

Documentos

UN MODELO DE CONSTITUCIÓN*

FRIEDRICH A. HAYEK

«En todo caso, ha de ser conveniente saber qué es lo más perfecto en la especie, a fin de que podamos aproximar lo más posible a ello las constituciones o formas de gobierno existentes mediante cambios e innovaciones tan suaves que no provoquen grandes trastornos en la sociedad.»

DAVID HUME¹

El giro equivocado del desarrollo de las instituciones representativas

¿Qué se puede hacer hoy, a la luz de la experiencia, para alcanzar aquellos fines que hace unos doscientos años los Padres de la Constitución de los Estados Unidos de América trataron por primera vez de asegurar mediante una construcción deliberada? Aunque nuestros objetivos pueden seguir siendo los mismos, tendremos que haber aprendido mucho de este gran experimento y de sus numerosas imitaciones. Ahora sabemos por qué se frustró la esperanza de los autores de aquellos documentos, es decir el poder limitar efectivamente con ellos los poderes del gobierno. Esperaban que con la separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial podían someter el gobierno y los individuos a las normas de recta conducta. Difícilmente habrían podido prever que, una vez confiada al cuerpo legislativo también la dirección del gobierno, la tarea de dictar normas de recta conducta y la de dirigir precisas actividades del gobierno para fines específicos se habrían confundido irremisiblemente y que por «ley» no se entenderían ya tan

* *Derecho, legislación y libertad*, 2014, 2.ª ed., Unión Editorial, Capítulo XVII, pp. 473-493.

¹ David Hume, *Essays*, Parte II, Essay XVI, «The Idea of a Perfect Commonwealth» [trad. esp. en *Ensayos políticos*, Unión Editorial, Madrid, 1975, p. 168].

sólo las normas universales y uniformes de recta conducta, destinadas a limitar toda coacción arbitraria. Por consiguiente, jamás alcanzaron aquella separación de poderes a que aspiraban. En cambio, en Estados Unidos produjeron un sistema según el cual, a menudo a costa de la eficiencia del gobierno, el poder de organizar y dirigir el gobierno estaba repartido entre el ejecutivo y una asamblea legislativa, elegidos en periodos distintos y según principios diversos, y por lo tanto con frecuencia en mutuo desacuerdo.

Ya hemos visto que el deseo de confiar tanto la emanación de normas de recta conducta como la dirección del gobierno a organismos representativos no significa que ambos poderes tengan que ser conferidos al mismo organismo. La posibilidad de una solución distinta del problema² se halla de hecho sugerida en una fase anterior del desarrollo de las instituciones representativas. El control de la conducta del gobierno se había fijado, por lo menos al principio, a través del control del presupuesto. En una evolución que se inició en Gran Bretaña ya a finales del siglo XIV el poder de controlar el presupuesto del gobierno fue pasando progresivamente a la Cámara de los Comunes. A finales del siglo XVII, si no antes, la Cámara de los Lores concedió definitivamente la competencia exclusiva sobre las «leyes financieras» a la Cámara de los

² La idea de una reconstrucción de las asambleas representativas me ha venido ocupando desde hace mucho tiempo, y la he esbozado por escrito en numerosas ocasiones. La primera creo que fue en un discurso sobre «New Nations and the Problem of Power», publicado en *Listener*, número 64, Londres, el 10 de noviembre de 1960. Véase también «Libertad bajo la Ley», en *Orientación Económica*, Caracas, abril de 1962; «Recht, Gesetz und Wirtschaftsfreiheit», en *Hundert Jahre Industrie- und Handelskammer zu Dortmund 1863-1963* (Dortmund, 1963, reproducido en *Frankfurter Allgemeine Zeitung* el 1 y 2 de mayo 1963, y en mi obra *Freiburger Studien*, Tubinga, 1969); «The Principles of a Liberal Social Order», *Il Politico*, diciembre 1966 [en esp.: *Principios de un orden social liberal*, Unión editorial, 2001], reimpresso en *Studies in Philosophy, Politics and Economics* (Londres y Chicago, 1967); «Die Anschauungen der Mehrheit und die zeitgenössische Demokratie», *Ordo* 15/16 (Dusseldorf, 1963); «The Constitution of a Liberal State», *Il Politico* 31, 1967; *The Confusion of Language in Political Thought* (Institute of Economic Affairs, Londres, 1968) y, por último, *Economic Freedom and Representative Government* (Institute of Economic Affairs, Londres, 1973). La mayor parte de los trabajos más recientes sobre este tema han sido recogidos en mi obra *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas* (Londres y Chicago, 1977). Mis últimas reflexiones a este respecto quedan recogidas en *Three Lectures on Democracy, Justice and Socialism* (Sydney, 1977), obra de la que existen traducciones al alemán, español [*Democracia, Justicia y Socialismo*, Unión Editorial, 3.ª ed., 2005] y portugués.

Comunes, al tiempo que la primera, como corte suprema del país, conservaba aún el control final sobre el desarrollo de las normas de la *common law*. Nada era más natural que conceder a la Cámara de los Comunes el control exclusivo sobre el comportamiento corriente del gobierno, mientras que la otra Cámara tendría a su vez el derecho exclusivo de modificar mediante los *statutes* las normas sancionables de recta conducta.

Semejante desarrollo no era posible mientras la Cámara de los Lores representaba a una pequeña clase privilegiada. Pero, en principio, una división por funciones en vez de por clases representadas habría llevado a una situación en la que la Cámara de los Comunes habría obtenido un poder total sobre el aparato de gobierno y sobre todos los medios materiales puestos a su disposición, aunque sólo habría podido recurrir a la coacción dentro de los límites de las normas dictadas por la Cámara de los Lores. Los Comunes habrían sido totalmente libres de organizar y dirigir las funciones propias del gobierno. Habría podido dictar cualquier norma sobre la que se hubieran puesto de acuerdo para guiar las acciones de los empleados del gobierno referentes a la propiedad del estado. Pero ni ellos ni sus funcionarios habrían podido obligar a los ciudadanos privados a no ser para hacerles observar normas reconocidas o dictadas por la Cámara Alta. Habría sido pues perfectamente lógico que los asuntos ordinarios del gobierno fueran gestionados por un comité de la Cámara Baja, o más bien de su mayoría. Este gobierno, en lo tocante a sus poderes sobre los ciudadanos, habría estado completamente sometido a una ley que no habría podido modificar para satisfacer sus propios fines.

Esta separación de funciones habría necesitado y gradualmente producido una neta distinción entre normas de recta conducta e instrucciones destinadas al gobierno. Pronto se habría sentido la necesidad de una autoridad judicial superior, capaz de zanjar las controversias entre ambos órganos representativos, y de este modo se habría ido estableciendo gradualmente una distinción aún más precisa entre ambos tipos de normas: el derecho privado (incluido el penal) y el público, que ahora se confunden en cuanto se designan con el mismo término «derecho» (*law*).

