

SOBRE EL ESTADO DE DERECHO

Joaquín GARCÍA LABELLA *

I. LA ADMINISTRACIÓN Y LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL **

El problema de las relaciones entre la Administración y la *función jurisdiccional*, está ya planteado desde nuestro punto de vista. Recapitemos un poco. Lo *administrativo*, en cuanto actividad del Estado, se concreta en su aspecto *formal*, en *función de legislar, ejecutar y juzgar*, porque toda actividad del Estado se manifiesta formalmente en esos tres momentos esenciales de la vida del Estado. Lo *administrativo* y lo *jurisdiccional* se encuentran pues, en íntima relación. Unas veces, la actividad administrativa revestirá *forma jurisdiccional*; otras la *función jurisdiccional*, se ejercerá en *materia administrativa*. La Administración necesitará de la función jurisdiccional. La función jurisdiccional necesitará asimismo de la Administración. Pero detellemos un poco estas relaciones.

Así como la función *legislativa* y *ejecutiva* eran posibles, merced a una actividad previa de *carácter administrativo*, la *función jurisdiccional*, necesitará de la Administración para poderse realizar. La *ordenación* de medios de *carácter real* y

* Joaquín García Labella (1905-1936), Licenciado en Derecho por la Universidad de Granada y Doctor por la Complutense, fue discípulo de Fernando de los Ríos y Adolfo G. Posada. Amplió estudios en las Universidades de Burdeos y Londres. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Santiago, fue encarcelado en 1929 bajo el régimen de Primo de Rivera. Posteriormente, en 1931, fue Catedrático de Derecho Político de la Universidad de Granada. Durante el primer bienio republicano ocupó diversos cargos políticos, reintegrándose a su plaza de la Universidad en 1933. Militante de Izquierda Republicana, fue detenido a comienzos de agosto de 1936 y fusilado el día 25 de ese mismo mes junto a su amigo Rubio Callejón, Profesor Adjunto de Derecho Administrativo. Publicó su tesis doctoral, *Un 'punto de vista' para el planteamiento de las relaciones entre la Administración y las funciones legislativa, ejecutiva y jurisdiccional (Apuntes para la sistematización de algunos problemas de Derecho Administrativo)*, Imprenta de P. Ventura, Granada, 1927, 52 págs. y *Nociones de Derecho Político y legislación administrativa (Obra ajustada al programa de 23 de enero de 1933 para las oposiciones a ingreso en el Cuerpo de Abogados del Estado)*, Editorial Reus, Madrid, 1935, 584 págs.

La revista agradece la amabilidad de su hija, Doña Isabel García Fernández-España, por permitirnos reproducir estos textos, así como la disponibilidad del Profesor José Francisco LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, quien nos facilitó sus publicaciones y de cuyo libro *La obra jurídico-administrativa del Profesor García Labella*, Universidad de Granada, Granada, 2000, hemos obtenido los anteriores datos.

** Joaquín GARCÍA LABELLA, *Un 'punto de vista' para el planteamiento de las relaciones entre la Administración y las funciones legislativa, ejecutiva y jurisdiccional (Apuntes para la sistematización de algunos problemas de Derecho Administrativo)*, Imprenta de P. Ventura, Granada, 1927, págs. 42-52. El ejemplar que hemos utilizado está dedicado y dice: "A mi amigo Antonio Rubio, en prueba al fraternal afecto. Joaquín".

de carácter *personal*, para *formar* el organismo judicial, y ya *formado*, *conservarlo* y *perfeccionarlo*, es una actividad *administrativa*, previa en este sentido, a la función *jurisdiccional*. No bastará, el que por todos esté reconocido que es precisa al Estado la función *jurisdiccional*: no bastará que en este sentido el Estado haga una declaración de voluntad. Necesitará, para actuar su función *jurisdiccional*, jueces y tribunales, con todos los demás elementos que aquí, no vamos a reseñar. Pero la Administración le procura todo cuanto le sea preciso para ello. La función *jurisdiccional* está, en este sentido, supeditada a la Administración, puesto que sin la obra de ésta, aquélla no sería posible.

De otra parte, la función *jurisdiccional* se difunde por el propio organismo de la Administración¹, penetra la actividad *ad-cretar* en *forma de función jurisdiccional*. Si la Administración tenía una función *legislativa* y una función *ejecutiva*, tiene también una *función jurisdiccional*. Adviértese —como dice el Sr. Gascón—, “que la Administración adopta decisiones, que tales resoluciones, en las que sienta claramente su posición definitiva frente al particular solicitante o reclamante, aunque sólo quiera estimarse como fijación de actitud de franca avenencia o de resuelta oposición a las quejas del particular, constituyen una verdadera difusión de la función judicial por el órgano de la Administración...”². Si esta actividad administrativa, que aparece en *forma judicial*, es o no *jurisdiccional* por su contenido, es ya otro problema. No lo será para aquellos que (como Gastón Jéze) hacen radicar la esencia de acto *jurisdiccional* en la *fuerza de cosa juzgada*³ que tiene la constatación hecha por el juez. Pero obsérvese, que según tal doctrina, tampoco sería *función jurisdiccional* la que realiza un juez de primera instancia, cuando se apela por las partes su resolución. Si en lugar de esto se acepta que la decisión *jurisdiccional* consiste en una operación lógica, que se resuelve en un silogismo, cuya premisa mayor es la regla jurídica, cuya premisa menor es la constatación del hecho concreto sometido al juez y cuya conclusión es la declaración del derecho pronunciada por éste, no cabe negar que dicha operación lógica se da en la Administración, siempre que ésta *revisa* sus actos, fijando su decisión definitivamente frente al particular reclamante⁴. Desde un punto de vista *formal* no cabe desde

1. Véase POSADA, *Tratado de Derecho Administrativo*, 1923 (1897), pág. 263.

2. *Tratado elemental de Derecho Administrativo*.

