

2. MISIÓN DEL ESTADO RESPECTO DEL DERECHO INDIVIDUAL

223. Al Estado incumbe <i>definir y garantizar</i> el derecho individual	373
--	-----

I

224. Definición del derecho individual <i>en las relaciones de los individuos entre sí</i> : respectivos papeles de la ley de los acuerdos privados	373
225. Definición del derecho individual <i>frente a las exigencias del bien público</i> : necesidad de una conciliación o adaptación, que no podrá llegar, empero, hasta la supresión del derecho	374
226. El apoderamiento del Estado sobre el derecho individual so pretexto de colaboración positiva al bien público	377

II

227. La <i>garantía</i> del derecho individual: contra los ataques de terceros; contra las usurpaciones del Estado y de sus órganos	378
228. Diversos sistemas de garantía: a) las “declaraciones de derechos”	379
229. b) Las garantías <i>generales</i> , derivadas del régimen democrático... de las separaciones de poderes	380
230. ...del principio de legalidad... de ciertas libertades preservativas y protectoras	382
231. c) Las garantías <i>especiales</i> : el derecho de seguridad individual... los medios de defensa y recursos contra los actos administrativos	383
232. Los remedios propuestos en lo que atañe a los ataques que emanan del poder <i>legislativo</i> , especialmente el control de la constitucionalidad de las leyes	385

Con todo, la tarea del Estado no se reduce a la protección de los *derechos*, sino, dentro del marco del bien público, a la promoción de los *intereses* 387

2. Misión del Estado respecto del derecho individual

223. No basta decir que el Estado está obligado a respetar el derecho individual, es decir, a no atacarlo. Debe también, en virtud de su misión de Estado, elevarlo al rango de institución jurídica positiva, esto es, *definirlo y garantizarlo*.

El derecho que el Estado no reconoce bien puede existir según la realidad filosófica y moral, que es independiente de la voluntad estatal; mas queda sin eficacia práctica, expuesto a la violación por terceros o por el Estado mismo. Sin embargo, antes de garantizar el derecho individual, el Estado debe definirlo. Entiendo por esto, no sólo el darle forma, que procede de la técnica, sino una verdadera determinación de fondo, que deriva de la política.⁶³ En efecto, no porque el derecho individual, perteneciente a la esfera privada, rehuya la acción del Estado deja éste de tener calidad para marcar sus límites en todos los aspectos, cuantitativo y cualitativo, en extensión como en profundidad. En otras palabras, el derecho individual se sitúa en un orden social; debe, pues, ser definido y reglamentado desde el punto de vista social.

I

224. Hay una primera limitación impuesta por la naturaleza del derecho individual. Así como está llamado a particularizarse en su objeto, lo que produce las diversas formas del derecho individual, del mismo modo está destinado a particularizarse *en sus sujetos*, que son múltiples. El derecho individual no es el derecho del individuo considerado como un ser único y abstracto; es el derecho concreto de todos y cada uno de los individuos que viven en el Estado. Pero como los individuos concretos y, por consiguiente, sus derechos, aun los más personales (la libertad de viajar), tienen tendencia a encontrarse y chocar, es preciso que entre las pretensiones respectivas se haga un deslinde, sobre la base de la justicia, la prudencia y las posibilidades prácticas. Contemplada desde este ángulo, la definición del derecho individual no es más que su afirmación en provecho de todos.⁶⁴ Ora los derechos en conflicto son de la misma especie: se

⁶³ Sobre esta distinción entre la técnica jurídica y la política, véase J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif*, pp. 36-56.

⁶⁴ Comp. *Declaración de los Derechos de 1789*, artículo 4o.: “El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos”.

tratará entonces de proceder a una “compresión” y de dar su sitio a cada uno de los derechos iguales. Ora los derechos en conflicto son de valor desigual, aun desde el punto de vista individual: se procurará en ese caso proceder a dosificaciones y, si la conciliación es imposible, afirmar las preponderancias.

Manifiestamente la tarea le toca en primer lugar al Estado, que goza a la vez de una posición imparcial y de la suficiente autoridad para imponer el reglamento. Cumple este deber con la función legislativa en materia de derecho privado y con la jurisdiccional en los conflictos de derecho privado.

Sin duda, en la medida en que se trata de derechos cuya libre disposición tienen las partes, la delimitación puede ser objeto de reglamentos convencionales *ad hoc*: esta solución es la más económica y normal. Pero las convenciones no pueden dispensar de leyes, unas imperativas, otras supletivas: no siempre llegan a entenderse las partes, o no todo lo previeron, o no son de igual fuerza, de tal suerte que deben temerse abusos de poder; o por último, los conflictos se sitúan de un golpe fuera de la esfera convencional y sólo la ley puede zanjarlos por vía de regla dispositiva.

