

3. *Los límites de la subordinación del poder público a la ley*

Por la ley se ata el poder público a sí mismo las manos. ¿En qué medida debe ser así? ¿Siempre? En esta hipótesis todos tendrían que obedecer simplemente a la ley, el poder público no podría ordenar o prohibir nada que no estuviese previsto en la ley, la ley del Estado estaría así en la misma línea que la ley natural. Lo mismo que en la naturaleza, también en el Estado la ley sería la única fuerza impulsora, el azar y la arbitrariedad serían superadas por completo en principio, el mecanismo del Estado sería como un mecanismo de relojería que realizase los movimientos prescritos con exactitud y regularidad imperturbables.

Este sería, según parece, el Estado de derecho, como no se podría concebir nada más perfecto. Sólo le faltaría una cualidad — la capacidad vital. Tal Estado no podría existir un mes, para existir tendría que ser lo que no es: un mecanismo de relojería. El dominio exclusivo de la ley es equivalente a la renuncia de la sociedad al uso libre de sus manos; con las manos atadas se entregaría a la necesidad rígida, impotente frente a todas las situaciones y exigencias de la vida no previstas en la ley, o para las cuales ésta no fuese suficiente. Resulta de ahí la máxima que el poder de Estado no debe restringir por ley la posibilidad de la espontaneidad como está dis-

puesto ineludiblemente — ¡en esta dirección es preferible pecar por defecto que por exceso! Es una falsa creencia la que sostiene que el interés de la seguridad jurídica y de la libertad política exige la mayor limitación posible del poder público por la ley; eso tiene por base la noción extraña que el poder es un mal que debe ser combatido en todo lo posible. Pero en realidad es un bien, en el que hay que tener en cuenta, como en todo bien, con la posibilidad del uso saludable, también la del abuso (*). El encadenamiento del poder no es el único medio para prevenir aquel peligro, hay todavía otro, que presta enteramente el mismo servicio: la responsabilidad personal. Este fue el camino que tomaron los antiguos romanos. No vacilaron en conceder a sus magistrados una plenitud de poderío que tenía sabor a monarquía absoluta, pero les exigían severa rendición de cuentas al término de sus funciones (**).

Pero por mucho espacio de juego que la ley establezca para la libertad, siempre queda la posibilidad de situaciones extraordinarias en las que el poder público es puesto ante la alternativa de tener que sacrificar la ley o el bien de la sociedad. ¿Cuál debe ser su elección? Una conocida fórmula de fuerza responde: *fiat justitia, pereat mundus*. Esto suena como si el mundo existiese en razón de la justicia, mientras que en realidad ésta existe en razón de la existencia del mundo. Si estuviesen ambos en una relación mutua entre sí, la frase tendría que decir lo contrario: *pereat justitia, vivat mundus*. Pero en realidad esto es tan extraño que más bien marchan ambos mano a mano; el aforismo debe ser: *vivat justitia, ut floreat mundus*.

Pero una cuestión del todo distinta es sí el poder público debe respetar siempre y sin ninguna excepción la

(*) Tomo de Cicerón el juicio acertado, *De legib.* III c. 10, en relación con el tribunado: *fateor in ipsa ista potestate inesse quiddam mali, sed bonum quod est quoesito in ea sine isto malo non haberemus*.

(**) Ver mi *Geist des römischen Rechts*, II § 35.

ley existente, y yo no vacilo en modo alguno en negarlo decididamente.

Tomemos un caso concreto. En el sitio de una fortaleza se muestra que la conservación de la misma es condicionada por la demolición de edificios de propiedad privada. Admitamos que la constitución del país hubiese declarado inviolable siempre la propiedad privada, sin tener en cuenta casos de urgencia como el que tenemos aquí, y los propietarios de aquellos edificios no quisieran dar su consentimiento para la demolición de los mismos. ¿Debe el comandante de la fortaleza, para no proceder por propia decisión contra la propiedad privada, entregar la fortaleza y con ella tal vez el último baluarte del que podría depender el mantenimiento del Estado? Un comandante tal se habría jugado la cabeza. O bien el caso de una ruptura de un dique, de un incendio y de otras emergencias semejantes que provocan un peligro común que sólo puede ser contenido por intromisiones en la propiedad privada: ¿deben respetar aquí las autoridades la propiedad y dejar curso libre al elemento devastador?

