y base de legitimidad) esencial de toda democracia constitucional, como es el de que en último término la voluntad de las instituciones sea el resultado de la voluntad general, y, por el otro lado, garantizar que el sistema político va a asegurar unos niveles satisfactorios de convivencia, de estabilidad y de bienestar. En la discusión constitucionalista se contraponen, por una parte, las propuestas que defienden la apertura de una pluralidad de vías para trasladar a la práctica la voluntad popular desde una perspectiva democrática radical —iniciativa popular, referéndum, revocación de mandatos, proporcionalidad del sufragio, elección directa del presidente del ejecutivo— con aquellas que señalan los peligros que de esa concepción pueden resultar para el buen funcionamiento del sistema constitucional, y que por ello defienden mecanismos de representación que derivan de la teoría de la soberanía nacional en sentido estricto y que se traducen en la restricción, prácticamente en exclusiva, de la intervención popular a la elección de las asambleas parlamentarias, y ello en muchas ocasiones unido además a la presencia de sistemas electorales mayoritarios destinados a reducir el pluralismo partidista.

Es posible que la explicación del cambio de posición del primer Carré de la *Contribución* al segundo Carré de *La ley* pueda encontrarse en las mismas páginas de esta última obra, cuando el autor lleva a cabo un análisis más histórico que dogmático. Así, viene a explicar la estructura de la Constitución resultante de las Leyes de 1875 porque «los constituyentes de 1875 se encontraban demasiado alejados de las ideas democráticas» (p. 189) para establecer instituciones más cercanas a la voluntad popular, y en cierto momento (p. 138) apunta que la duración de la Constitución republicana podría explicarse por su propia concisión y flexibilidad, dejando al Parlamento un amplio margen de decisión. Con ello viene a introducir un factor a tener en cuenta: la evolución de las condiciones en que una Constitución se aprueba. Posiblemente, si bien las normas constitucionales de 1875 tomaban en cuenta en forma ciertamente cautelosa la situación de Francia y las experiencias anteriores (por ejemplo, la Constitución de 1848 y los resultados de la elección presidencial directa), una vez consolidado el sistema constitucional y arraigadas las prácticas de ese sistema, la introducción de vías más efectivas de expresión de la voluntad popular dejaba de ser un experimento arriesgado para convertirse en una ne-

²¹ G. BURDEAU, «Preface», *op. cit.*, p. IX, nota 8. En las Jornadas participaron estudiosos como M. Waline, Ch. Eisenmann, R. Capitant y M. Virally. Una relación de estas Jornadas se publicó en el vol. XV de *Annales de la Faculté de Droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg*, Paris, Dalloz, 1966.

cesidad dentro de la misma lógica del sistema. En otras palabras, las normas que sirvieron en su momento para la transición al régimen constitucional ²² (y que en la época de Carré ya llevaba más de medio siglo de funcionamiento) y su consolidación no respondían ya satisfactoriamente a las exigencias del mismo principio de que la soberanía reside en el pueblo. Las propuestas de Carré relativas a una potenciación de la voluntad popular responderían, por tanto, más que a un rechazo del sistema constitucional, a una indicación de la necesidad de su mejora por la vía de una más profunda democratización. Quizás esta perspectiva sea también aplicable a contextos constitucionales distintos al de la República Francesa.

Estrasburgo, abril de 2011.

²² Al respecto, veáanse *infra* las consideraciones de CARRÉ en pp. 139-140.

ADVERTENCIA

El presente estudio no tiene como finalidad discutir ni apreciar ideas o doctrinas, sino solamente constatar y establecer, tras los datos proporcionados por el Derecho positivo vigente, uno de los puntos capitales del sistema constitucional francés actual. Me propongo demostrar que la Constitución de 1875 aplicó, y, por consiguiente, se apropió, en lo tocante a la noción de ley y de poder legislativo, del concepto enunciado en el célebre artículo 6 de la Declaración de Derechos de 1789, por lo que sobre todo querría ilustrar de manera clara la influencia que dicho concepto ejerció sobre las instituciones consagradas en 1875.

Para subvenir a esta demostración utilizaré —juntándolas, coordinándolas y perfeccionándolas— las observaciones y los resultados que ya tuve ocasión de recoger acerca del mismo tema en diversos estudios anteriores*, a los que —para más detalles— me permito remitir de antemano al lector.

Julio de 1930.

* *Contribution a la Théorie générale de l'Etat*, tt. I y II, 1920-1922; «La question de la Délégation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance selon la Constitution de Weimar», *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1925; «La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875», *Revue politique et parlementaire*, 1927; «Observations sur le fondement juridique de la force obligatoire de la loi», *Revue de Droit public*, Bucarest, 1927; «La distinction des lois matérielles et formelles et le concept de loi dans la Constitution de Weimar», *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1928 y 1929; «Note sur la question de "la Sanction juridictionnelle des principes constitutionnels"», *Annuaire de l'Institut international de Droit public*, 1929.

CAPÍTULO I

LAS DIVERSAS CONCEPCIONES ESGRIMIDAS EN LOS TIEMPOS MODERNOS EN LO TOCANTE A LA LEY Y AL PODER LEGISLATIVO

1. Un solo texto está consagrado directamente por la Constitución de 1875 al poder legislativo. Es el artículo 1 de la Ley de 25 de febrero, el cual dice sobre dicho poder que «se ejerce por dos asambleas, la Cámara de diputados y el Senado».

Nuestros autores contemplan este texto como si su parte dispositiva no tuviese más que un alcance banal. Ello se debe a que, en dicha frase, ponen el acento únicamente en la palabra «dos»: según aquéllos, el artículo 1 no hace sino consagrar, desde el principio, la institución del Parlamento en dos Cámaras, a la que los constituyentes de 1875 consagraron una enorme importancia. Además, los autores de la Constitución no se preocuparon por discriminar los elementos de un cuerpo de doctrina referente al concepto de poder legislativo, pues no estaban para perderse en tales especulaciones. No obstante, emplearon el término «poder legislativo» como una expresión habitual, introducida en el lenguaje tradicional, cuyo significado no corría prisa alguna por ser precisado.