Cuando ya no se hallan en presencia individuos aislados, sino masas de individuos solidarios, obligados por la naturaleza de las cosas a colaborar, como en el moderno régimen de trabajo, crece en importancia el papel de arbitraje del Estado: las discusiones sin fin entre categorías sociales sobre la extensión de sus respectivos derechos ponen en peligro la paz social. De aquí el derecho y el deber de intervención del Estado, ya para dirigir a las partes a entenderse por vía de convenciones colectivas, extensivas o no a toda la profesión, ya para decretar con autoridad, por modo de ley o reglamento, el estatuto conveniente.⁶⁵ La desgracia es que los gobernantes no siempre son libres en sus providencias de árbitros y que, del exterior o del interior, reciben la presión de los interesados. Si el mal es visible sobre todo en los países con régimen democrático, no negamos que pueda encontrarse, en estado disimulado, en países sujetos a otros regímenes.

225. Pero la definición del derecho individual debe operarse también con vista a otro principio, que es el *bien público*. Aquí es donde parece a

65 Sobre este aspecto del problema de la limitación de los derechos colectivos, véase, respecto a Francia, Bonnard, “Syndicalisme, Corporatisme et État corporatif”, *Revue du droit public*, 1937, pp. 58-123 (todo lo que concierne al sindicalismo). *Adde*: R. Savatier, “Les rayons et les ombres d’une expérience sociale: l’arbitrage obligatoire des conflits collectifs de travail”, *Dalloz hebdomadaire*, 1938, pp. 9-15.

primera vista flagrante la contradicción: ¿cómo podrá el Estado, a nombre del bien de la comunidad, limitar un derecho individual que, *ab initio*, está sustraído a su acción por formar parte de la esfera privada del individuo? La objeción procede de una concepción geométrica en exceso de la distinción entre el campo público y el privado. Cierto, las dos esferas coexisten, pero el límite no está fijado *a priori* como entre dos fincas contiguas, que poseen sendas ubicaciones propias. Cuando menos en lo que se refiere a los valores temporales, al derecho individual de suyo no repugna una adaptación a las diversas exigencias del bien público en el orden material y moral. Esta adaptación entraña, es verdad, cierta limitación del derecho, más de ningún modo equivale a su supresión.

Desde luego, es claro que no puede admitirse que el individuo use su derecho individual —libertad o propiedad—⁶⁶ de una manera contraria al bien público. El derecho individual existe *frente* al Estado, pero no *contra* el Estado o los fines que legítimamente se propone éste. Por ejemplo, el derecho de asociación no se viola cuando el Estado proscribe y castiga a las asociaciones contrarias al orden público, ni la libertad de difusión del pensamiento cuando reprime la pornografía o la calumnia, ni la de comercio, industria y trabajo, cuando prohíbe algunos comercios, industrias o trabajos dañosos para el público, los ejecutantes o los consumidores.

Asimismo, el Estado no está obligado a abstenerse; al contrario, debe intervenir contra ciertos usos de la libertad con los que el interesado se hace agravio a sí mismo, como el caso de la libertad de consumo de alcohol u otros productos nocivos, el de la libertad de trabajo relativa a trabajos malsanos, peligrosos o de muy larga duración, el de las mutilaciones corporales o la tentativa de suicidio...⁶⁷ Es que no sólo el individuo entra en cuenta: su familia y la sociedad entera están interesadas, material y moralmente, en que no haga mal uso de su libertad.

Más aún: acontece que el Estado tenga el derecho y el deber de impedir, salvo excepciones justificadas, ciertas libertades puramente negativas, como la de no trabajar, la de no instruirse,⁶⁸ la libertad de no entrar en comercio con sus semejantes, la libertad de no asociarse... La autono-

66 Para el desarrollo de esta idea en lo que atañe al derecho de propiedad, véase H. Vizioz, "Personne et propriété", *La personne humaine en péril*, Semanas sociales de Francia, Clermont-Ferrand, sesión XXIX, 1937, pp. 383-395.

67 Véase, en el mismo sentido, Duguit, t. III, parágrafo 92, pp. 600 y 601. Comp. Esmein, t. II, pp. 620 y 621 (leyes que limitan la duración del trabajo).

68 Para estas dos últimas libertades, y en el mismo sentido, Duguit, t. III, parágrafo 92, pp. 596, 599 y 600-602.

mía del derecho individual no es una autonomía absoluta, desgajada de toda consideración de deber moral y social distinta del respeto al derecho ajeno netamente definido. Es la autonomía contenida en el límite, al menos negativo, del bien público, de tal suerte que todo uso contrario a la norma del bien público en sus diversos aspectos, moral o económico, pertenece a la competencia y a la censura del Estado.

Una vez admitido el principio del Estado y del bien público, la tesis es de una lógica impecable: en el Estado, como en toda otra sociedad, el fin social, doquiera que intervenga, priva sobre la libertad del miembro. Con todo, la aplicación de la tesis es delicada, porque falta un juez diverso del propio Estado para decidir de las exigencias del bien público y de los actos que le fueren hostiles. Por lo menos, conviene que los abusos del derecho individual capaces de engendrar reacción sean definidos de antemano por la ley, en términos estrictos en cuanto sea posible, y apreciados por un órgano jurisdiccional.⁶⁹

Tampoco se desconoce el derecho individual cuando el Estado subordina su uso a determinadas medidas razonables de precaución, que no estén en contradicción con el derecho: así, cuando subordina al depósito de una declaración el ejercicio del derecho de asociación, o a la posesión de un diploma el ejercicio del derecho de enseñar. Claro que hay limitación: el no diplomado no podrá enseñar. Pero la enseñanza es una profesión, como el comercio o la medicina, que no podría de esta suerte sustraerse a una reglamentación en interés público, y además, ¿no está en la naturaleza del derecho de enseñar, derecho con influencia social, pública, que se requiera competencia en el que pretende enseñar? Dígase, si se desea, que la libertad, en este sistema, no pertenece a todo el mundo y que, en este sentido, ya no es un derecho del hombre. Pero continúa abierta a todos los que son dignos de ella.