El sentimiento natural deja a cada cual la decisión, pero importa justificarla científicamente. La justificación está en el punto de vista que el derecho no es fin de sí mismo, sino sólo medio para el fin. El objetivo final del Estado, como el del derecho es el establecimiento y la garantía de las condiciones de vida de la sociedad (ver más adelante n. 12) — el derecho existe en razón de la sociedad, no la sociedad en razón del derecho. De ahí resulta que donde excepcionalmente, como en los casos antes mencionados, las condiciones son tales que el poder público es puesto ante la alternativa de abandonar el derecho o la sociedad, no sólo está capacitado, sino que está comprometido a sacrificar el derecho y salvar la sociedad. Pues por encima de la ley que viola, está la consideración del mantenimiento de la sociedad, a la que deben servir todas las leyes, la *lex summa*, como la llama Cicerón (*De legibus* III 3) en su conocido aforismo: *salus populi summa lex esto*. La persona particular, en tal caso de conflicto, en que se trata de la propia

vida o de un ataque al derecho ajeno, puede hacer lo primero, aunque la ley no lo exige de ella (derecho de legítima defensa) — sólo se sacrifica a sí misma. Pero el poder público que quisiera hacer lo mismo, cometería un pecado mortal, pues no tiene que realizar el derecho para sí mismo, sino por causa de la sociedad, y lo mismo que el capitán arroja por la borda la carga para salvar al barco y la tripulación, así debe proceder el poder público con la ley, cuando ese es el único camino para defender la sociedad contra un mayor peligro. Tales son los “hechos salvadores” que menciona acertadamente nuestro idioma, una calificación que encierra toda la teoría de los mismos: su justificación lo mismo que sus condiciones previas. Cualquiera que sea el juego nefasto que hayan practicado con eso estadistas inescrupulosos, por frecuentemente que haya servido el bien del Estado sólo como pretexto o cobertura de la arbitrariedad absolutista, en principio no se puede negar la atribución del poder público para obrar de ese modo, como no se puede discutir en el caso antes citado la atribución del capitán para arrojar la carga al mar. Es el derecho de legítima defensa dado con la situación de necesidad, que el poder público lleva así a la práctica, y esto no se le puede rehusar en manera alguna como no se rehusa a la persona privada — no sólo *tiene derecho* a su aplicación, sino que *debe aplicarlo*. Pero ambas cosas se condicionan: *tiene derecho*, donde *debe* obrar así.

Sin embargo la violación franca de la ley es un acontecimiento deplorable, que la legislación debe ahorrarse al poder público en todo lo que sea posible. Puede hacerlo de modo que asegure forma legal al derecho mismo de defensa en caso de urgencia, como ha ocurrido más o menos en todos los nuevos derechos y constituciones estatales. Las disposiciones que tienden a ello se pueden denominar *válvulas de seguridad del derecho* — abren a la necesidad una salida e impiden de ese modo la explosión violenta (*). El problema de saber si están da-

(*) Una consideración profunda del mismo no es necesaria, basta una simple enumeración. Son las siguientes: intervenciones

das las condiciones previas para esas intervenciones, es un asunto de la política del caso especial que no hemos de discutir aquí. Que el poder público en esos casos tiene que indemnizar a la persona particular afectada por esas violaciones, es una exigencia que resulta de la naturaleza de la relación social. La relación social se funda en el principio de la igualdad en el sentido anteriormente desarrollado, y según él corresponde que aquello que beneficia a todos deba ser soportado también por todos.