Creemos, sin embargo, que la Constitución de 1875 no pudo decir que el poder legislativo estaba reservado a las Cámaras sin quedar implícitamente ligada a un cierto concepto relativo al fundamento de la idea de ley o a las condiciones que hacen que tal o cual operación relacionada con la legislación sea o no un acto de poder legislativo.

De hecho, y con independencia de la adopción del sistema bicameral, la disposición antes citada del artículo 1 debe ser tenida en cuenta. La misma contiene, en todo caso, con respecto del tema del poder legislativo, múltiples nociones de un alcance considerable. En efecto, consagra el principio de que sólo nuestras Cámaras pueden hacer, ya sea una verdadera ley, ya sea un acto de poder legislativo propiamente dicho. De ello se derivan varias consecuencias notables.

Por ejemplo, el artículo 1 condena irrevocablemente la teoría, durante largo tiempo preponderante, de que las prescripciones promul-

gadas por un decreto reglamentario tienen naturaleza de ley, y que los reglamentos forman una legislación secundaria, consecutiva o yuxtapuesta a la legislación principal. Este punto de vista resulta inconciliable con nuestro texto, ya que, dado que el artículo 1 especifica que sólo las Cámaras pueden legislar, queda de manifiesto que una norma decretada por el jefe del Ejecutivo no puede de ningún modo ser calificada como ley. Igualmente, el poder reglamentario ejercido por el Presidente de la República no puede de ningún modo considerarse como una facultad de poder legislativo.

Otro ejemplo: algunos autores han sostenido que mediante la promulgación el jefe del Ejecutivo da pruebas de poder legislativo, dado que, al promulgar la ley, confiere a ésta una fuerza que todavía no poseía, fuerza en virtud de la cual la ley podrá ser llevada a ejecución. La promulgación, según esta doctrina, tendría, pues, como efecto —al igual que la sanción en las monarquías de antaño— el perfeccionar la ley, considerándose así como un elemento de la formación de las leyes y, por tanto, como una manifestación de poder legislativo. El artículo 1 opone a esta tesis una objeción perentoria, pues al decir que el poder legislativo es ejercido por las Cámaras, excluye la posibilidad de admitir que el Presidente de la República participe en el ejercicio de dicho poder. Al salir de las Cámaras y una vez la ley ha sido adoptada por ellas, el trabajo de la legislación se ve enteramente finalizado y el ejercicio del poder legislativo concluido. La promulgación no puede ser una de las operaciones que concurren en la confección de las leyes.

Igualmente, sería un error clasificar la iniciativa de las leyes entre los actos de poder legislativo. Basta con que el derecho de iniciativa pertenezca conjuntamente, según la Constitución de 1875, a los miembros del Parlamento y al jefe del Ejecutivo, para que podamos afirmar que la iniciativa no es una atribución de poder legislativo. Ya que, según el artículo 1, no hay poder legislativo más que en las Cámaras. La iniciativa pone en movimiento el poder legislativo, pero no implica ninguna participación en tal poder. Lo cual resulta bien evidente, por otra parte, dado que proponer no es disponer. El artículo 1 da a entender que sólo disponen las Cámaras, siendo éste el motivo por el que el poder legislativo comienza y termina en ellas, o más exactamente, se confunde con el poder de adopción de las leyes, que es su monopolio exclusivo. La adopción sola es un acto de poder legislativo. Todas las operaciones que la preceden no hacen sino preparar la confección de la ley, y todas las que la siguen no son más que la consecuencia del nacimiento de una ley que, por el solo hecho de su adopción, es perfecta.

2. Así, resulta inmediata y formalmente del artículo 1 que sólo las Cámaras son capaces de realizar una tarea legislativa. Pero este texto, decisivo sobre este primer punto, deja en la sombra una segunda cuestión cuyo interés práctico y teórico es igualmente considerable, la cual consiste en saber en qué casos una ley es necesaria. Esta cuestión aparece especialmente en las relaciones entre las Cámaras y el Ejecutivo:

¿cuáles son los objetos, o incluso cuáles son los tipos de normas, decisiones o medidas que forman la materia propia del poder legislativo para los que el artículo 1 se propone, en consecuencia, exigir una intervención del órgano de la legislación, estatuyendo por medio de un acto legislativo? ¿Cuáles son, por el contrario, los objetos o las prescripciones que el artículo 1 no se propone reservar a dicho órgano y para los cuales basta con un decreto presidencial? En otros términos, ¿cuál es el criterio de la distinción entre el poder legislativo y el poder ejecutivo, entre un poder que no es reconocido más que en el Parlamento y una competencia abierta al Ejecutivo, entre materias legislativas y materias que no forman parte del ámbito de la legislación?

3. Si fuese cierto, como se ha pretendido, que la Constitución de 1875 habló del poder legislativo remitiéndose al sentido habitual de dicho término y sin querer comprometer ninguna concepción precisa o particular relativa a la noción de ley, habría que buscar fuera de nuestros textos constitucionales la solución del problema que acaba de ser planteado y que, por otra parte, se plantea cada día en la práctica. Es lo que han hecho la mayoría de nuestros autores, quienes definen la ley, el poder legislativo y el ámbito de la legislación sin preocuparse ni por el lenguaje de los textos de 1875 ni del sistema general que se desprende de dicho lenguaje en cuanto a la distinción y organización actuales de los poderes. El método empleado por los autores consiste, pues, en extraer los elementos de la noción de ley de los precedentes proporcionados por la literatura tradicional, de ciertas teorías celebres del pasado, y en particular de consideraciones extraídas de la doctrina de Montesquieu, quien, como sabemos, construyó su sistema de clasificación y separación orgánica de los poderes partiendo de la preocupación por procurar a los ciudadanos una garantía tutelar de la «seguridad» de su estatuto jurídico individual (*Espíritu de las leyes*, libro XI, cap. 6).

Estas definiciones clásicas de la ley son tan conocidas que bastará con unas pocas palabras para recordarlas.