En cambio, parece que existe una contradicción in terminis entre el concepto de libertad de asociación y el de previa autorización, o entre el concepto de libertad de prensa y el de censura. La asociación ya no es libre cuando la autoridad tiene derecho de rehusar permiso a los grupos que le desagradan; la prensa ya no es libre cuando está sometida a la prohibición de publicar lo que disgusta al poder. En semejantes casos, el propio derecho es tocado y destruido.

69 Comp., sobre el “régimen de derecho”, que se ciñe a reprimir, y el “régimen de policía”, que emplea la prevención, y sobre la necesidad de que el principio sea el régimen de derecho, Duguit, t. III, parágrafos 93 y ss. Véase también Esmein, t. II, pp. 587 y 588.

En fin, se presentan circunstancias especiales en que el bien público puede exigir suspensión, más o menos general en cuanto al territorio, de tal o cual libertad, cuya momentánea privación no acarreará daño grave a los individuos: así, las libertades de circulación, de reunión, de prensa..., cuando en el caso haya el peligro de que su ejercicio ocasione grave turbación al orden público. Hay aquí una solución de buen sentido, admitida dondequiera en tiempos anormales, pero cuyo mecanismo debe circundarse de garantías precisas contra todo desvío de poder.⁷⁰

226. ¿Hay que ir más lejos y, so color de adaptación del derecho individual al bien público, permitir al Estado que regule su uso, de tal suerte que el individuo sea llevado a colaborar *positivamente* al bien público, gracias a un sistema de libertad *dirigida*?⁷¹

Formulada en estos términos, la cuestión exige una respuesta negativa. Libertad dirigida, en la esfera de las actividades económicas como en el orden de las físicas, intelectuales y morales, significa pérdida de la libertad.⁷² Si el Estado dirige, en cualquier dominio que sea, el individuo no es más que ejecutor, es decir, funcionario. Queda por ver qué concede en realidad el “directismo”, de qué modo y en qué medida “dirige” el Estado. ¿Manda, emplea presión, o se reduce a inspirar y sugerir? ¿Entra en pormenores de la conducta debida o se limita a directivas generales? Además, hay materias en que cualquier acción directriz es inconcebible, como en el campo del pensamiento y de la expresión del pensamiento. Que, por razones de orden público (buenas o malas), el Estado vede la expresión de ciertas ideas, tal medida no es de por sí inconcebible. Pero que pretenda regir y forzar el pensamiento, aun para fines de bien público, he aquí lo que contradice la naturaleza misma del pensamiento. En cambio, en el orden económico, el respeto al derecho individual no puede llegar hasta la exclusión de toda providencia enderezada a coordinar esfuerzos que, abandonados enteramente a sí mismos, seguirían débiles, dispersos, incoherentes. Semejante intervención, aun apoyada en reglas compulsorias, bien puede entrañar disminución de la libertad, pero no destruye ni su principio ni su substancia: siempre es el individuo quien,

70 La jurisprudencia del consejo de Estado francés ha construido una teoría muy equilibrada y flexible en lo que mira a los posibles conflictos entre las exigencias del orden público y las diferentes libertades con influencia social.

71 Véase más arriba, 31 y ss.

72 Se plantea el problema, por ejemplo, en materia de orientación profesional. Está en juego el libre escogimiento de las vocaciones. Pero se trata de saber en qué medida tendrá la orientación en cuenta la libertad de las vocaciones.

dentro del elástico marco de la coordinación impuesta, conserva las iniciativas y responsabilidades de la acción.

Mas es evidente que estos distingos, planteados en lo abstracto, sólo tienen valor formal. Para juzgar si el derecho individual ha sido sacrificado o no, hay que examinar el caso y analizar la especie, menos con ayuda de categorías conceptuales que a la luz de las realidades concretas. En otras palabras, conviene investigar si el individuo ha sido víctima de una traba importante e irreparable en el desenvolvimiento de su personalidad. Al menos, tal es el punto de vista del filósofo, cuidadoso de la exactitud de las soluciones. Pero este método de valuación adecuada se presta a la arbitrariedad o a torpe aplicación. Por ello una definición *a priori*, hasta un poco rígida, que trace líneas nítidas e indiscutibles entre el campo del derecho individual y el del bien público, constituye una de las más eficaces salvaguardas contra las interpretaciones abusivas: tal es justamente el papel del derecho positivo, en su tarea de dar forma técnica a los preceptos.