Desde el punto de vista de una inobservancia de la ley por el poder público hay que mencionar el *derecho de gracia*. Formalmente considerado, se documenta como intervención en el orden jurídico; el delincuente es liberado de la pena que le corresponde en la ley, y que le ha sido ya reconocida contra él, la ley no se cumple pues en realidad. El derecho de gracia no parece conciliable con la idea de la administración de la justicia. ¿Dónde queda la ley cuando en un caso llega la aplicación y en otros no, dónde la igualdad ante la ley cuando es ejecu-

del poder público en la propiedad privada, y eso ante todo en la posesión por medidas de hecho de la administración sin previo **procedimiento legal** (caso de necesidad, por ejemplo, peligro de incendio o de inundación, guerra, etc.). Privación de la propiedad **por vía jurídica, es decir expropiación** — sea en forma de la ley individual, es decir la ley de expropiación, sea por medio de la ejecución de normas establecidas de antemano para tal caso por **autoridades administrativas o judiciales**. Suspensión transitoria de ciertas disposiciones legales (por ejemplo sobre el protesto de letras de cambio en Francia durante la última guerra) o del auxilio jurídico normal (**justitium** en Roma), proclamación del estado de guerra o de la ley marcial (en Roma nombramiento de un **dictator; Senatus consultum: videant consules, ne quid detrimenti capiat res publica**). Supresión de derechos existentes por la legislación (por ejemplo la servidumbre, los derechos municipales y de apremio; **novae tabulae** en Roma entre otros). Intervenciones en los mismos por una ley con fuerza retroactiva. Todas estas medidas caen bajo uno y el mismo punto de vista, y testimonian **una imperfección en la abstracción**, cuando se accede a la admisibilidad teórica para algunas y se niega para otras, como en el último caso ha ocurrido diversamente tanto en la literatura como en la legislación con respecto al problema de la fuerza retroactiva de una ley, incluso por un autor en lo demás tan radical como F. Lassalle, **System der erworbenen Rechte** I, pág. 3-11.

tada en un caso la pena reconocida en un delincuente y en otros no? Es una pura ilegalidad la que ocupa el sillón del derecho en el derecho de gracia, el reconocimiento teórico de la arbitrariedad en la administración de la justicia.

¿Qué tenemos que replicar a esto? Puede ser la arbitrariedad la que ocupe el sillón del derecho, pero no lo necesita — y no debe necesitarlo. No es a ella a la que debe dejarse libre el sillón, sino a la *justicia* — la justicia que en el caso particular ha llegado al reconocimiento de que la ley ha excedido sus límites, y que debe abrirse así la posibilidad de que un inocente no sea víctima del error cometido contra él. En este sentido podemos definir la gracia como la corrección de la ley reconocida imperfecta en un caso dado, o en pocas palabras como la *autocorrección de la justicia*.

Pero la imperfección del derecho penal no puede expresarse sólo en aquella dirección, según la cual el derecho de gracia tiene la función de repararla, sino también en el sentido opuesto. Es posible que el vasto catálogo de los delitos que la legislación ha trazado en base a largas experiencias, se demuestre defectuoso en algunos casos. El refinamiento puede imaginar nuevos delitos, no previstos en el mismo, y para cuyo castigo el derecho existente, aunque no escapen por completo, sin embargo, no ofrece ninguna pena correspondiente a la gravedad del hecho (*). ¿Qué debe hacerse aquí? ¿Debe la justicia declararse impotente ante el salvaje que amenaza a la sociedad de una manera que supera en peligrosidad a todos los crímenes penados en la ley y que descubre en él un abismo de depravación que deja muy lejos la del ladrón y el asesino comunes? ¿Debe la justicia declararse impotente ante tal individuo porque la ley escrita no le ofrece la posibilidad de aplicarle la pena merecida?

(*) Como ejemplo menciono el caso conocido de Thomas en Bremenhaven: remisión de una caja provista de un aparato explosivo con el fin de destruir el barco elegido para su transporte, con el propósito de lucrar con la alta prima del seguro.