En lugar de este progresivo esclarecimiento de la distinción fundamental, la combinación de tareas completamente diferentes

en manos del mismo órgano ha generado una creciente ambigüedad en el concepto de ley. Ya vimos que la distinción no es fácil y plantea problemas difíciles incluso a los juristas modernos. Pero no se trata de una tarea imposible, aunque una solución plenamente satisfactoria puede precisar de un mayor conocimiento por nuestra parte. A través de tales progresos es como se ha desarrollado todo el derecho.

El valor de un modelo de constitución ideal

Suponiendo que pueda trazarse una línea divisoria entre ambos tipos de normas que hoy conocemos con el nombre de «ley», su significado resultará más claro si describimos con suficiente precisión un modelo constitucional que garantice una auténtica separación de poderes entre dos organismos representativos diferentes, de tal suerte que dictar leyes en sentido estricto y gobernar en sentido propio se realizaran desde luego democráticamente, pero por dos organismos distintos y recíprocamente independientes. Mi objetivo no es proponer un esquema constitucional de aplicación inmediata. Tampoco pretendo proponer que algún país con una tradición propia ya establecida tenga que sustituir su propia constitución por otra redactada en los términos que aquí sugiero. En todo caso, los principios generales que fueron expuestos en páginas anteriores quedarán mejor perfilados si se enmarcan dentro de un modelo de constitución; y existen aún otras dos razones que abogan por semejante modelo.

En primer lugar, hay muy pocos países en el mundo que tengan la suerte de poseer una fuerte tradición constitucional. En realidad, además de los países anglosajones, acaso sólo los pequeños países del Norte de Europa y Suiza tienen una tal tradición. La mayor parte de los demás países jamás ha conservado una constitución durante el tiempo suficiente para convertirla en una tradición profundamente enraizada; muchos de ellos carecen del trasfondo de tradiciones y creencias que en países más afortunados han permitido el funcionamiento de constituciones que no afirmaban explícitamente muchas cosas que daban por supuestas, o incluso constituciones que no existían en forma escrita. Esto

puede afirmarse con mayor razón de aquellos países nuevos que, sin tradición alguna que ni siquiera lejanamente se acerque a la del ideal del estado de derecho, durante tanto tiempo elaborado por las naciones europeas, han tomado de estas últimas las instituciones de la democracia sin los fundamentos de creencias y convicciones que estas instituciones suponen.

Para que tales intentos de transplantar una democracia no fracasen, es preciso especificar en instrumentos de gobierno determinados ese trasfondo de tradiciones y creencias no escritas que en las democracias que funcionan limitaron durante largo tiempo el abuso del poder de la mayoría. El que la mayor parte de tales intentos hayan fracasado tan rotundamente no demuestra que los conceptos básicos de la democracia sean inaplicables, sino tan sólo que esas particulares instituciones que en Occidente funcionaron bastante bien suponen la aceptación tácita y la observación de algunos otros principios que, allí donde todavía no son reconocidos, deberían formar parte de la constitución escrita. No tenemos ningún derecho a pensar que las específicas formas de democracia que han funcionado entre nosotros puedan funcionar de la misma manera en otra parte. La experiencia parece demostrar precisamente lo contrario. Es, pues, urgente preguntarse cómo introducir explícitamente en otras constituciones aquellos conceptos que en nuestras constituciones representativas implícitamente se dan por supuestos.

En segundo lugar, los principios contenidos en el esquema que hay que adoptar pueden ser relevantes en relación con los esfuerzos de nuestra época de crear instituciones supranacionales. Parece existir un sentimiento creciente de que podemos esperar construir un cierto derecho internacional, pero es dudoso que se pueda o se deba crear un gobierno supranacional, al margen de algunos organismos que presten determinados servicios. En todo caso, debe quedar bien claro que para que estos esfuerzos no fracasen, o incluso no sean nocivos, estas instituciones supranacionales deberán durante algún tiempo limitarse a impedir que los gobiernos nacionales cometan acciones lesivas a otros países, pero sin que tengan poder para ordenarles que hagan determinadas cosas. Muchas de las comprensibles objeciones contra la entrega a una autoridad internacional de poder para dictar órdenes dirigidas a

los distintos gobiernos nacionales podrían eliminarse si esta nueva autoridad se limitara a establecer normas generales que prohibieran únicamente ciertos tipos de acciones de los estados miembros o de sus ciudadanos. Pero para conseguir esto, es aún preciso ver cómo el poder legislativo, en el sentido en que lo entendían quienes propugnaban la separación de poderes, puede separarse eficazmente de los poderes de gobierno.

Los principios básicos

La cláusula fundamental de este modelo de constitución debería afirmar que en tiempos normales, y al margen de ciertas emergencias claramente definidas, sólo podría impedirse a los hombres que hicieran lo que quisieran u obligarles a ejecutar determinadas acciones, en consonancia con las normas reconocidas de recta conducta, concebidas para definir y proteger el ámbito de la libertad individual. Este conjunto de normas aceptadas sólo puede ser modificado por la que llamaré Asamblea Legislativa. En general, ésta sólo tendrá poder si demuestra su intención de ser justa, comprometiéndose con normas universales, aplicables a un número indefinido de casos futuros pero sobre las que no tendrá poder en lo que respecta a la aplicación de las mismas. La cláusula fundamental debería contener una definición de todo lo que puede ser ley en este sentido estricto de *nomos*, que permita a los tribunales decidir si una resolución particular de la Asamblea Legislativa posee las propiedades formales para ser ley en tal sentido.

Ya hemos visto que esta definición no puede fundamentarse únicamente en criterios lógicos, sino que exige que las normas puedan aplicarse a un número indefinido de casos futuros, que fomenten la formación y el mantenimiento de un orden abstracto cuyos contenidos concretos son imprevisibles, pero no la consecución de objetivos particulares y concretos, y, finalmente, que excluyan todas las medidas concernientes principalmente a individuos o grupos claramente identificables. La misma debería reconocer también que, aunque los cambios del conjunto reconocido de las normas de recta conducta existentes son competencia exclusiva de la Asamblea Legislativa, el conjunto inicial de tales normas debería incluir

no sólo lo producido por la legislación anterior, sino también aquellos conceptos que aún no han sido articulados y que están implícitos en pasadas decisiones; conceptos que deberían vincular a los tribunales, cuya función debería consistir en explicarlos.

La cláusula fundamental no definiría las funciones de gobierno sino sólo los límites de sus poderes coactivos. Aunque restrinja los medios que el gobierno puede emplear para prestar servicios a los ciudadanos, no pondría límites directos al contenido de esos servicios. Sobre este tema volveré cuando me ocupe de las funciones de la Asamblea Gubernativa.