II

227. Así y todo, el derecho individual reclama del Estado otras garantías más específicas que la mera definición. Garantías contra los embates de terceros, especialmente de los “poderes de hecho”,⁷³ esto es, las grandes fuerzas económicas o sindicales que pretendieran suprimir, por procedimientos más o menos legales, la autonomía de los débiles, en materias en que esta autonomía es legítima sin que se falte al deber de solidaridad profesional. Serán entonces todas las medidas preventivas de “abusos de poder”, consistentes, ya en prescripciones de orden jurídico, ya en una política administrativa de contrapesos;⁷⁴ luego (después de la infracción), todas las sanciones de orden civil y penal. Pero lo que más importa, desde el punto de vista en que aquí nos situamos, es que el derecho individual esté garantizado contra los excesos *del propio Estado*, es decir, de las personas o cuerpos detentadores de una parte de la autoridad pública.

Como procedimientos de garantía de esta clase, la práctica ha imaginado, por una parte, las “declaraciones de derechos”, que constituyen un modo solemne de afirmación del derecho individual; por otro lado, las diversas instituciones, sin duda más eficaces que las declaraciones, que

73 Es expresión de Hauriou, *Précis*, 2a. ed., pp. 720 y 733.

74 Sobre este último punto, véase Hauriou, p. 721, texto y nota 10.

tienden, directa o indirectamente, a impedir los atentados al derecho individual.⁷⁵

228. a) En algunos países, por ejemplo en Inglaterra, las declaraciones de derechos⁷⁶ son estimadas más peligrosas que útiles, porque podrían hacer creer al público y a los gobernantes mismos que el derecho individual depende en alguna medida del Estado, aunque no fuera sino por la necesidad de un reconocimiento: ¿para qué afirmar lo que es claro por sí? Hay principios tan evidentes de suyo, que hablar de ellos es debilitarlos. Pero este razonamiento supone un estado de opinión en que nadie piensa ni ha pensado jamás en dudar del derecho individual: ya no se habla de lo que está adquirido. En cambio, en los países en que, a causa del pasado o de las circunstancias, el derecho individual no está a salvo de toda amenaza, las declaraciones de derechos tienen oportunidad, como promesa que liga al Estado y a todas las autoridades en el Estado: donde éste hace profesión de fe en el derecho individual, cuyas más salientes aplicaciones enumera, se pone un obstáculo a la violación de derechos tan solemnemente proclamados. El Estado queda ligado por su declaración de voluntad y, en caso necesario, podrá uno llamarlo al respeto de la promesa.⁷⁷

Añadamos que, en los países de derecho escrito, es harto lógico que también las prerrogativas del individuo frente al Estado sean consignadas en un texto escrito: así el orden individualista disfruta de la seguridad que confiere el procedimiento de la ley escrita. Más aún: en los países de Constitución rígida, conviene que los derechos individuales estén insertos en el texto constitucional, de manera que aprovechen la especial estabilidad que se deriva del sistema: la ley o el funcionario que atenten contra uno de los derechos formulados violan la Constitución.⁷⁸

75 Al negar el derecho individual, la concepción nacionalsocialista naturalmente es llevada a rechazar toda idea de garantía. Véase Mankiewicz, *Le national-socialisme allemand*, t. I, núms. 99-107, pp. 100-109.

76 Por declaración de derechos entiendo aquí, de una manera general, la afirmación del derecho individual y sus aplicaciones por una autoridad constituyente calificada (jefe, pueblo o asamblea); poco importa que esta afirmación esté contenida en un documento especial con el nombre de *Declaración* o que figure en el texto constitucional propiamente dicho. Acerca de las declaraciones de derechos de la posguerra, véase Mirkine-Guetzevitch, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 2a. ed., pp. 35-43, 81 y ss.

77 Es verdad que, según Esmein, t. I, p. 592, las declaraciones de derechos, distintas en esto de las garantías de derechos, no son más que “declaraciones de principios”, y no “artículos precisos y ejecutivos de leyes”. En el mismo sentido, Barthélemy y Duez, pp. 193, 194 y 763. En sentido contrario, Duguit, t. III, parágrafo 89, pp. 563 y ss. Pero, declaraciones de principio o leyes, las declaraciones tienen valor de compromiso moral cuando menos.

78 En cuanto a las declaraciones de derechos, véase, entre otros, Hauriou, *Précis*, pp. 624 y ss.

Es cierto que las declaraciones de derechos exigen normalmente una actualización, y que esto puede parar en una caricatura o no parar en nada. Sin embargo, queda la virtud del principio afirmado, que protesta tanto contra la traición como contra la inacción. Pero se admite que existen cínicos, indiferentes a los principios y a las promesas. Por esto la protección del derecho individual requiere garantías que dependan de la buena voluntad menos que las simples declaraciones.

229. Entre estas garantías,⁷⁹ unas son *generales*, derivadas del régimen político adoptado; otras son *especiales* y consisten en medios *ad hoc*, destinados a proteger ciertos derechos contra ciertos peligros determinados.⁸⁰

b) Garantías *generales*: está claro que el modo de estructurar la potestad pública es propio, ya para provocar, ya para prevenir muchos abusos o excesos de poder. Como instituciones favorables al derecho individual, señalemos al régimen democrático del sufragio, las separaciones de poderes y el principio de legalidad.