4. La primera, aquella que siempre ha ocupado un lugar preponderante en las obras de Derecho público, caracteriza la ley como una norma general, es decir, como una prescripción que no tiene como objetivo ni un caso particular ni actual, ni unas personas determinadas, pero que se promulga por adelantado para ser aplicada a todos los casos y a todas las personas que se vean comprendidas en las previsiones abstractas del texto regulador. Esto no quiere decir que la norma general deba concernir a todos los ciudadanos: una ley que fija las condiciones de elegibilidad y de elección del Presidente de la República establece una norma general por el solo hecho que estatuye *in abstracto* y sin acepción de personas. Igualmente, una ley que establece un impuesto extraordinario a percibir una sola vez estatuye *generaliter*, aunque la misma sea una ley circunstancial, puesto que estatuye *erga omnes*.

5. No es seguramente en la Constitución de 1875 donde los autores que definen la ley por la generalidad de la disposición encontra-

ron los elementos de dicha definición. En ninguna parte nuestros textos constitucionales dejan entender que el poder legislativo reservado a las Cámaras consista en la emisión de normas generales. Bien al contrario, se desprende de la Constitución que numerosas medidas especiales o excepcionales sólo pueden ser adoptadas por vía legislativa, es decir, por medio de un acto legislativo emanado de las Cámaras. Y a la inversa, la Constitución de 1875 da apertura a un poder reglamentario del Presidente de la República que permite al Ejecutivo promulgar por decreto un gran número de normas generales.

Resulta visible, pues, que la teoría de la ley como norma general no fue construida con materiales suministrados por nuestro Derecho constitucional positivo. Se la justifica por consideraciones de orden racional, y en particular por una de las ideas que sirvieron de base, en los tiempos modernos, al régimen denominado como Estado de Derecho. En éste ha parecido indispensable que el Derecho aplicable a los ciudadanos sea creado no por vía de medidas actuales e individuales, que podrían ser arbitrarias o parciales, sino por medio de prescripciones preestablecidas, comunes a todos los miembros del cuerpo nacional, las que, por ello mismo, ofrezcan a éstos garantías de imparcialidad. Además, los ciudadanos hallarán una garantía de seguridad en el hecho de que conocen por adelantado el Derecho que podrá serles aplicado por los funcionarios administrativos o que deberá serles aplicado por el juez. Así, la generalidad del Derecho que determina el estatuto individual de los ciudadanos se considera como la condición misma de un régimen de legalidad y como un postulado esencial del sistema del Estado de Derecho.

Por consiguiente, nos vemos conducidos a concebir la ley como una institución cuyo destino mismo es fundar las normas generales, habida cuenta que el contenido de la legislación vinculará, con una fuerza superior, a administradores y jueces. Ésta es la idea rectora en la que se inspira Montesquieu (*loc. cit.*) cuando, en su teoría separatista*, hace alusión a la generalidad de la ley como algo evidente. La Revolución, por su lado, tuvo muy en cuenta esta idea, al establecer como principio en el artículo 6 de la Declaración de Derechos de 1789 que la ley «debe ser la misma para todos, todos los ciudadanos siendo iguales a sus ojos».

Según Rousseau, el concepto de generalidad de la ley tiene una base aún más amplia. El mismo procede de la identificación establecida por Rousseau entre el poder legislativo y la soberanía popular, la que a su vez coincide con el poder inherente a la voluntad general. Rousseau define la ley como «la expresión de la voluntad general» en un doble sentido: la ley es obra de todo el pueblo, y la misma estatuye para o sobre todo el pueblo. La ley es soberana por razón de su origen

* Con la «teoría separatista», y como ya se hizo en la traducción española de la *Teoría general del Estado* (FCE, 1948), se alude a la teoría de la separación de poderes de Montesquieu. (Nota de la revisora de la traducción).

popular. Pero dicho origen no bastaría por sí solo para imprimirle el carácter de soberanía: el pueblo no da pruebas de poder soberano sino cuando dicta normas llamadas a formar el ordenamiento jurídico de la comunidad en su conjunto. Una decisión o una medida particular, aun teniendo al pueblo como autor, no es más que un acto de magistratura y no de soberanía (*Contrato social*, libro II, cap. 6, y libro III, cap. 1). La ley debe ser, pues, una voluntad general, a la vez por su origen y por su contenido. Poco importa, por otra parte, el objeto al que dicho contenido se refiera. El concepto de ley, en la doctrina de Rousseau, ya no responde solamente a la preocupación por asegurar a los ciudadanos los favores del régimen de la legalidad, sino que descansa sobre la idea de que el soberano, es decir, el pueblo, debe intervenir para dictar, a título de voluntad y bajo forma de normas generales, todas las prescripciones que regularán la actividad de las autoridades subalternas encargadas del Gobierno, de la Administración y de la Justicia. Ello se extiende tanto a las prescripciones relativas a los asuntos públicos de la comunidad, en particular al funcionamiento de los servicios públicos, como a las que regulen, ya sea el derecho de los particulares y sus relaciones mutuas, ya sea sus relaciones con el Estado y sus agentes.

6. Son estas posiciones separatistas de Montesquieu o democráticas de Rousseau las que provocan, aún en nuestros días, la persistencia de la doctrina que ve en la generalidad de la disposición el signo distintivo de la ley y el elemento esencial de su definición. Junto a esta doctrina existe otra, igualmente muy extendida, tampoco extraída de los textos constitucionales vigentes, del mismo modo que la anterior, pero que, al igual que ésta, también descansa sobre tradiciones legadas por el pasado. Aquí, la ley es definida por su materia, es decir, por medio de una distinción entre materias que pertenecen al ámbito de la legislación y otras que pueden ser tratadas por decreto. La materia propia de la ley, se dice, es la norma jurídica. Por consiguiente, el artículo 1 de la Ley constitucional de 25 de febrero de 1875, el cual reserva el poder legislativo a las Cámaras, debe entenderse en el sentido de que la adopción de las normas jurídicas constituye el ámbito propio de la competencia legislativa de las asambleas parlamentarias. ¿Qué se entiende, en esta segunda teoría, por norma jurídica?