Esta cláusula, por supuesto, debería conseguir por sí sola más de lo que las tradicionales Declaraciones de Derechos pretendían asegurar, y haría por lo tanto innecesaria cualquier enumeración separada de los fundamentales derechos especiales protegidos. Esto salta a la vista si recordamos que los Derechos del Hombre tradicionales como: libertad de palabra, de prensa, de religión, de reunión, de asociación, o la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, etc., no pueden ser y nunca han sido derechos absolutos no limitables por normas de ley generales. Desde luego que libertad de palabra no significa libertad de difamación, calumnia, incitación al crimen o de causar pánico por falsas alarmas, etc. Todos estos derechos están protegidos tácita o expresamente contra las restricciones únicamente si son «conformes con la ley» Pero esta limitación, como se ha demostrado con toda claridad en los últimos tiempos, tiene sentido y no priva de eficacia a la protección de estos derechos frente a la «legislatura» tan sólo si no se entiende por «ley» toda resolución debidamente aprobada por una asamblea parlamentaria, sino sólo aquellas normas que pueden definirse como leyes en el sentido estricto que aquí hemos enunciado.

Los derechos fundamentales protegidos tradicionalmente por la Declaración de Derechos no son los únicos que tienen que ser protegidos si se quiere evitar el poder arbitrario, ni tampoco pueden enumerarse exhaustivamente los derechos esenciales que constituyen la libertad individual. Como vimos anteriormente, aunque los esfuerzos para ampliar el concepto a los que hoy se conocen con el nombre de derechos económicos y sociales no hayan ido en la buena dirección (véase el apéndice al Capítulo IX), existen muchos despliegues imprevisibles de la libertad que merecen la misma protección que

los enumerados en las diversas Declaraciones de Derechos. Los mencionados explícitamente se han visto amenazados en determinados periodos, o parece que necesitan protección para que el gobierno democrático pueda funcionar. Pero destacarlos en cuanto especialmente protegidos da a entender que en otros campos el gobierno puede emplear la coacción sin verse ligado por normas generales.

Esta, realmente, ha sido la razón de que quienes concibieron originariamente la Constitución americana no incluyeran una Declaración de Derechos y de que, cuando se añadió la Enmienda Novena, ineficaz y casi olvidada, sostuvo que «la enumeración de algunos derechos que se hace en la Constitución no podrá interpretarse de manera que sean negados o menospreciados otros derechos que poseen los ciudadanos». La enumeración de derechos particulares protegidos frente a su violación «a no ser de acuerdo con la ley» parece implicar que en otros campos la legislatura es libre de limitar o constreñir a la gente sin comprometerse con una norma general. La extensión del término «ley» a casi todas las resoluciones de la legislatura ha privado de sentido incluso a esta protección. Sin embargo, el fin de una constitución es precisamente evitar todas las limitaciones y coacciones arbitrarias de los derechos, aunque provengan de los órganos legislativos. Como ha subrayado un conocido jurista suizo³, las nuevas posibilidades creadas por los desarrollos tecnológicos en el futuro pueden hacer que otras libertades sean incluso más importantes que las protegidas por los tradicionales derechos fundamentales.

Lo que los derechos fundamentales pretenden proteger es simplemente la libertad individual, es decir la ausencia de coacción arbitraria. Ello implica que la coacción se emplee sólo para hacer observar las normas universales de recta conducta que protegen la esfera individual, y recaudar los medios necesarios para los servicios que presta el gobierno; y puesto que esto supone que al individuo sólo se le puede limitar en aquellos comportamientos que pueden violar la esfera protegida de las libertades de los demás, en tal caso sería completamente libre en todas las acciones que se

³ Z. Giacommetti, *Der Freiheitskatalog als Kodifikation der Freiheit* (Zurich, 1955).

refieren exclusivamente a su esfera privada y la de otras personas responsables que lo aceptan, y por lo tanto se le garantiza toda la libertad que es posible garantizar mediante la acción política. Otra cuestión que habremos de considerar más adelante es si se puede suspender temporalmente esta libertad, en caso de que se vean amenazadas las instituciones encargadas de preservarla a largo plazo, y cuando resulta necesario unirse en una acción común para el fin supremo de defenderlas, o para alejar algunos peligros comunes a toda la sociedad.

Los dos cuerpos representativos con funciones diferentes

No es nueva la idea de confiar la tarea de dictar normas generales de recta conducta a un órgano distinto de aquel al que se le confía la función de gobierno. Algo por el estilo intentaron los antiguos atenienses cuando permitieron sólo a los *nomothetae*, un órgano distinto, cambiar el *nomos* fundamental⁴. Puesto que *nomos* es poco más o menos el único término que ha conservado, por lo menos aproximadamente, el significado de normas generales de recta conducta, y el término *nomothetae* se introdujo en un contexto parecido en la Inglaterra del siglo xvii⁵ y luego por J. Stuart Mill⁶, conviene emplearlo de vez en cuando para designar aquel órgano puramente legislativo preconizado por los defensores de la separación de poderes y por los teóricos de la *rule of law* o imperio de la ley siempre que se precisa distinguirlo netamente del segundo órgano representativo que aquí denomino Asamblea Gubernativa.

Esa Asamblea Legislativa podría controlar eficazmente las decisiones de un organismo gubernativo igualmente representativo, siempre que no tuviera el mismo tipo de composición. En la práctica, es preciso que ambas asambleas no sean elegidas de la misma manera y por el mismo periodo. Si dos asambleas tuvieran sólo dos

⁴ Véase A. R. W. Harris, «Law Making at Athens at the End of the Fifth Century B. C.», *Journal of Hellenic Studies*, 1955, así como las referencias allí contenidas.

⁵ E. G. Philip Hunton, *A Treatise on Monarchy* (Londres, 1943), p. 5. J. S. Mill, *Considerations on Representative Government* (Londres, 1861), cap. 5.

⁶ J. S. Mill, *Considerations on Representative Government* (Londres, 1861), cap. 5.

funciones distintas, pero estuvieran compuestas aproximadamente en la misma proporción de representantes de los mismos grupos, especialmente partidos, el legislativo generaría simplemente aquellas leyes que el órgano de gobierno deseara, como si formara una sola cosa con el otro organismo.

Las funciones distintas exigen que las distintas asambleas representen las opiniones de los electores de forma diversa. Para los objetivos del gobierno propiamente dicho parece deseable que encuentren expresión los deseos concretos de los ciudadanos, o, en otras palabras, que estén representados los intereses particulares. Para el funcionamiento del gobierno, se precisa claramente una mayoría comprometida con un programa de acción y «capaz de gobernar». Por otra parte, la legislación propiamente dicha no debería obedecer a los intereses sino a las opiniones, es decir a las ideas sobre qué *tipo* de acción es justo o equivocado, no como instrumento para alcanzar fines particulares sino como norma permanente y que no tenga en cuenta los efectos sobre grupos o individuos particulares. Para elegir a alguien capaz de ocuparse con eficacia de sus intereses particulares, o bien personas de confianza que hagan respetar imparcialmente la justicia, el pueblo elegiría a personas muy diferentes. En efecto, la eficacia en el primer tipo de funciones exige cualidades muy distintas de la probidad, la sabiduría, el buen juicio que son de capital importancia en el segundo.

El sistema de elección periódica de todo el cuerpo representativo es apropiado no sólo para hacerle sensible a los deseos fluctuantes del electorado, sino también para hacer que se organicen en partidos y que dependan de los fines concordantes entre partidos comprometidos en sostener intereses particulares y determinados programas de acción. Pero también obliga en efecto al diputado particular a someterse a la disciplina de partido para obtener el apoyo necesario para su reelección.