Donde el individuo es llamado a *votar*,⁸¹ tiene medios de expresar sus opiniones y de influir en cierta medida sobre la política gubernativa. Es verdad que el resultado del voto no será siempre necesariamente favorable al derecho individual: los individuos particulares a menudo se preocupan más de sus derechos e intereses estrictamente egoístas que de los derechos e intereses del vecino. El derecho individual es, por definición, el de todo el mundo, el derecho respetable en cada individuo miembro de la comunidad, amigo o enemigo, sin distinción de clase o de partido. Pero el individuo puede inclinarse a votar bajo la presión de un sentimiento de clase o partido, sin ocuparse de defender al derecho individual doquiera se halle éste, en el adversario como en él. ¿No hemos visto regímenes democráticos en que los derechos individuales de las minorías —de clase, nacionalidad, religión o partido— no eran respetados? No hay, pues, necesaria coincidencia entre libertad política y libertad civil.⁸² Y es que frente a la libertad política, el individuo sólo cuenta como un elemento en

79 De nuevo encontraremos aquí, limitado a la cuestión de la protección del derecho individual, un problema que estaba tratado en conjunto y de manera general: el de los medios para realizar la sumisión del Estado al derecho. Véase antes, 91.

80 Comp., sobre lo que sigue, Hauriou, pp. 702 y ss.; en lo que atañe a las garantías *generales*, Laski, *Grammaire de la politique*, pp. 86-93.

81 Acerca de la democracia representativa, véase más arriba, 126 y ss.

82 Véase antes, 210.

la masa, en tanto que la libertad civil representa el derecho del hombre solo. La mayoría política tiene así el medio de oprimir el derecho individual particular. Todo esto es inconcuso y verificado por la experiencia.

Es verdad, sin embargo, que el derecho individual, puesto que es el derecho del hombre, es el bien común de todos los individuos de todas clases y partidos; que esta solidaridad salta a los ojos y que no hay que desesperar de verla reconocida y consagrada por los electores, a pesar de pasajeros extravíos. Hay, pues, razones especiales para presumir que la libertad política al venir en socorro de la libertad civil, pondrá sus sufragios al servicio del derecho individual.⁸³ Estas razones faltan en los regímenes autocráticos, que bien pueden tener otros motivos de restringir el derecho individual, pero que no tienen que temer la reacción de los individuos electores; por este lado la vía es libre, al paso que en un régimen democrático continúa incierta, a pesar de todo, aun para las mayorías.

Independientemente del modo de designación de los titulares de la autoridad, existe otra garantía general, quizá más segura que la del voto, a saber, las *separaciones de poderes*, lo cual no sólo comprende la separación de los poderes en sentido técnico,⁸⁴ sino todos los casos de repartición de funciones entre varios titulares.⁸⁵

Cuando las diversas funciones del poder —gubernativa y administrativa, legislativa, jurisdiccional— están confiadas a órganos distintos, el beneficio de la distinción debe fatalmente recaer en los individuos. ¿No es este el argumento que, fuera de la idea de especialización, se ha invocado siempre en apoyo de la separación de poderes?⁸⁶ ¿No es este, a la vez, el argumento de su repudiación por los regímenes que no admiten un derecho individual oponible al Estado y a la colectividad? Ciertamente que las separaciones de funciones no necesariamente impiden las violaciones del derecho por parte de uno u otro órgano, particularmente el legislativo, cuando no está controlado;⁸⁷ pero, al menos, el estrago se limitará a la medida de la competencia del órgano, mientras que la confusión de poderes, de un golpe, rinde la plaza a los desbordamientos. La misma influencia moderadora resulta del control del Parlamento sobre los actos del Poder Ejecutivo, del sistema bicamarista, etcétera. Además, hay que tomar

83 Comp. Hauriou, pp. 655, *in fine*, y 710.

84 Sobre la separación de poderes, véase más arriba, 163 y ss.

85 Acerca de esta garantía, véase Hauriou, pp. 703 y 704.

86 Véase antes, 168.

87 Más adelante, 232, se hallará la cuestión de las garantías especiales contra los abusos del Poder Legislativo.

en cuenta, fuera de toda teoría, los “imponderables” que se derivan de la presencia misma de órganos distintos, lo cual entraña siempre cierta concurrencia que no puede menos de beneficiar al derecho individual. Así es como el juez, aunque esté ligado por una ley injusta, al aplicarla podrá darle un sentido que, sin violarla, sea empero propio para quitarle una parte de su injusticia: ¡tan a menudo ocurre que, so capa de interpretación, la jurisprudencia logra atemperar la ley, humanizarla, *civilliter*!