7. La propagación del concepto que identifica la ley con la norma llamada de Derecho se debe a causas históricas, que datan de la época en la que se establecieron sobre el continente europeo las monarquías constitucionales, es decir, de la primera mitad del siglo XIX. En esta época en la que los monarcas limitaron su poder anterior por Constituciones otorgadas, en las que se sometían particularmente a la condición de sancionar solamente leyes que con anterioridad hubiesen sido adoptadas por el Parlamento, resultaba demasiado importante discernir los objetos por los que una ley, es decir, una votación parlamentaria, era necesaria, de aquellos que, por quedar fuera de la legislación, podían ser regulados por simples disposiciones del jefe del Estado, sin

intervención de las Cámaras. Esta cuestión fue sobre todo debatida y desarrollada en la literatura alemana. Los alemanes pudieron no hacer mucho hallarle un principio de solución en algunas de sus Constituciones que, en el periodo de 1814 a 1830, habían especificado que el asentimiento del Landtag era requerido por «todas las leyes que afectan a la libertad y a la propiedad de las personas»: lenguaje éste que implicaba que cabe considerar como materia de ley toda norma, prescripción o medida que aporte una modificación o una innovación en el estatuto jurídico de los particulares al crear para éstos nuevos deberes o facultades. En otros términos, no puede regularse el derecho de los ciudadanos, aquel que fija su estado y el régimen de sus bienes, o que rige ya sea sus relaciones mutuas, ya sea sus relaciones con las autoridades públicas, más que por una ley hecha con la participación de las Cámaras. En sentido contrario, el monarca conservaba el poder de decretar él solo, en forma de disposición, todas las prescripciones o medidas referidas a todo aquello que no fuese el derecho de los ciudadanos. Esto se aplicaba particularmente a la reglamentación de los servicios administrativos, en cuanto que las normas a promulgar para la organización y el funcionamiento de tales servicios sólo debían surtir efectos en el interior del servicio y sólo se dirigían, por consiguiente, a los funcionarios como tales, no siendo oponibles a los administrados ni invocadas por éstos. En suma, toda esta teoría se derivaba de los principios monárquicos según los cuales el monarca, principal titular de todos los poderes del Estado, conservaba la libre utilización de aquellos poderes de los que no estaba desprovisto o cuyo ejercicio por parte de aquél no estaba limitado por la Constitución. Es la razón por la que la distinción que acaba de ser recordada se acreditó en Francia en la época de las Cartas, así como en los Estados monárquicos de Alemania.

Pero esta teoría sobre la materia respectiva del poder legislativo y del poder de disposición no sólo respondía a los conceptos de la monarquía. También concordaba con la doctrina de Montesquieu sobre la separación de poderes. La doctrina del *Espíritu de las leyes* presupone esencialmente una distinción establecida *ratione materiae* entre las funciones de poder: es por razón misma de su objeto material que Montesquieu pide que los tres poderes sean asignados de manera separada a titulares distintos. En lo que respecta al poder legislativo en particular, la materia queda determinada por el fin que pretende Montesquieu, cual es, según sus propias declaraciones, proteger a los ciudadanos del peligro que corrían si la autoridad llamada a aplicarles las leyes tuviese la facultad de realizar o cambiar dichas leyes. Así, del pensamiento de protección del que se inspira el autor del *Espíritu de las leyes* resulta lógicamente que el poder legislativo, por cuanto se trata de su separación con respecto del poder de disposición, debe entenderse como aquel que comprende todo cuanto afecta al Derecho que rige a los ciudadanos, quedando excluido cuanto deja intacto su dere-

cho individual. La distinción que se estableció en las monarquías del siglo XIX entre estos dos poderes, en cuanto a su materia respectiva, se establece por un vínculo de filiación directa, según Montesquieu.

8. Fue bajo la influencia combinada de estas posiciones liberales y de los principios de orden monárquico que se formó la teoría que hace coincidir la noción de ley con la de norma jurídica, entendiendo ésta misma en un sentido especial y tendencioso; ya que, según las preocupaciones que dirigieron la formación de esta teoría consistentes en salvaguardar a favor del monarca un amplio poder de libre disposición, el alcance de la palabra «Derecho» se hallaba singularmente limitado, al no tener que aplicarse el nombre de «Derecho» más que a las normas, prescripciones o medidas que determinan la condición jurídica de los particulares. Conviene añadir que la terminología corriente reservaba el nombre de normas jurídicas a aquéllas solamente que crean Derecho de un modo inicial. Una decisión de un administrador, la sentencia de un tribunal, sin duda engendran un estado de Derecho con respecto a las personas sobre las que aquéllas se pronuncian. Sin embargo, se consideraba que dichas decisiones no daban lugar a normas creadoras de Derecho, no creaban un Derecho nuevo, dado que el Derecho elaborado por estas autoridades subalternas se hallaba ya contenido en el ordenamiento jurídico preexistente; éste es elaborado en virtud de principios establecidos por las leyes vigentes o de poderes que el administrador y el juez extraen de la legislación preestablecida. Por el contrario, la noción de norma jurídica no suponía necesariamente una norma pronunciada por medio de una disposición general. Una medida que crease un derecho nuevo o derogase uno anterior, ya fuese con respecto de una sola persona determinada, entraba en la categoría de las normas jurídicas, debiendo ser objeto de una ley, si ésta no existía en el ordenamiento jurídico vigente, de prescripción que confiriese a una autoridad distinta del legislador el poder de promulgarla.

9. De la teoría de la ley como norma jurídica, que durante largo tiempo fue acreditada en la literatura y la jurisprudencia todavía hoy influyentes, se dedujeron múltiples consecuencias:

En primer lugar —y aquí radica el gran interés práctico que le atribuyen sus defensores—, aquélla proporciona un criterio muy simple y seguro, al menos en apariencia, para discernir lo que pertenece al ámbito de la legislación y lo que, al contrario, es accesible a la reglamentación por decretos. Será materia de ley, dependiente como tal del poder del órgano legislativo, toda norma o medida, general o especial, que implique una modificación en el ordenamiento jurídico aplicable a los ciudadanos. Será materia de decreto toda prescripción o medida, general o especial, que, o bien no deba producir efecto con respecto a los ciudadanos, o bien no haga sino establecer con respecto a aquéllos el derecho que los regía anteriormente.