No es razonable esperar de una asamblea parlamentaria encargada de ocuparse de los intereses particulares las cualidades que los teóricos clásicos de la democracia esperaban de una muestra representativa del pueblo en su conjunto. Lo cual no significa que, si se le hubiera pedido al pueblo elegir representantes que no puedan concederle favores particulares, no podría verse inducido a responder designando a aquellos cuyos juicios le merecen mayor

respeto, especialmente si puede elegir entre personas que ya tienen una reputación en la vida ordinaria.

Lo que parece necesario para los objetivos de la legislación propiamente dicha es una asamblea de hombres y mujeres relativamente maduros, elegidos por periodos bastante largos, por ejemplo quince años, de modo que no estén preocupados por ser reelegidos, y tras ese periodo, para hacerles completamente independientes de la disciplina de partido, no deberían ser reelegibles ni verse obligados a volver a ganarse la vida en el mercado, sino que debería garantizárseles un empleo público continuado en posiciones honoríficas pero neutras, como «jueces laicos», de tal modo que durante su cargo de legisladores no dependan del apoyo del partido ni se preocupen de su futuro personal. Para asegurar todo esto, sólo debería ser elegida gente que haya demostrado su propio valor en la vida privada y profesional, y, para evitar al mismo tiempo que la asamblea tenga una proporción demasiado elevada de personas ancianas, sería acaso conveniente basarse en una antigua experiencia según la cual los coetáneos de una persona son sus jueces más justos, y que todo grupo de personas de la misma edad, una vez en la vida, por ejemplo al cumplir los 45 años, elijan entre ellas a los representantes destinados a permanecer en el cargo durante 15 años.

El resultado sería una asamblea legislativa de hombres y mujeres entre los 45 y los 60 años, un décimo quinto de los cuales sería sustituido cada año. El conjunto reflejaría así aquella parte de la población que ya ha acumulado experiencia y que ha tenido oportunidad de ganarse una reputación, pero que todavía se encuentra en sus mejores años. Conviene notar que, aunque no estuviera representada aquella parte de la población por debajo de los 45 años, la media de los miembros de esa asamblea tendría 52 años y medio, inferior a la de muchos organismos representativos, aun cuando la fuerza de los más ancianos se mantuviera constante sustituyendo las bajas por muerte o enfermedad, lo cual en el curso normal de los acontecimientos no parece que fuera necesario y sólo aumentaría la proporción de los que tienen menor experiencia legislativa.

Se podría echar mano de algunas otras salvaguardias para asegurar la independencia de estos *nomothetae* frente a la presión de los

intereses particulares o partidos organizados. Las personas que ya han pertenecido a la Asamblea Gubernativa o a las organizaciones de partido no podrían ser elegidas para la Asamblea Legislativa. Incluso en el caso de que muchos miembros tengan vínculos con ciertos partidos, existirían escasos incentivos para seguir las instrucciones de la dirección de los partidos y del gobierno en el poder.

Los miembros podrían ser apartados de su cargo por graves motivos de conducta o por negligencia, por un grupo de sus pares actuales o anteriores, según los principios que hoy se aplican a los jueces. Garantizarles al finalizar su mandato y hasta la edad de la jubilación (es decir, entre los 60 y los 70 años) un cargo honorífico como el de miembros laicos de un tribunal judicial sería un factor importante que contribuiría a su independencia. En efecto, sus honorarios podrían fijarse por la constitución con referencia a cierto porcentaje (por ejemplo) de los 20 puestos mejor pagados en la estructura del gobierno.

Puede pensarse que semejante posición sería considerada por todos los grupos de edad como una especie de premio concedido a los contemporáneos más respetados. Como la Asamblea legislativa no sería muy numerosa, serían pocos los individuos elegidos cada año. Esto podría aconsejar emplear un método de elección indirecto, con delegados nombrados regionalmente que eligen entre ellos los representantes. Este ulterior incentivo incitaría a toda circunscripción a nombrar como delegados a personas de tal posición que tengan las mejores posibilidades de ser elegidos en la segunda votación.

A primera vista podría parecer que esta asamblea puramente legislativa tiene poco que hacer. Si pensamos exclusivamente en aquellas funciones que hemos venido subrayando, en particular en la revisión del derecho privado (incluidos el mercantil y el penal), parece que éstas sólo precisarían acciones muy de tarde en tarde, sin que sean suficientes para dar una ocupación continua a un grupo elegido de personas muy competentes. Pero esta primera impresión es errónea. Aunque hayamos empleado como ejemplo el derecho privado y penal, conviene recordar que todas las normas de conducta sancionables legalmente deberían contar con la aprobación de esta asamblea. Aunque a lo largo de este libro hayamos tenido pocas oportunidades de fijarnos en los detalles de estas

cuestiones, hemos sin embargo destacado repetidamente que tales funciones comprenden no sólo los principios fiscales sino también aquellas normas sobre seguridad e higiene, incluidas las reglamentaciones para la producción, que deben aplicarse en interés general y deberían dictarse en forma de normas generales. Esto comprende no sólo lo que suele llamarse legislación sobre seguridad, sino también el difícil problema de crear un marco de referencia adecuado para un mercado competitivo que funcione, así como el derecho societario que mencionamos en el último capítulo.

Tales materias fueron en el pasado ampliamente delegadas por la legislatura, que carecía de tiempo para considerar atentamente cuestiones a menudo muy técnicas, por lo que fueron confiadas a la burocracia o a organismos especiales creados al efecto. No cabe duda de que a una «legislatura» que se ocupe principalmente de los urgentes problemas de gobierno le resultará ciertamente difícil prestar a estas cuestiones la atención que precisan. Sin embargo, se trata de problemas no de administración sino de legislación propiamente dicha, y el peligro de que la burocracia, si le son delegadas las funciones correspondientes, asuma poderes esencialmente arbitrarios y discrecionales, es considerable. No hay motivos intrínsecos para que la regulación de estas materias no tenga la forma de normas generales (como sucedía en Gran Bretaña hasta 1914), siempre que el legislativo intentara hacerlo seriamente, en lugar de considerar el punto de vista y el interés de administradores ambiciosos de adquirir poder. Probablemente la mayor parte de los poderes adquiridos por la burocracia, y que de hecho son incontrolables, son fruto de la delegación por parte del legislativo.