La respuesta del jurista dice: sí. Su divisa es la conocida frase: *nulla poena sine lege*. El sentimiento ingenuo del derecho del pueblo exige también aquí el castigo, y por mi parte me adhiero plenamente a él. Aquella frase que se atribuye el carácter de un postulado absoluto de la justicia, sólo tiene en realidad una justificación relativa. Es opinada como garantía contra la arbitrariedad, y cumple esa función. Pero el objetivo supremo del derecho no es el alejamiento de la arbitrariedad, sino la realización de la justicia, y en tanto que aquella frase interfiere en el camino, es ilegítima. La misión es reunir ambos fines, e importa sólo para ello encontrar una forma que ofrezca la garantía de que el desligamiento del juez ante la ley positiva sea en beneficio de la justicia, no de la arbitrariedad. Para este fin haría falta la instalación de un tribunal de justicia supremo por encima de la ley, que excluyese de antemano por su integración toda inquietud de que pudiera llegar a convertirse alguna vez en un instrumento de la arbitrariedad en manos del poder público.

La idea que expreso aquí, existe ya positivamente: en Escocia existe un tribunal de esa naturaleza. Pero aun cuando no existiese en parte alguna, para mí no se trata de lo que existe, sino de lo que debería existir, de lo que entraña el fin del derecho y la idea de la justicia. Es verdad que en derecho penal lo mismo que en derecho civil tiene que imperar simplemente la ley, de manera que no puede haber ningún derecho de gracia. Si es admitido este último, como ha ocurrido siempre en todos los pueblos civilizados, se renuncia con ello al principio del imperio exclusivo de la ley en la justicia criminal, el derecho ha confesado así que no le basta la ley solamente, que necesita más bien la justicia superior, que está por encima de la ley, para que ésta armonice en el caso aislado la pena con las exigencias del sentimiento jurídico. ¿Si esto se aplica en una dirección, por qué no ha de aplicarse en otras? ¡O bien la ley siempre en ambas direcciones, o bien la justicia por encima de la ley en ambas direcciones! ¡El tribunal supremo por mí defendido para casos extraordinarios, que la legislación no ha considerado, no es más que la consecuencia del dere-

cho de gracia en sentido inverso; sólo en la dirección, no en el principio, son distintos ambos. Un paso ulterior consistiría en traspasar a este tribunal supremo por encima de la ley también el ejercicio del derecho de gracia en nombre del soberano o la propuesta de la gracia al último; se mantendría así la misión sublime de mediar entre el derecho escrito, el formal, y la justicia material que está por encima del mismo (*), y sería creado al mismo tiempo así un órgano para el progreso del derecho penal en el camino más adecuado que existe para ello: el de la jurisprudencia. Quizás entonces también los jurados se dejarían seducir menos frecuentemente a absolver al delincuente en contradicción con el hecho evidente. Como tercera forma de juicio junto a las dos fórmulas: culpable o no culpable, habrían de tener abierto el veredicto: la remisión al supremo tribunal de justicia; lo mismo en casos, como el antes mencionado (Thomas), al fiscal la petición de una pena no prevista por la ley.

No hay que confundir con la forma de las cosas esbozada hasta aquí, que sobre el juez que sentencia estrictamente según el derecho escrito, postula uno superior, que suprime la imperfección de la ley a la manera del legislador, en tanto que él juzga el caso aislado exactamente a como lo habría hecho el legislador al dictar la ley — no hay que confundir esta forma de las cosas con aquella aplicación del poder penal completamente libre, desvinculado de toda ley, según el pueblo romano puso en práctica en los comicios tributarios. Ciertamente les ofrecía la ventaja de la posibilidad ilimitada de la individuación, tanto en relación con el problema de lo que debía considerarse delito como en relación con la medida de la pena. Pero la ventaja de este poder punitivo perdía enteramente su valor por el hecho que no lo aplicaba una autoridad judicial, sino el pueblo soberano, accesible a todas las influencias, el cual lo ejercía sin estar ligado a ninguna ley; las garantías que existen en la separación de la magistratura de todas las otras funciones del poder del Estado, faltan aquí totalmente. No es la posibilidad