Se ha dicho de este principio de reparto de las materias entre leyes y decretos que no comporta otras excepciones que aquellas que resul-

taren de un texto legal, constitucional u ordinario. Por un lado, existen normas o medidas que no tienen como objeto ni afectan en la esfera de su derecho respectivo a los particulares, y para cuya adopción, sin embargo, un texto expreso especifica que una ley es necesaria: el legislador tiene la facultad de evocar y de reservarse en exclusiva tal o cual género de materia, aunque ésta no sea legislativa según la clasificación que acabamos de indicar. Por otra parte, y de manera inversa, compete al poder del legislador, según las Constituciones modernas, el habilitar al Ejecutivo por medio de un texto especial para promulgar por decreto normas que afecten al derecho mismo de los particulares. Esta doble constatación nos lleva a deducir que no es verdaderamente exacto el caracterizar este último tipo de normas como la materia propia y reservada de la legislación. Pero parece que en lugar de hablar aquí de principio y de excepciones sería más conforme a la realidad jurídica resumir el conjunto del sistema del Derecho positivo, en cuanto al reparto de las materias entre leyes y decretos, diciendo, en una fórmula esencial única, que el poder decretal del Ejecutivo tiene como materia las normas u objetos que le son atribuidos por las leyes vigentes. Esta posición difiere de la adoptada sobre esta cuestión por los teóricos que definen la ley como una norma jurídica. Partiendo de esta definición, sostienen aquéllos que cada vez que un texto legal habilita a la autoridad ejecutiva para decretar normas aplicables a los ciudadanos, el legislador transfiere su competencia legislativa a dicha autoridad: la habilitación, desde ese momento, es presentada por ellos como una delegación de poder legislativo realizada por las Cámaras al Ejecutivo. En efecto, afirman, la norma jurídica es, en principio, materia de ley, una materia que depende del poder legislativo del Parlamento: para que los decretos sean capaces de llegar a promulgar normas jurídicas que dependen del poder legislativo, hay que suponer que su autor ha sido investido de este poder mismo, por lo menos desde el punto de vista de la competencia material. Así se desprende de la doctrina según la cual los decretos reglamentarios habilitados para regular el Derecho de los ciudadanos estarían fundados sobre una delegación legislativa emanada del Parlamento, doctrina que gozó de enorme crédito en Francia y Alemania, y de la cual, a su vez, resulta que los reglamentos de dicha especie, puesto que se fundan sobre una transmisión de poder legislativo material, son, por su propia materia así delegada, leyes. Toda esta doctrina de la delegación legislativa es una consecuencia directa de la teoría de la ley como derecho. Por el contrario, cuando el Parlamento legisla sobre puntos que no comprometen el «derecho» en el sentido mencionado, es decir, el Derecho que concierne a los individuos y sus formaciones corporativas privadas, se ha afirmado que, bajo tales apariencias legislativas, el Parlamento no da pruebas de poder legislativo verdadero.

La teoría de la ley como norma jurídica tuvo también como consecuencia el provocar, en cuanto al poder reglamentario del jefe del Eje-

cutivo, la división de los reglamentos en dos clases, que distinguimos según el contenido del acto reglamentario. Existen reglamentos que dictan prescripciones que tienen carácter de normas jurídicas: tal es el caso en particular de los reglamentos de policía, que tienen como objeto directo imputar a los administrados obligaciones y que, por consiguiente, concurren a crear, en cuanto a ellos, ordenamiento jurídico. Seguramente, desde el punto de vista de su forma, ningún reglamento puede aspirar a la calificación de ley, puesto que es obra de la autoridad ejecutiva y no de las Cámaras. Pero al menos, de los reglamentos de esta primera clase se ha dicho que por su objeto, por las características intrínsecas de su parte dispositiva, tienen naturaleza de leyes, haciendo valer en este sentido que sus prescripciones participan en las virtudes básicas de las normas de Derecho legislativas, por cuanto son aplicables, al igual que éstas, a las personas a las que conciernen. Es la razón por la que, incluso entre los autores que repudian la teoría de la delegación legislativa, existen quienes han asimilado, *ratione materiae*, tales reglamentos a las leyes, así como asimilaban el poder reglamentario al poder legislativo. En sentido contrario, los reglamentos que no suponen ninguna creación de un nuevo Derecho para los ciudadanos y cuyas prescripciones no se dirigen más que a los funcionarios a título de normas de servicio, ya no son considerados como legislativos: se dice de éstos que no son, en cuanto al fondo y a la forma, más que actos de naturaleza y de poder administrativos. Los alemanes señalaron la oposición que establecían entre estos dos tipos de reglamentos mediante las denominaciones que los mismos tienen por costumbre otorgarles respectivamente. Por una parte, distinguen las *Rechtsverordnungen*, es decir, las disposiciones promulgadas sobre el derecho que rige a los ciudadanos y que por tal motivo entienden que son competencia de la legislación. Y por otra, las *Verwaltungsverordnungen* o disposiciones que corresponden a la Administración, es decir, disposiciones que sólo regulan la actividad de los administradores y que intervienen en virtud del poder jerárquico perteneciente a la autoridad administrativa superior, de las que afirman no ser en ningún sentido leyes.