Aunque no me preocupa mucho el hecho de que los miembros de la legislatura no tenga una ocupación adecuada, añadiré que no considero un mal, sino más bien algo positivo, el que un grupo selecto de hombres y mujeres, que se han ganado ya una reputación en la vida ordinaria, se liberen durante una parte de su vida de la necesidad o el deber de ocuparse de las tareas que les imponen las circunstancias, de suerte que puedan reflexionar sobre los principios de gobierno, o que puedan ocuparse de cualquier otra causa que consideren importante. Para que el espíritu público pueda expresarse en aquellas actividades voluntarias en las que se manifiestan nuevos ideales, es esencial que un pequeño número

de personas disponga del necesario tiempo libre. Tal era en otro tiempo la función del hombre acomodado, y aunque yo opino que se trata de una tesis a favor de su mantenimiento, no hay motivo para que este tipo de personas sean las únicas que tengan semejante oportunidad. Si quien se ha hecho acreedor a la mayor confianza de sus contemporáneos pudiera dedicar libremente una parte sustancial de su tiempo a tareas de su elección, podría contribuir de manera notable al desarrollo de aquel «sector voluntario» que tan necesario es para que el gobierno no asuma un poder opresivo. Si la posición de un miembro del legislativo no resultara ser demasiado onerosa, debería sin embargo tener honor y dignidad, de modo que en algunos aspectos los miembros de este organismo elegido democráticamente podrían tener el papel de *honorarios*, según la definición de Max Weber, es decir personajes públicos e independientes que, a parte de su función de legisladores, y sin lazos de partido, pudieran estar al frente a muchas asociaciones voluntarias.

En lo que atañe a la tarea principal de estos *nomothetae*, se puede pensar que el mayor problema no sería si tienen o no bastante trabajo, sino más bien si hubiera un incentivo suficiente para hacerlo. Podría temerse que precisamente la independencia de que gozarían podría inducirlos a ser perezosos. Aunque no considero probable que personas que se han distinguido en la vida activa y cuya posición vendría a basarse en la reputación pública, una vez elegidos por 15 años para un cargo prácticamente inamovible, descuidara hasta tal punto sus deberes, sin embargo podrían adoptarse medidas semejantes a las que se aplican hoy a los jueces. Aunque los *nomothetae* tienen que ser completamente independientes de la organización del gobierno, podría haber una especie de supervisión por parte de un senado formado por antiguos miembros que, en caso de negligencia, estaría autorizado a destituir a los representantes. Sería este órgano, al finalizar el cargo de los miembros de la Asamblea Legislativa, el que debería asignar la posición de cada uno, desde la de presidente del Tribunal Constitucional a la de asesor profano de algún órgano judicial inferior.

Sin embargo, la constitución debería guardarse de la eventualidad de que una Asamblea Legislativa sea completamente inactiva, previendo que, mientras tendría el poder exclusivo de emanar

normas generales de conducta, este poder podría pasar temporalmente a la Asamblea Gubernativa en caso de que la primera no respondiera en un razonable lapso de tiempo a la exigencia de legiferar sobre un determinado problema. Esta medida constitucional, por el simple hecho de existir, probablemente no haría necesario invocarla. El celo de la Asamblea Legislativa será suficiente para garantizar que responderá en un lapso razonable de tiempo a los problemas de recta conducta planteados.

Otras observaciones sobre la representación por grupos de edad

Aunque lo que realmente interesa para el tema principal de este libro sea el principio general del modelo de constitución que proponemos, el método de representación por generaciones propuesto para la Asamblea Legislativa ofrece tantas posibilidades interesantes para el desarrollo de las instituciones democráticas que bien merece la pena profundizar en su elaboración. El hecho de que los miembros de cada clase de edad sepan que un día tendrán una función común y constante que desarrollar puede dar origen a la creación de clubes locales de coetáneos, y puesto que ello contribuiría a la adecuada preparación de los candidatos, esta tendencia podría merecer un apoyo público, al menos proporcionando salas de reunión y otras estructuras que faciliten el contacto entre los grupos de distintas localidades. La existencia en cada localidad de uno de estos grupos para toda clase, asistido y reconocido públicamente, puede contribuir también a evitar la división de los grupos según líneas de partido.

Estos clubes de coetáneos podrían formarse al finalizar el colegio, cuando la correspondiente generación entra en la vida pública, por ejemplo a la edad de 18 años. Acaso sería más interesante si los hombres de una clase se reunieran con mujeres 2 o 3 años más jóvenes. Esto se podría obtener, sin ninguna discriminación legal objetable, permitiendo a hombres y mujeres entrar a la edad de 18 años en el club recién formado o en los de los 2 ó 3 años anteriores. En este caso probablemente los hombre preferirán entrar en su nuevo club, mientras que las mujeres preferirán hacerlo en un club iniciado algún año antes. Esta elección implicaría naturalmente que

quien opta por una clase de edad superior pertenecerá a ella permanentemente, y votará por el delegado y será elegible como delegado o representante antes de lo que sucedería en otro caso.

Estos clubes, al acercar a coetáneos de todas las clases sociales y mantener los contactos entre los que fueron juntos al colegio (y acaso coincidieron en el servicio militar) pero que ahora han tomado caminos diferentes, proporcionaría un vínculo realmente democrático porque permitiría contactos que pasan por todas las demás estratificaciones, y educarían y darían un incentivo al interés por las instituciones públicas, así como un entrenamiento para los procedimientos parlamentarios. Proporcionarían también un canal para expresar la disconformidad de quienes aún no se hallan representados en la Asamblea Legislativa. También podrían convertirse ocasionalmente en una plataforma para los debates de partido, y tendrían la ventaja de que quien se inclina por los distintos partidos se verá inducido a discutir con los demás, despertando en él la conciencia de la tarea común de representar la visión de su generación y posteriormente de cualificarse para un futuro cargo público.

Aunque ante todo sean miembros del grupo local, los miembros deberían tener derecho a formar parte como visitantes de los clubes de la propia clase de edad en localidades distintas de la propia residencia habitual; y si se supiera que en cada localidad una clase particular se reuniera regularmente a una hora y en un lugar determinados (como ocurre con los rotarios y otras organizaciones parecidas), puede ser un medio importante de contactos entre distintas localidades. En otros muchos aspectos, estos clubes introducirían un importante elemento de coherencia social, especialmente en la estructura de la sociedad urbana, y contribuirían grandemente a reducir la distinción por clases y profesiones.

La rotación de la presidencia de estos clubes daría a sus miembros la oportunidad de conocer las cualidades de los candidatos potenciales; en el caso de las elecciones indirectas, esas oportunidades pueden basarse en conocimientos personales incluso en el segundo turno, y los delegados que finalmente serán elegidos podrán actuar no sólo como presidentes sino también como portavoces, voluntarios pero oficialmente reconocidos, de los respectivos grupos de edad; una especie de *ombudsmen* honorarios que

protegen los intereses del propio grupo de edad ante las autoridades. La ventaja del desarrollo de estas funciones consistiría en que, en el momento de la votación, es más probable que los miembros elijan a alguien de cuya integridad se fían.

Aunque, tras las elecciones de los representantes, estos clubes tengan pocos encargos oficiales, podrían continuar como medio de control social a los que sería posible dirigirse en caso de tener que reintegrar el número de representantes, si por motivos accidentales éste descendiera muy por debajo del normal; acaso no todo el número originario, pero en todo caso en medida tal que la fuerza numérica de su clase de edad esté convenientemente representada.