230. Pero la ley no es siempre la enemiga; al contrario. En cuanto define y precisa de manera nítida los derechos de cada uno, de los súbditos como de los gobernantes, elimina la arbitrariedad de éstos. En virtud del principio llamado *de legalidad*,⁸⁸ ningún órgano del Estado puede obrar sino dentro del marco y sobre la base de una regla de derecho positivo,⁸⁹ formulada de manera más o menos amplia, según las exigencias de la materia, pero siempre limitada en su disposición y en las condiciones de aplicación. A falta de semejante regla, el individuo conserva su autonomía, y el acto que llegara a restringirla ya sólo sería un exceso de poder. Verdad es que el principio de legalidad no se impone al mismo legislador. Bien puede éste ser enfrenado, en el sistema de Constitución rígida, por una superlegalidad constitucional.⁹⁰ Pero el legislador constituyente, a su vez, no está atado sino por la suprema norma de la moral política, que ordena el respeto al derecho individual. Pues si intenta transgredir esta norma, no podrán detenerlo ningún principio de legalidad, ninguna declaración de derechos, ninguna separación de poderes. Mas es ya mucho que en los peñaños inferiores funcione una barrera que impida que los gobernantes, jueces o funcionarios se aparten de la ley.

Finalmente, citemos, como garantías generales del derecho individual (salvo el derecho de resistencia a la opresión y el de insurrección, que, más que garantías ordenadas, constituyen el *ultimum remedium*, en suma, un “peor es nada”, una solución de fuerza y desesperación),⁹¹ algunas libertades precisamente gracias a las cuales las amenazadas podrán defenderse: la libertad de reunión, la libertad de asociación y la de prensa.⁹²

88 Sobre el principio de legalidad, Duguit, t. III, parágrafo 99, pp. 681 y ss.; Barthélemy y Duez, pp. 192, 193, 726, 727, 749 y 750. *Adde*, sobre un “derecho subjetivo a la legalidad”, Bonnard, *Précis de droit administratif*, 1935, pp. 81 y 82.

89 Hoy, la fuente habitual del derecho positivo es la ley. Pero hay otras posibles fuentes, aunque tengan un carácter menos cierto que la ley.

90 Sobre una posible jerarquía entre las leyes, véase más arriba, 100 y 173. Acerca del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, más abajo, 232.

91 Véase *supra*, 98. *Adde*: Hauriou, pp. 712 y 713; Esmein, t. II, pp. 588-590.

92 Comp. Esmein, t. I, p. 582; Hauriou, *Précis*, pp. 709 y ss.

Las diferentes libertades no sólo se condicionan y encadenan, sino que a menudo se ayudan mutuamente. La asociación, la reunión y, ante todo, la prensa, cuya repercusión es más dilatada, entrarán en liza como otros tantos medios para denunciar los descatos al derecho, despertar a la opinión pública y, por la presión o el temor a la opinión, obtener al fin de cuentas la necesaria reparación. Prescindiendo de su valor intrínseco, estas libertades adquieren un valor de necesidad de medio que, en el orden de la ejecución, si ya no de la intención, puede situarlas, conforme a las circunstancias, en el primer rango de los derechos individuales.⁹³

231. c) Al lado de estas garantías generales, derivadas de un ambiente favorable al derecho individual —el ambiente del régimen democrático, en el sentido lato del término—, la protección de las libertades exige garantías *especiales*, consistentes en ciertos dispositivos de represión o de seguridad, llamados a funcionar frente a determinados ataques. Estas garantías especiales son más o menos numerosas, pero su lista no está cerrada. Son siempre capaces, más aún que las propias libertades, de aumentar y perfeccionarse. A los hombres de Estado y a los juristas incumbe inventar y ajustar los mecanismos adecuados, de modo de completar el ciclo, pero sin sobrecargar ni complicar la “máquina”, hasta el punto de volver imposible el gobierno. Aquí, como en otras cosas, lo mejor es enemigo de lo bueno, y se requiere un compromiso entre las exigencias del ideal y las posibilidades prácticas.

Sin entrar en detalles que sólo corresponden a la técnica, demos algunos ejemplos.

Una de las más preciosas y expuestas libertades es la de ir y venir, la del *habeas corpus*. De las más preciosas, porque está en la base de todas las que entrañan una actividad exterior: ¿cómo podrá el individuo obrar ni aun vivir si le está prohibido moverse? De las más expuestas, particularmente en razón del derecho de represión del Estado, ejercitado por los funcionarios de la policía y de la justicia criminal. Sin duda el Estado tiene derecho a detener, encarcelar y hasta castigar con la muerte a los que sean rebeldes a su autoridad y a sus leyes. Si no, quedaría en la imposibilidad de cumplir su misión. Pero este derecho es tremendo, y pueden abusar de él los funcionarios que lo ejercitan. De aquí la necesidad de garantías especiales, tendientes a precaver el mal uso de esta temible prerrogativa, garantías que son objeto de un derecho denominado *derecho de seguri-*

93 De hecho, han reemplazado al viejo derecho de petición; sobre él véase Hauriou, pp. 711 y 712; Esmein, t. I, pp. 588-591.

dad individual, cabalmente porque deben asegurar al individuo contra detenciones y castigos arbitrarios.⁹⁴ Entre ellas, citemos el principio *Nulla poena sine lege*, aplicación, robustecida en materia penal, del principio general de legalidad,⁹⁵ el derecho de ser uno juzgado por su juez natural, con exclusión de las jurisdicciones de excepción, las garantías particulares contra las detenciones y arrestos preventivos, la inviolabilidad del domicilio, el derecho de defensa, eventualmente la instrucción contradictoria,⁹⁶ etcétera.