10. Los autores que definieron la ley como una norma general o una norma jurídica nos proporcionan los elementos de refutación de sus teorías. Es de señalar que aquéllos no pudieron mantener dichas definiciones de manera íntegra y exclusiva, pero se vieron obligados a reconocer que, junto a la noción de ley que los mismos deducían de consideraciones relativas a la naturaleza de las normas que forman, según ellos, la materia propia del poder legislativo, hay que hacer un lugar necesariamente a una segunda noción de la ley que es por completo independiente de toda condición que haga referencia al objeto material de dicho poder. Esta necesidad viene del hecho de que, en el Derecho público moderno, el nombre constitucional de ley no puede estar reservado únicamente a un tipo de normas determinado, normas generales o normas creadoras del derecho de los particulares. En Fran-

cia, en particular, no es solamente la terminología habitual u oficial la que extiende el nombre de ley a toda disposición o decisión adoptada por las Cámaras según las formas prescritas por la legislación, pero es la Constitución misma la que, en el artículo 1 de la Ley de 25 de febrero de 1875, da a entender que toda adopción pronunciada en dicha forma por las Cámaras es, por su parte, el ejercicio del poder legislativo, y que, por consiguiente, todo cuanto se halle así adoptado por aquéllas merece la calificación de ley, sean cuales fueren los términos, generales o concretos, en los que hayan estatuido, así como la naturaleza del objeto que hayan podido regular.

Es cierto, pues, que las doctrinas según las cuales la noción de ley se confunde con la de norma general o norma jurídica no concuerdan con el concepto sobre el que se funda actualmente el Derecho público positivo para distinguir el poder legislativo de los demás poderes. Suponiendo que en otro tiempo la ley haya tenido que ser caracterizada según su destino especial, consistente en promulgar las normas abstractas o el Derecho aplicable a los ciudadanos, hoy constatamos que el concepto de ley responde a un orden de ideas diferente. Los defensores de las doctrinas mencionadas así lo sintieron. Y para enmascarar la falta de concordancia que se manifiesta entre sus posiciones y el concepto de ley que prevalece en las Constituciones contemporáneas forjaron la distinción, hoy clásica, entre las leyes según la forma y las leyes en cuanto al fondo, o incluso —según la terminología alemana— entre las leyes formales y las leyes materiales: una distinción que se caracteriza por dualizar la noción de ley.

Considerada en sus elementos esenciales, la teoría que distingue entre las leyes materiales y las leyes formales conlleva establecer una oposición entre ellas, siendo como son totalmente diferentes, aunque pudiendo realizarse de manera conjunta dos categorías legislativas: por un lado, la norma legislativa, es decir, aquella que por su contenido, por los caracteres intrínsecos de su parte dispositiva o por el objeto al que se aplica tiene una naturaleza intrínseca de ley y cumple las condiciones de la definición básica de la ley. Es aquí la ley material, o ley en sí, la que produce también los efectos fundamentales de las leyes, a saber, aquellos que se derivan de la naturaleza misma de las normas legislativas. Por otra parte, el acto legislativo, el cual no ha tomado el nombre de ley más que por razón de su consistencia formal y porque reviste las formas exteriores de una ley, lo que implica que también poseerá las formas y producirá los efectos vinculados al empleo de la forma legislativa, pero sin que su contenido adquiera él mismo el valor de norma legislativa, dado que la forma externa en la que dicho contenido ha sido adoptado es incapaz de conferirle las virtudes legislativas fundamentales que le faltan; de manera que dicho acto legislativo no podrá constituir más que una ley formal.

Al combinar esta noción dualista de la ley con las teorías antiguas que asignaban a la legislación, como su objeto propio, ya sea la regla-

mentación por vía de disposición general, ya sean las normas llamadas de Derecho, los autores ligados a tales teorías llegaron a las siguientes conclusiones: es ley material, sea cual fuere su forma, toda prescripción que, por razón de la generalidad de su parte dispositiva, surta los efectos propios de las normas generales, o incluso toda prescripción que, al aportar innovaciones al ordenamiento jurídico aplicable a los particulares, adquiera por ello el alcance y produzca los efectos de una norma de Derecho. Es así cómo un decreto reglamentario, aun no teniendo la forma de un acto legislativo, será calificado de ley material en virtud de su contenido, ya sea porque es concebido en términos generales, ya sea al menos en los casos en que regule el derecho que interesa a los particulares. Desde el punto de vista de sus efectos fundamentales, las normas contenidas en este decreto son tratadas de la misma manera que si hubiesen sido promulgadas por vía legislativa, por ejemplo, y en particular, en cuanto a la apertura del recurso de casación contra las sentencias que las hubieran infringido, o al recurso de anulación contra los actos administrativos que las hubiesen contravenido. En sentido contrario, el empleo de la vía legislativa para la adopción de normas o medidas que no tienen en sí nada de legislativas no puede modificar la naturaleza interna de la norma o la medida así adoptada. De este modo, un acto legislativo de las Cámaras que regula el funcionamiento interno de los servicios administrativos, o que decide la iniciación de una obra pública, de ferrocarril, carreteras, etcétera, o que estatuye sobre el caso particular de una persona determinada, no engendra una ley material, ya que no contiene una norma legislativa en el sentido básico de la palabra, y la decisión o medida que aquél adopte no es susceptible de producir los efectos inherentes a las normas legislativas. Dicho acto legislativo no es más que una ley formal: no es legislativo más que por su forma, y no por su parte dispositiva. Sin duda, la decisión o medida que tal acto promulgue extraerá de la forma en la que haya sido adoptada ciertas fuerzas que son aquéllas ligadas a todo acto legislativo, y, por ejemplo, no podrá ser modificada sino por medio de un nuevo acto legislativo de las Cámaras. Aquí se ve realizada una cierta noción de ley, pero que no se deduce más que en un sentido formal, y no en un sentido material. En cualquier caso, resulta manifiesto que las dos categorías legislativas que acaban de discernirse deben ser tenidas como completamente diferentes entre sí. Finalmente, la idea de ley se encuentra absolutamente dualizada.