La Asamblea Gubernativa

Poco hay que decir de la segunda asamblea, o sea la gubernativa, porque pueden servir de modelo los órganos parlamentarios existentes, desarrollados principalmente para desempeñar funciones de gobierno. No hay motivo para que no se forme según reelecciones periódicas del órgano en su conjunto sobre la base de partidos⁷, y para que la mayor parte de sus asuntos no sean desempeñados por un comité ejecutivo de la mayoría. Éste constituiría el gobierno propiamente dicho y actuaría bajo el control y la crítica de una oposición organizada dispuesta a ofrecer un gobierno alternativo. Por lo que respecta a los posibles métodos de elección, periodo para el que se elige a los representantes, etc., las cuestiones a considerar son poco más o menos las mismas que suelen discutirse corrientemente y sobre las que aquí no es preciso que nos detengamos. Acaso en nuestro esquema más aún que en la realidad actual sería de desear una mayoría efectiva capaz de gestionar el gobierno, en lugar de otra que refleje perfectamente la distribución proporcional de los

⁷ Mientras que, para los fines de la legislación, una división de la asamblea según criterios de partido es absolutamente indeseable, para los fines del gobierno un sistema bipartítico es evidentemente deseable. En ninguno de los dos casos, por tanto, existen razones a favor de la representación proporcional; los argumentos a su favor han sido expuestos claramente en una obra que, por la fecha de su publicación, no recibió la atención que merece: F. A. Hermens, *Democracy or Anarchy* (Notre Dame, Ind., 1941).

diversos intereses de la población, y por lo tanto considero todavía más válida la tesis contraria a la representación proporcional.

La decisiva diferencia entre la posición de esta Asamblea Gubernativa representativa y los organismos parlamentarios actuales sería naturalmente que en todo lo que aquélla decidiera estaría sometida a las normas de conducta dictadas por la Asamblea Legislativa, y que en particular no podría dictar órdenes a los ciudadanos particulares que no deriven directa y necesariamente de las normas establecidas por esta última. En todo caso, dentro de los límites de tales normas, el gobierno sería completamente libre de organizar su aparato y decidir sobre el uso de los recursos materiales y humanos que le han sido confiados.

En lo que atañe al derecho de elegir representantes a la Asamblea Gubernativa, conviene considerar si no adquiere nueva fuerza el viejo argumento según el cual los empleados del gobierno, o quienes de él reciben subsidios u otras ayudas financieras, no deberían tener derecho a voto. El argumento no era decisivo mientras se refería a la votación a una asamblea representativa, cuya función principal debía ser la emanación de normas universales de conducta. Desde luego, un funcionario estatal está en condiciones, como cualquier otro ciudadano, de tener una opinión sobre lo que es justo, y habría sido injusto excluirle de un derecho concedido a muchos otros, menos informados y educados. Pero se convierte en una cuestión totalmente distinta cuando no se trata de una opinión sino de claros intereses en obtener resultados particulares. Aquí ni los instrumentos de la política ni quienes, sin contribuir a aportar los medios, únicamente comparten los resultados, parecen tener los mismos derechos que los ciudadanos privados. No parece que sea una situación ideal el que los funcionarios del estado, los pensionistas, los parados, etc., deban votar sobre cómo deberían ser pagados a costa de los demás, y que su voto se pida con la promesa de aumentar sus ingresos. Tampoco parecería razonable que, además de formular proyectos de acción, los empleados del gobierno tengan voz en capítulo sobre la adopción de sus proyectos, o que quien está sometido a las órdenes de la Asamblea Gubernativa participe en la decisión sobre cuáles deben ser estas órdenes.

La función del mecanismo de gobierno, aunque tenga que operar dentro del marco de referencia de un derecho que no puede

modificar, seguiría siendo considerable. Aunque se mantendría la obligación de no discriminar en la prestación de los servicios, la elección, organización y fines de estos servicios seguirían dándole un notable poder, limitado únicamente porque la coacción, y otros tratamientos discriminantes respecto a los ciudadanos *quedarían* excluidos. A pesar de que el modo de recaudar fondos estaría limitado, la cuantía o los fines generales en que se gastan no lo estarían sino indirectamente.

El Tribunal Constitucional

Todo el dispositivo se basa en la posibilidad de una neta distinción entre normas de recta conducta legalmente sancionables, que la Asamblea Legislativa deberá desarrollar y que son vinculantes tanto para el gobierno como para los ciudadanos, y todas aquellas normas de organización y gestión del gobierno en sentido estricto que, en los límites de la ley, deberían proceder de la Asamblea Gubernativa. Aunque aquí hayamos intentado exponer con toda claridad el principio de la separación de poderes, y aunque la cláusula fundamental de la constitución debería tratar de definir lo que se considera ley en el sentido de normas de recta conducta, en la práctica la aplicación de este principio plantearía sin duda muchos problemas de difícil solución, y sus implicaciones sólo podrían solventarse por los continuos esfuerzos de un tribunal especialmente designado. Los problemas tendrían principalmente la forma de conflicto de competencias entre ambas asambleas, generalmente a través del rechazo por parte de una de ellas de la validez de las resoluciones aprobadas por la otra.

Para dar al tribunal de última instancia la autoridad necesaria en estas materias, y considerando las cualificaciones especiales necesarias de sus miembros, tal vez sería deseable formar un Tribunal Constitucional autónomo. Al parecer, sería conveniente incluir en él, además de jueces de carrera, algunos antiguos miembros de la Asamblea Legislativa, y acaso también de la Gubernativa. En la formación de una jurisprudencia constante, debería estar vinculado por sus decisiones anteriores, al tiempo que cualquier anulación de tales decisiones que se considerara necesaria

debería dejarse al procedimiento de enmienda prevista por la constitución.

El otro punto relativo a este Tribunal Constitucional que aquí convendría destacar es que sus decisiones deberían ser a menudo de tal naturaleza que no establecieran cuál de las dos asambleas es competente para tomar ciertas decisiones, sino que se limitaran a fijar que nadie tiene derecho a tomar medidas coactivas. Esto se aplicaría (excepto en periodos de emergencia, a lo que nos referiremos más adelante) en particular a todas las medidas coactivas no previstas por las normas generales de recta conducta que fueran reconocidas tradicionalmente o explícitamente emanadas de la Asamblea Legislativa.

El esquema propuesto plantea muchos problemas en lo que respecta a la organización de la administración de justicia. Organizar un mecanismo judicial sería, al parecer, una función claramente organizativa y por lo tanto gubernativa; pero ponerlo en manos del gobierno podría *amenazar la completa independencia* de los tribunales. Por lo que respecta al nombramiento y la promoción de los jueces, podrían confiarse a aquel comité de antiguos miembros de la Asamblea Legislativa que, como indiqué, debería establecer el empleo de sus pares como jueces laicos y semejantes. La independencia del juez individual podría garantizarlo el hecho de que su salario se fija del mismo modo que el propuesto para los miembros de la Asamblea Legislativa, es decir como cierto porcentaje de la media de los honorarios de un cierto número de los mejores puestos de gobierno.