Temibles también, por razón de sus constantes relaciones con los ciudadanos, son los poderes del *gobierno o administración*.⁹⁷ La administración dicta reglamentos, organiza los servicios públicos, toma particulares decisiones ejecutivas. En todo ello quedan comprometidos las libertades individuales y el derecho de propiedad de los súbditos. Las garantías generales derivadas, ya del control de la opinión y eventualmente del Parlamento, ya del principio de legalidad, no siempre son suficientes. Conviene que, previamente, la administración se organice en el interior de tal suerte que los abusos se reduzcan al *mínimum*, por un buen sistema de reclutamiento, por el juego de la jerarquía en el propio seno de los cuadros. Es necesario, además, cuando se producen los abusos, que los ciudadanos tengan a su disposición medios de defensa precisos o recursos eficaces.

En cuanto al poder reglamentario confiado a la administración (poder central o poderes locales) en vista de la aplicación de las leyes —especialmente leyes de policía, que atañen más al derecho individual—, podrá admitirse que el administrado haga valer, ante el juez encargado de sancionar el reglamento, la excepción de ilegalidad, y en este caso el contraventor será absuelto *in limine litis*. Mejor aún, puede reservarse a los súbditos el provocar (ante una jurisdicción por determinar, judicial o administrativa, pero independiente de la administración activa) la anulación del reglamento tachado de ilegal: sistema de ataque que sustituye al de la defensa, ya no sólo con la consecuencia de que se rehúse la aplicación del regla-

94 Acerca de la seguridad individual, Hauriou, pp. 714 y ss.; Duguit, 2a. ed., t. III, parágrafo 90, pp. 580 y 581; parágrafo 98, pp. 662 y 663; Esmein, t. II, pp. 595 y ss.

95 Aplicación *robustecida*: sólo la ley formal, con exclusión de toda otra fuente de derecho positivo (jurisprudencia o costumbre), está calificada para determinar las infracciones y las penas.

96 La instrucción contradictoria es una caso típico de la necesidad de mantener el equilibrio, no sólo entre la acusación y la defensa, sino entre el derecho del inculpado y las exigencias de la instrucción. Puede ocurrir que éstas se perjudiquen con la contradicción.

97 En cuanto a las garantías frente a la administración, Hauriou, pp. 725 y ss.; Duguit, t. III, parágrafo 100, pp. 105 y ss.; Bonnard, *Précis de droit administratif*, pp. 73 y ss.; 103 y ss.

mento en un caso particular, sino de que totalmente sea destruido (contencioso de anulación).

Puede estar prevista la misma solución del recurso contencioso contra las decisiones administrativas emitidas respecto de ciertos individuos particulares o en ciertos negocios particulares: un juez decidirá entonces de la legalidad, tal vez aun de la equidad, de la decisión criticada.

Por fin, en la hipótesis de daños causados por la administración en el curso o con ocasión del ejercicio de sus funciones, la tutela del derecho individual exige un régimen estable de responsabilidad, sea contra la administración misma, sea personalmente contra sus funcionarios.⁹⁸ Se entiende que salvando el principio de la separación de poderes, de tal suerte que el órgano jurisdiccional no tenga que mezclarse en la propia administración.

232. Quedan los ataques al derecho individual emanados del Poder Legislativo.⁹⁹

Sin duda, la complejidad del órgano legislativo (colaboración del poder llamado Ejecutivo en la elaboración de las leyes, desdoblamiento de las cámaras...) puede, en cierta medida, prevenir los actos de fuerza. La experiencia demuestra que, a pesar de estas precauciones y en los regímenes más democráticos y equilibrados, son posibles esas violencias. En tal caso, la situación es muy delicada. Por una parte, corresponde al Poder Legislativo organizar los derechos individuales, limitarlos en su recíproca concurrencia y luego concordarlos con las exigencias del bien público.¹⁰⁰ Justamente en esta labor de organización, bajo el amparo y pretexto de esta organización, es cuando la ley está en condiciones de traicionar y arruinar al derecho individual, ya de frente, ya con rodeos.¹⁰¹ Por otra parte, ¿qué autoridad, fuera de los súbditos, recibirá competencia para decir el derecho en contra de la ley? Ciertamente puede preverse una jerarquía entre las leyes, unas ordinarias y otras constitucionales, que atan al legislador ordinario, y hacerse que figuren entre los principios constitucionales los derechos y libertades individuales, que de ese modo se encontrarían “garantizados por la Constitución”.¹⁰²

98 No debemos ocuparnos aquí de la determinación de las posibles causas de responsabilidad. Nos reducimos a condenar el principio de la irresponsabilidad completa.