11. Pero precisamente —y así como hemos anunciado en la p. 33— esta dualización, a la que se vieron obligados a concluir los autores que definen la ley como una norma general o una norma jurídica, basta para desvelar el vicio de tales definiciones. Éstas entran en oposición evidente con los datos proporcionados respecto de la noción de ley por el Derecho público vigente. Ya que la Constitución de 1875 no conoce dos categorías de leyes, sino que sólo habla de un único poder legisla-

tivo, aquel del que el artículo 1 de la Ley de 25 de febrero dice pertenecer a las Cámaras, lo que equivale a decir que sólo las Cámaras pueden realizar una ley. Este lenguaje de la Constitución no permite, pues, distinguir, junto a las leyes formales, es decir, nacidas de la adopción parlamentaria, una segunda categoría legislativa que se refiriera a la naturaleza, que se supone en sí legislativa, de tales o cuales prescripciones pronunciadas por otras autoridades distintas del órgano capaz de legislar. Además, resulta banal recordar que, según el Derecho constitucional actual, el Parlamento es capaz de extender su poder legislativo a cualquier objeto sobre el que entienda atribuirse y reservarse la facultad de estatuir en exclusiva. Basta con recorrer los compendios de textos legislativos para constatar que un gran número de leyes promulgan otra cosa bien distinta que normas generales o normas que afectan a la condición jurídica de los ciudadanos. No es posible, pues, pretender que solamente las normas de dicha naturaleza constituyen constitucionalmente la materia del poder legislativo.

Así, la distinción dualista entre leyes materiales y leyes formales carece de base en el derecho de la Constitución. Incluso es inconciliable con ésta, ya que, según lo que acabamos de decir, aparece desde ahora que la Constitución no admite más que un solo criterio de la ley, a saber, el extraído de la adopción por las Cámaras, un criterio de orden formal. ¿De dónde viene, pues, esta distinción, que ha dado tanto que hablar, en Alemania en particular, la cual continúa tan extendida, incluso en Francia? Ella se explica, en realidad, por causas históricas. La misma fue provocada por la evolución que se produjo en la noción de ley. En el siglo XVIII se entendía que el destino de la ley era establecer normas generales. En el periodo de las monarquías constitucionales del siglo XIX se entendió que la ley debía tener como materia especial y reservada el estatuto particular de los ciudadanos. Pero estos conceptos antiguos fueron sustituidos por una nueva concepción del poder legislativo, que ha prevalecido en el Derecho público actual y que halla su fundamento en consideraciones bien diferentes de aquellas de las que habíamos deducido hace mucho tiempo que la ley debe tener un contenido de un género determinado. Ocurrió, sin embargo —y he aquí un fenómeno del que la historia de las doctrinas jurídicas ofrece más de un ejemplo—, que los autores persistieron en reproducir las definiciones de la ley nacidas de las tradiciones de tiempos pasados. En la literatura, a veces incluso en los textos legislativos, la palabra ley ha permanecido como sinónimo de norma general o de norma que afecta al derecho de los individuos. Sin duda, la doctrina tenía en cuenta el *jus novum* al reconocer, bajo el nombre de leyes formales, la existencia constitucional de una categoría legislativa en la que figuraban actos parlamentarios que versaban sobre objetos distintos de los que habían sido considerados como propiamente legislativos hasta entonces. Al menos, los autores mantenían, en principio, que sólo las normas o medidas que versaran sobre objetos de esta úl-

tima clase realizaban la noción fundamental de ley, siendo en este sentido que los mismos designaban estas normas o medidas con el nombre de leyes materiales. Tal fue la causa original de la distinción entre las dos categorías de leyes. Esta distinción nació de la lucha entre conceptos de ley que datan de épocas diferentes, y que sobre todo proceden de ideas diferentes. O, más exactamente, de haber querido mantener, bajo la calificación de leyes materiales, antiguos conceptos de la ley que hoy ya no son los de la Constitución.

12. ¿Cuál es, pues, actualmente el concepto de ley que se halla contenido en la Constitución de 1875? ¿Cuáles son las posiciones en las que se inspira y las tendencias a las que responde? ¿En qué época hizo su aparición? Las fuentes de la noción constitucional de ley se encuentran en los principios que, desde el inicio de la Revolución, fueron establecidos por los fundadores del nuevo Derecho público francés en lo relativo a la ley y al poder legislativo. Para aprehender esta noción en su actual consistencia hace falta, previamente, remontarse a sus orígenes revolucionarios, y en particular, a los textos fundamentales que consagra al poder legislativo la Constitución primitiva de 1791. Veremos cómo las enunciaciones de tales textos no dejan nada que desear en cuanto a precisión y claridad.

13. La Constitución de 1791 y la Declaración de Derechos que la precede y que había sido votada desde agosto de 1789 formulan, en múltiples textos, cada uno de los cuales es concebido en términos que merecen ser calificados de lapidarios, los principios que inauguran, en el Derecho público nacido de la Revolución, la nueva noción de ley.

14. El primero de estos textos, que por sí solo tiene ya un alcance enorme, puesto que resume en pocas palabras todas las ideas que en adelante servirán de base a la noción moderna de ley, así como también en la Constitución de 1791, para exaltar la ley y su poder, es el artículo 6 de la Declaración de 1789, el cual comenzaba con la proposición ahora célebre «la ley es la expresión de la voluntad general». El mismo artículo 6 evidenciaba las razones que hacen que la ley deba ser entendida como obra de la voluntad general: así, establecía que «por sus representantes», es decir, por la asamblea elegida de los diputados, «todos los ciudadanos» ejercen, o cuando menos se considera idealmente que ejercen, «el derecho de concurrir a su formación».

Así, el artículo 6 partía del principio, tomado de las doctrinas de Rousseau, de que el pueblo, es decir, la totalidad de los ciudadanos, debe cooperar en el acto de creación de la ley, porque dicho acto legislativo es la manifestación por excelencia de la soberanía, la cual es esencialmente popular, según la terminología del *Contrato social*, nacional, según el lenguaje de 1789. Sabemos que en la concepción revolucionaria, la nación es exclusivamente una formación de ciudadanos, en el sentido de que ésta no tiene como elementos componentes más que a los individuos que son sus miembros. De ello se deriva la fórmula inicial del artículo 6, que asignaba la voluntad general como funda-

mento de la legislación, o más aún, que definía la ley según esta misma voluntad. Esta definición está reproducida por el artículo 4 de la Declaración de Derechos de 1793 y por el artículo 6 de la del año III.