Un problema bastante distinto es el referente a la organización técnica de los tribunales, del personal no judicial y de sus necesidades materiales. Parece que organizar todo esto debería ser tarea del gobierno en sentido propio; pero existen buenos motivos para que, en la concepción anglosajona, la concepción de un Ministerio de Justicia responsable de tales asuntos se haya considerado siempre sospechosa. Habría que considerar por lo menos si tal función, que evidentemente no debería ser desempeñada por la Asamblea Legislativa, no podría ser confiada a aquel comité elegido entre sus antiguos miembros al que ya nos hemos referido, y que por tanto se convertiría en el organismo organizativo permanente del poder judicial, que administre para sus fines todo un conjunto de medios financieros asignado por el gobierno.

Todo esto está estrechamente ligado a otra cuestión difícil e importante que aún no hemos tratado, y a la que sólo podemos aludir. Me refiero a la cuestión de la competencia para la emanación del derecho procesal. En general, éste, como todas las normas subsidiarias a la aplicación de la justicia, debería ser cosa de la Asamblea Legislativa, si bien algunos puntos de carácter organizativo que todavía siguen regulados por los códigos procesales pueden considerarse con razón como asuntos de competencia bien de ese órgano especial que proponemos o por la Asamblea Gubernativa. Pero estas son cuestiones técnicas que aquí no podemos tratar a fondo.

La estructura general de la autoridad

La función de la Asamblea Legislativa no debe confundirse con la de un órgano creado para emanar o enmendar una constitución: las funciones de estos dos órganos son completamente distintas. Una constitución en sentido estricto debería estar totalmente integrada por normas de organización, y debería ocuparse de derecho sustancial en el sentido de normas generales de recta conducta enunciando sólo los atributos generales que tales leyes deben tener en orden a autorizar al gobierno a emplear la coacción para su aplicación.

Aun cuando la constitución debe definir qué puede ser derecho sustancial para asignar y limitar los poderes entre las partes que la misma crea, deja que el contenido de este derecho lo desarrollen el poder legislativo y judicial. La constitución es una sobreestructura diseñada para regular el continuo proceso de desarrollo del conjunto existente de leyes, y evitar cualquier confusión entre los poderes del gobierno para hacer observar las normas en que se basa el orden espontáneo de la sociedad, y el uso de los medios materiales confiados a su administración para prestar servicios a los individuos y a los grupos.

No es necesario que nos ocupemos aquí de la discusión sobre el procedimiento más adecuado para fijar y enmendar una constitución. Pero acaso la relación entre el órgano encargado de esta tarea y los establecidos por la constitución puede aclararse ulteriormente diciendo que el esquema propuesto sustituye al actual

ordenamiento de dos niveles por otro de tres: mientras la constitución distribuye y limita los poderes, no debería prescribir de forma positiva cómo esos poderes deben emplearse. El derecho sustancial en el sentido de normas de recta conducta sería desarrollado por la Asamblea Legislativa, limitada en sus poderes sólo por la cláusula de la constitución que define los atributos generales de las normas de recta conducta legalmente sancionables. A su vez, la Asamblea Gubernativa, y el gobierno en cuanto órgano ejecutivo de la misma, estarían en cambio limitados tanto por las normas de la constitución como por las normas de recta conducta emanadas o reconocidas por la Asamblea Legislativa. Eso es lo que significa gobierno sometido a la ley. El gobierno, órgano ejecutivo de la Asamblea Gubernativa, estaría también naturalmente vinculado por las decisiones de esta Asamblea, y por lo mismo podría considerarse como el cuarto orden de toda la estructura, mientras que el quinto sería el aparato administrativo o burocrático.

Si se nos preguntara en qué se basa la «soberanía», la respuesta sería que sobre nada, a no ser temporalmente en el órgano constituyente, o en el órgano encargado de enmendar la constitución. Dado que el gobierno constitucional es un gobierno limitado, *no hay lugar para un órgano soberano*, si por soberanía se entiende poder ilimitado. Ya vimos anteriormente que la idea de que siempre debe existir un poder ilimitado y último es una superstición derivada de la errónea idea de que todas las leyes derivan de las decisiones racionales de un cuerpo legislativo. El gobierno, sin embargo, jamás parte de un estado sin ley; descansa y deriva su apoyo de la expectativa de que hará observar las ideas dominantes relativas a lo que se considera justo.

Podríamos observar que la jerarquía tripartita de la autoridad se halla ligada a los distintos periodos en que se despliegan las tareas de los diversos órganos. En teoría, la constitución debe entenderse como algo perenne, aunque, naturalmente, como todo producto de la mente humana, tendrá defectos que precisarán de correcciones a través de enmiendas. El derecho sustancial, aunque se entienda por un periodo indefinido, precisa de un continuo desarrollo y revisión debido a que surgen problemas nuevos e imprevistos de los que no puede ocuparse adecuadamente el poder judicial. La administración de los recursos encomendada al gobierno con el fin de prestar

servicios a los ciudadanos se refiere, por naturaleza, a problemas del corto plazo, y debe atender a la satisfacción de necesidades particulares, pudiendo disponer no del ciudadano privado sino de los recursos puestos explícitamente bajo su control.

Los poderes en situación de emergencia

El principio básico de una sociedad libre —es decir, que los poderes coactivos del gobierno deben limitarse a la aplicación de normas generales de recta conducta, y que no pueden emplearse para alcanzar objetivos particulares—, si bien es esencial durante el normal funcionamiento de la sociedad, debería suspenderse temporalmente cuando se ve amenazado el mantenimiento a largo plazo de ese orden. Aunque normalmente los individuos sólo se ocupan de sus fines más concretos, y en esta tarea cooperan del mejor modo posible al bienestar común, pueden surgir circunstancias temporales en las que preservar el orden general se convierte en objetivo común fundamental, y en las que, por consiguiente, el orden espontáneo, a escala local o nacional, debe convertirse por un cierto tiempo en organización. Cuando existe la amenaza de un enemigo externo, cuando estalla la rebelión o la violencia arbitraria, o una catástrofe natural exige que se emprenda una acción rápida y se realice con todos los medios disponibles, es preciso conceder a alguien unos poderes de organización coactiva que normalmente nadie posee. Como un animal que huye de un peligro mortal, en tales situaciones la sociedad debe suspender incluso las funciones vitales de las que depende su existencia a largo plazo, si quiere evitar la destrucción.

Las condiciones en que pueden concederse tales poderes de emergencia sin crear el peligro de que se mantengan cuando ya ha pasado la necesidad absoluta es uno de los puntos más complejos sobre los que debe decidir una constitución. Las «situaciones de emergencia» han sido siempre el pretexto para erosionar la salvaguardia de la libertad individual. En efecto, una vez suspendidas las libertades, no es difícil para quien ha asumido los poderes de emergencia hacer que esta situación se mantenga. Ciertamente, si cualquier necesidad de grupos importantes que sólo puede satisfacerse

mediante el ejercicio de poderes dictatoriales constituye una emergencia, toda situación es situación de emergencia. Se ha sostenido con razón que es verdadero soberano todo aquel que tiene poder para proclamar una emergencia y sobre esta base suspender una parte cualquiera de la constitución⁸. Así es, efectivamente, cuando una persona o un grupo puede arrogarse tales poderes declarando el estado de emergencia.