99 Sobre este punto, comp. Hauriou, pp. 731-733.

100 Sobre este papel del Estado-legislador, véase *supra*, 224-226.

101 Como dice Hauriou, p. 612, “harto bien sabemos que las protecciones y garantías fácilmente se convierten en medios de opresión”.

102 Acerca de esta jerarquía entre las leyes, véase más arriba, 173.

Pero con esto sólo en teoría se ha resuelto el problema: se trata de asegurar el predominio efectivo de la ley constitucional, y en este momento es cuando surge la dificultad. El sistema de control por la autoridad judicial de la constitucionalidad de las leyes es sin duda harto eficaz, pues una ley que no se aplica es una ley herida de muerte. Pero hay otros inconvenientes, que equivalen a cierta confusión de poderes, justamente denominada “gobierno de los jueces”.¹⁰³ Los textos constitucionales o las declaraciones de derechos que enuncian las libertades son en general tan vagos, que el juez, bajo pretexto de interpretación jurídica, se convierte en señor de la orientación que hay que dar a la legislación. Pero esta es tarea que toca al Poder Legislativo mismo, procediendo según las formas habituales de la legislación, especialmente por vía de libre discusión. Por el contrario, el juez no es necesariamente buen legislador¹⁰⁴ y, además, su decisión unilateral, fruto de la deliberación secreta, no se impone con las mismas garantías que la de la ley formal. Además, quiéralo o no, el juez llamado a juzgar de la ley, aun desde el punto de vista constitucional, propende fatalmente hacia la política, entendiéndola no sólo en el sentido elevado de la palabra, sino en la acepción de política partidista. Cualquiera decisión que tome, a los ojos del público, ignorante o maligno, pasará por inclinarse, no a la justicia o al derecho, sino a un partido político. Y esta reputación no puede menos que perjudicar el prestigio de sus sentencias en materia ordinaria. En cuanto a una corte especial de justicia, consagrada únicamente a los conflictos de constitucionalidad, eludirá este último inconveniente, pero no los demás.¹⁰⁵

Sea lo que fuere, es inevitable que, dentro del Estado, una de las autoridades tenga la última palabra: legislador irresponsable o jurisdicción suprema, esta autoridad conservará siempre el poder material de apartarse de la ley. Por esto no hay que ilusionarse con la añagaza y creer en la omnipotencia de la técnica. Bien pueden ser múltiples e ingeniosas las garantías del derecho individual; no son capaces de suplir a la virtud de la justicia que, en el ánimo de todos los titulares de la autoridad, compren-

103 Ed. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, París, 1921. Adde: R. Pinto, *Des juges qui ne gouvernent pas, Opinions dissidentes à la Cour suprême des Etats-Unis (1900 a 1933)*, París, 1935.

104 Líguense las consideraciones desarrolladas *supra*, 94, texto y nota 20.

105 Sobre la cuestión del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, J. Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, núms. 226-230, pp. 734-746. Agréguese, sobre la concepción nacional-socialista en esta materia, Mankiewicz, *Le national-socialisme allemand*, t. I, núm. 104, pp. 104-107.

diendo al legislador constituyente y al juez de la constitucionalidad, inclina al respeto escrupuloso de los derechos de la persona humana. Y esta virtud es negocio de ejercicio repetido y de lenta educación. Donde el respeto a los derechos de la persona humana ha llegado a la categoría de virtud y penetra el espíritu público, las garantías se vuelven secundarias o, cuando menos, no intervienen más que subsidiariamente, en calidad de excepción.

233. Una última observación. Buscando definir la posición del individuo respecto del Estado, nos hemos situado aquí en el punto de vista del derecho individual, es decir, de las prerrogativas jurídicas que pertenecen al individuo. Es un punto de vista esencial, mas con todo demasiado estrecho. El individuo tiene derecho a exigir del Estado algo más que la definición y garantía de sus derechos. El Estado tiene por fin el bien público; pero entre los elementos formales de éste no sólo figura el respeto a los derechos del individuo, sino la difusión de los derechos conquistados, por el aumento del número de sus titulares y, de manera general, el cuidado de los intereses materiales y morales del individuo. Este cuidado abarca una doble acción: acción negativa de lucha contra los obstáculos —de índole física, económica, moral, social— que impiden a los individuos conseguir los bienes de la salud, la riqueza, la instrucción, la virtud...; acción positiva, dirigida a poner en manos de los individuos o, más exactamente, a sus alcances, los diversos instrumentos, materiales y morales, de adquisición de esos variados bienes.

Pero toda esta materia, más que al problema del estatuto del individuo frente al Estado, corresponde al problema general del bien público¹⁰⁶ y, ulteriormente, de la distribución de éste entre los individuos miembros del Estado.¹⁰⁷ Recordemos solamente estos dos principios dominantes: que la política de ayuda a los individuos debe continuar al servicio de los individuos, es decir, de la masa del público, y no del Estado mismo considerado como un ser superior, y que la política de ayuda a los individuos únicamente puede intervenir a título supletorio, cuando los propios individuos, aislados o asociados, no logren “servirse” suficientemente ellos mismos.

106 Véase antes, 25.

107 Véase *infra*, 264 y ss.; especialmente 273.