(*) *Inter æquitatem jusque interpositam interpretationem*, como expresa Constantino en el l. 1 *Cod. de leg.* (l. 14).

de una individuación de la justicia penal lo que yo sostengo, eso se encuentra también en el déspota que no se atiene a ninguna ley — sino la individuación por medio de autoridades judiciales. En esta última forma ha sido realizado el pensamiento de la administración de la justicia individualizadora en el ulterior proceso civil (procedimiento formulario), pero no en la persona del juez común, al que no se podía investir naturalmente con ese poder, sino en la del pretor, que ofrecía merced a su posición y al asesoramiento de los juristas que tenía a su lado (*consilium*) las garantías del uso judicial. En su cualidad de jefe de toda la administración de la justicia civil, reunía realmente al mismo tiempo la de un legislador, le correspondía la función y el deber de mantener el derecho a la altura del tiempo, y, según lo cumplía, presentando en sus edictos nuevos principios jurídicos, se consideraba también autorizado y llamado a excluir en el caso aislado la severidad en la aplicación del viejo derecho. Rehusaba acciones que el viejo derecho civil admitía, creaba excepciones no previstas en el derecho escrito, restauraba derechos perdidos (*restitutio in integrum*), en una palabra ejercía en el caso aislado la crítica práctica del derecho existente — el órgano viviente del derecho, según lo llaman los juristas romanos (*viva vox juris civilis*), la encarnación de la idea de la justicia, no la del juez ligado a la ley, sino la del legislador que está por encima de la ley, que la excluye donde quiera que parece estar en contradicción con la justicia. El pretor ha habituado a los romanos a esta idea de la justicia individualizadora, libertándose del derecho existente, y eso les pareció tan poco extraño que la institución no sólo pudo mantenerse durante siglos, sino que fue incluso más desarrollada en tiempos del Imperio. Es decir, no sólo la admitieron los emperadores mismos (*constitutiones personales*), sino que concedieron también a algunos juristas especialmente dignos de confianza por medio del *jus respondendi*, la prerrogativa de establecer el derecho en el caso aislado (*jura condere*) (*).

(*) *Autoritas conscribendarum interpretandarumque legum*, l. I. § 1 *Cod. de vet. jur.* (1.17) *legislatores* l. 2 § 20 *Cod. ibid.*,

Nuestro actual derecho civil es extraño a esa institución, ésta sólo se ha conservado entre nosotros en el derecho de gracia, en el derecho civil exigimos la aplicación rigurosa de la ley y admitimos las severidades eventuales y las injusticias de la misma. La seguridad de la justicia formal del juez está para nosotros por encima de las ventajas de una justicia material incalculable, tras la cual puede ocultarse fácilmente la arbitrariedad.

He concluído aquí mis explicaciones sobre la forma del derecho. Ellas nos han mostrado cómo

- 1) la fuerza se eleva del mandato individual al mandato abstracto: la norma, y cómo luego
- 2) la norma unilateral asciende a la condición de norma obligatoria bilateral: el derecho, y cómo
- 3) el derecho crea de sí mismo el mecanismo para su realización (administración de la justicia).

Reunidos estos tres elementos, se presenta el cuadro que hemos adquirido hasta aquí del derecho como mecanismo estatal para el fin de la realización de las normas coactivas reconocidas en lo sucesivo como obligatorias por el poder público (también para él mismo).

De la forma del derecho pasamos ahora al contenido o, como el contenido es determinado simplemente por el fin, al fin del derecho.

Juris conditores l. 12. **Cod. de legib.** (l. 14), **Quibus permissum est jura condere** Gaj. I, 6. A eso se refiere el **inter aequitatem jusque interposita interpretatio** del l. 1 **Cod. de leg.** (l. 14), por el cual Constantino suprimió la institución. La esencia de la misma es reproducida en pocas palabras: poder legislativo para el caso particular (sometido a la justicia), justicia individualizadora en oposición a la abstracta por la ley.