Sin embargo, no es absolutamente necesario que el mismo organismo tenga el poder de declarar la situación de emergencia y al mismo tiempo asumir los poderes correspondientes. La mejor precaución contra su abuso parece ser que la autoridad que puede declarar una situación de emergencia tenga que renunciar a los poderes que normalmente tiene y mantener sólo el derecho de revocarlo en cualquier momento. En el esquema que hemos sugerido, sería evidentemente la Asamblea Legislativa, que no sólo debería delegar algunos de sus poderes al gobierno, sino también otorgar a este último poderes que nadie tiene en circunstancia normales. A este fin, debería existir permanentemente un comité de emergencia de la Asamblea Legislativa, que rápidamente pueda ser convocado en todo momento. El comité tendría el derecho de conceder poderes de emergencia limitados mientras pudiera convocarse toda la asamblea, y decidir sobre la amplitud y la duración de los poderes de emergencia concedidos al gobierno. Si la existencia de la emergencia se confirma, las medidas adoptadas por el gobierno en los límites de los poderes otorgados estarán vigentes, incluidos los mandatos específicos a personas particulares que en tiempos normales nadie tendría el poder de emanar. Pero la Asamblea Legislativa sería en todo momento libre de revocar o limitar las medidas adoptadas por el gobierno, y compensar a quienes, por el interés general, han tenido que someterse a tales poderes extraordinarios.

Otro tipo de emergencia que toda constitución debería prever es la *posibilidad de una laguna en sus propias disposiciones*, por ejemplo cuando surgen cuestiones de autoridad no previstas por

⁸ Carl Schmitt, «Soziologie des Souverainitätsbegriffes und politische Theologie», en M. Palyi (ed.), *Hauptprobleme der Soziologie, Erinnerungsgabe für Max Weber* (Munich, 1923), II, p. 5).

las normas constitucionales. No puede excluirse la posibilidad de que existan tales lagunas, sea cual fuere el esquema constitucional, y por mucho que esté bien concebido: siempre pueden surgir cuestiones que requieren una respuesta rápida y autorizada, si no se quiere que se paralice todo el aparato gubernativo. Sin embargo, aunque alguien pueda tener poder para proporcionar una respuesta momentánea A TALES PREGUNTAS con decisiones ad hoc, éstas deberían mantenerse en vigor sólo hasta que la Asamblea Legislativa, el Tribunal Constitucional o el normal aparato encargado de enmendar la constitución, haya llenado la laguna con una reglamentación adecuada. Hasta ese momento un jefe de estado, que en tiempos normales desempeña una función puramente formal, podría colmar el vacío con medidas provisionales.

La división de poderes financieros

El campo en que la ordenación constitucional aquí diseñada produciría cambios de gran alcance sería el financiero. Es también el campo en que la naturaleza de estas consecuencias mejor puede ilustrarse en un esquema condensado, como es el que aquí se intenta trazar.

El problema central lo plantea el hecho de que la recaudación de impuestos es necesariamente un acto de coacción, por lo que debe efectuarse en consonancia con normas generales dictadas por la Asamblea Legislativa, mientras que la fijación del volumen y de la dirección del gasto es claramente competencia del gobierno. Este esquema requeriría, pues, que las normas uniformes según las cuales los recursos totales a recaudar entre los ciudadanos sean fijadas por la Asamblea Legislativa, mientras que el total del gasto y su dirección debería decidirlo la Asamblea Gubernativa.

Probablemente nada proporcionaría una disciplina más saludable del gasto que la condición de que quien vota a favor de una determinada medida sepa que los costes deberán ser soportados por él y por sus electores de acuerdo con una norma predeterminada que él no puede modificar. Excepto en los casos en que los beneficiarios de un determinado gasto pueden ser claramente identificados (aunque, una vez proporcionado el servicio a todos,

podría suceder que no fuera posible quitárselo a quien no paga voluntariamente por él, y por tanto los costes deberían ser cubiertos colectivamente), como en el caso de un impuesto de circulación para el mantenimiento de las carreteras, o un canon para la recepción de las transmisiones radioeléctricas, o los distintos impuestos locales o municipales para la financiación de determinados servicios, todos los gastos aprobados originarían automáticamente un aumento correspondiente de la carga general de los impuestos para todos, según el esquema general determinado por la Asamblea Legislativa. Por tanto no podría aprobarse ningún gasto basado en la expectativa de que la carga podría descargarse luego sobre otros: cada uno sabría que debería soportar una cuota determinada del gasto total.

Los métodos fiscales corrientes se han pensado en gran medida con el fin de recaudar fondos de tal modo que se cause la menor resistencia o resentimiento por parte de la mayoría que ha aprobado el gasto. Ciertamente tales métodos no se forjaron para garantizar decisiones responsables sobre el gasto, sino, al contrario, para dar la sensación de que el que pagará será otro. Se considera obvio que los métodos impositivos están en relación con el monto a recaudar, ya que en el pasado la necesidad de renta adicional condujo regularmente a la búsqueda de nuevas fuentes fiscales. Los gastos adicionales han planteado siempre la cuestión sobre quién debería pechar con ellos. La teoría y la práctica de la hacienda pública ha estado casi totalmente marcada por el esfuerzo de disimular lo más posible la carga impuesta, y hacer lo menos conscientes posible a quienes tienen que soportarlo. Es probable que la complejidad de la estructura fiscal se deba en gran medida al esfuerzo de persuadir a los ciudadanos a dar al gobierno más de lo que conscientemente habrían consentido.

Distinguir eficazmente la legislación sobre las normas generales a través de las cuales se reparte entre los individuos la carga fiscal de la determinación de la suma total a recaudar exigiría un replanteamiento total de todos los principios de la hacienda pública, y la primera reacción de quien conoce las instituciones existentes sería probablemente considerar este esquema como totalmente inviable. Sin embargo, tan sólo una reconsideración completa del marco institucional de la legislación financiera puede

probablemente impedir la tendencia hacia un aumento continuo y progresivo de aquella parte de la renta de la sociedad controlada por el gobierno. Esta tendencia, si se *deja en libertad, en poco tiempo conducirá a toda la sociedad* bajo el dominio de la organización gubernativa.

Es evidente que la imposición según normas generales no puede tener lugar para cualquier progresión general de la carga fiscal total, aunque, como he expuesto en otra parte⁹, un cierto aumento de los impuestos directos no sólo sería permisible sino necesario para desactivar la tendencia a la regresividad de los impuestos indirectos. También he sugerido algunos principios generales según los cuales se puede limitar la carga impositiva e impedir la transferencia de la misma desde la mayoría a una minoría, pero al mismo tiempo dejar abierta la posibilidad, ciertamente discutible, de una mayoría que conceda ciertas ventajas a una minoría débil.

⁹ Véase mi obra *The Constitution of Liberty [Los fundamentos de la libertad]*, cap. 20.