15. Pero, ¿cómo pudo la ley ser presentada por las Constituciones de 1791 y del año III como la obra de la voluntad general, cuando dichas Constituciones reducían la participación legislativa de los ciudadanos a la elección de los diputados que ejercen efectivamente el poder legislativo? Aquéllas mantuvieron la identidad de la ley con la voluntad general, apoyándose en el segundo principio introducido por el artículo 6 mencionado, un principio que no procedía ya de Rousseau y que consistía en admitir que, en la asamblea que legisla, los ciudadanos mismos, «todos los ciudadanos», están presentes, dado que los mismos se hallan representados por sus elegidos. Sin duda, las Constituciones revolucionarias especifican que los diputados representan no a sus colegas particulares, sino indivisiblemente a la nación entera (Const. 1791, tít. III, cap. I, secc. 3.^a, art. 7; Const. 1793, art. 29; Const. año III, art. 52). Sin embargo, como la nación adquiere su consistencia en los ciudadanos que la componen, la misma no puede hallarse representada por el Cuerpo Legislativo sin que aquéllos lo estén también en ella. De manera que, finalmente, todos los ciudadanos concurren, por medio de los representantes nacionales, a la adopción de la ley, que, por consiguiente, es susceptible de ser calificada como fruto de la voluntad general. Es este mismo principio el que Sieyès habría de enunciar, con gran precisión, ante la Asamblea Nacional en la sesión de 7 de septiembre de 1789 (*Archives parlementaires*, t. VIII, pp. 592 ss.), cuando definió el régimen representativo diciendo que en dicho régimen «el pueblo habla, actúa, por sus representantes» y que «los comitentes se hacen oír a través de los diputados nacionales» porque la «voz de la Legislatura nacional» no es otra que «la voz del pueblo» misma. Ello significaba identificar las voluntades expresadas por la asamblea de diputados con la voluntad popular, es decir, que toda decisión de la asamblea equivalía a una decisión del cuerpo de los ciudadanos.

16. En resumen, el concepto de ley enunciado por el artículo 6 de la Declaración de 1789 se componía de estas dos proposiciones: 1.º La ley tiene como fundamento la voluntad general, por lo que debe ser la expresión de dicha voluntad. 2.º También lo es realmente, puesto que la voluntad general es expresada por el Cuerpo Legislativo, el cual representa la totalidad de los ciudadanos. En el fondo, la finalidad efectiva de todo el sistema representativo de este modo edificado era sustituir la voluntad de los ciudadanos por la voluntad de los elegidos. Sieyès se explica categóricamente en su discurso mencionado, en el que señala fuertemente la oposición que se establece entre el régimen representativo y el de la democracia, en el cual el pueblo decide y estatuye por sí mismo. Asimismo, dado que la primera proposición contenida en el artículo 6 se inspiraba directamente en la doctrina del *Contrato social*, nos hallamos con derecho a objetar contra la segunda

proposición de dicho texto, y, por consiguiente, contra toda la ideología revolucionaria recordada anteriormente que Rousseau había demostrado, de manera decisiva, que el pueblo no es susceptible de ser ni reemplazado ni representado para el ejercicio de su soberanía. No es menos cierto que toda la construcción edificada por la Asamblea Nacional de 1789 bajo el nombre de representación nacional descansaba sobre la idea esencial de que la ley debe emanar de los ciudadanos que forman la nación, siendo bajo este espíritu que la Constitución de 1791 reservaba el título de representante, en primera línea, al cuerpo de los diputados elegidos por el pueblo. En el preámbulo de su título III, artículo 2, siguiendo el orden de ideas formulado en el artículo 6, se afirma: «La Constitución francesa es representativa: los representantes son el Cuerpo Legislativo [...]».

No cabe duda de que el órgano que ejerce el poder legislativo de la nación extrajera esta calificación representativa, ante todo, de sus vínculos electivos con el cuerpo de los ciudadanos, y del hecho de que en virtud de dichos vínculos la voluntad expresada por aquél pudiese considerarse como conforme a la voluntad general de este último. Tal vez se diga que, junto al Cuerpo Legislativo, este mismo artículo 2 colocaba también como representante al rey, personaje no electivo. Pero los constituyentes de 1789-1791 especificaron ellos mismos que el rey no se erigía en representante más que a título excepcional y en una medida limitada, a saber, por razón solamente del poder de veto suspensivo que le era otorgado por la Constitución en contra de las leyes adoptadas por el Cuerpo Legislativo, así como por razón de que el mismo recibía el poder de mantener y dirigir las relaciones con los Estados extranjeros. Bajo este doble punto de vista parecía, en efecto, que el rey ejercía un poder representativo que consistía en expresar, en nombre de la nación e independientemente del Cuerpo Legislativo, la voluntad general. Pero en realidad, ninguna de estas dos facultades dejadas al jefe del Ejecutivo implicaba en éste un carácter de verdadera representación. Ya que el derecho de veto, si permitía al rey oponer cierta resistencia a las decisiones legislativas de la asamblea de diputados, no llegaba a conferirle el poder de estatuir definitivamente sobre el destino de las leyes. El ejercicio de este derecho no implicaba más que la remisión a Legislaturas subsiguientes, las únicas que se pronunciaban sobre la adopción o el rechazo de la ley que había sido objeto de oposición real. De modo similar, los convenios de toda clase concluidos por el rey tras las negociaciones con las potencias extranjeras estaban subordinados a la ratificación por el Cuerpo Legislativo (Const. 1791, tít. III, cap. III, secc. 3.^a, art. 2, y cap. IV, secc. 3.^a, art. 3). Así, incluso después de un veto, incluso en el orden de los tratos diplomáticos, la expresión decisiva, es decir, plenamente representativa (en el sentido manifestado en esta época) de la voluntad general de la nación, quedaba reservada, como un monopolio exclusivo, al cuerpo de diputados, que era el único que merecía por completo la calificación de representante.