3. *Principes generaux de Droit Administratif*, edic. 1904. Véase también *Revue de Droit Public*, 1909, p. 666. Recuérdese que separa la *constatación* de la *decisión*. La primera cuando tiene la fuerza de verdad legal es propiamente el acto *jurisdiccional*. La segunda es sólo un acto administrativo. DUGUIT, rectificando el punto de vista que sostuvo en *L'Etat, le Droit et la loi positive*, pág. 400, entiende en su *Droit Constitutionnel* que hay que unir ambos elementos, v. 2, págs. 330 y siguientes.

4. Constituye esta operación de revisión por la Administración de sus propias decisiones, lo que puede llamarse *potestad jurisdiccional gubernativa*. Quizás pudiera también hablarse, de una *potestad jurisdiccional de competencias*, que se manifiesta en la resolución por la administración, de las que impropiedades se llaman competencias de *jurisdicción*. Obsérvese sin embargo, que las competencias de *jurisdicción*, a diferencia de las *competencias de atribuciones*, no nos presentan una personalidad separada de los órganos contendientes. Si se pudiera hablar de un derecho al cumplimiento de la *función*, por parte de los individuos, que en cuanto funcionarios, recaban para sí el

luego negarlo. También en este punto de vista *formal* se realiza la actividad administrativa en forma *jurisdiccional* siempre que la Administración actúa en ejercicio de su *Potestad correctiva o disciplinaria*.

Pero, de mucho más interés que las relaciones estudiadas, son las que nacen, de la necesidad indiscutible de que la Administración viva un régimen de derecho. Antes de entrar en este tema, y con el fin de que esta última parte de nuestro trabajo siga un desarrollo paralelo a las que le han precedido, conviene un paréntesis para decir unas palabras sobre la diferencia que exista entre la función judicial y la administrativa. No ha de ser muy largo este paréntesis, porque el Sr. Posada⁵ las expone con tanta precisión, que no tenemos sino seguirle fielmente.

Según este autor, la diferencia entre ambas funciones, radica en el objeto distinto de cada una de ellas. Ya nos hemos ocupado repetidamente, de lo que a nuestro juicio es objeto de la función administrativa, y nos podremos ahorrar la repetición. Buscar cual sea el objeto de la *función jurisdiccional* y precisar la naturaleza de la misma, tomando para ello parte en la interesante controversia que sobre el particular sostienen los tratadistas (tan admirablemente reflejada por Duguit en su *Droit Constitutionnel*)⁶, nos haría rebasar los propósitos de este trabajo, cuando puede aceptarse, el concepto que el Sr. Posada formula, en términos de gran amplitud, diciéndonos que “lo judicial se refiere a la vida jurídica del Estado en el respecto de la resolución de contiendas de derechos entre partes, y de la represión de las infracciones legales”⁷.

Diferenciados de este modo los objetos de las *funciones administrativa y jurisdiccional*, la primera consecuencia que puede deducirse, es respecto de la competencia de una y otra. La *competencia* de la primera se refiere a la *ordenación de medios* que posibilita el cumplimiento de los fines del Estado (o bien, según el concepto que de la Administración nos presenta el Sr. Posada, en la *formación, conservación y perfeccionamiento* del organismo Estado). La *competencia* de la segunda, se refiere a la *Administración pronta y cumplida de la justicia*. Siendo distinta la *competencia* de la Administración y la competencia de la Jurisdicción, en cuanto que pueden surgir dudas sobre el campo de acción de cada una, en cuanto que puede plantearse lo que impropiedades se llama una *competencia de atribuciones* entre ambas, se suscita el problema de determinar quien ha de resolver dicho conflicto y como. Pero tratándose de una función de declarar el derecho, es claro a nuestro juicio que sin que ello signifique desdoro ninguno para la Administración, deben ser los órganos del Estado encargados de esta función, (es

cumplimiento de la misma, podría admitirse la personalidad de dichos individuos, en cuanto tales en la *contienda de jurisdicción*. Entonces cabría hablar de esta *potestad jurisdiccional de competencias*, que sería respecto de la Administración, lo que la *función jurisdiccional de competencias* respecto del Estado: es decir *función jurisdiccional de competencia* interna de la Administración. Los autores sin embargo no hablan de ella y no se nos oculta la dificultad de su admisión.

5. Ob. citada, pág. 266.

6. V. 2, cap. 2 párr. 28.

7. Obra citada.

decir, los órganos judiciales, en *función judicial*) quienes resuelvan estas dudas. De aquí otro motivo de relacionarse Administración y función jurisdiccional, al que atenderemos en la medida a nuestro juicio necesaria, en el lugar que le corresponde.

De otra parte, las diferencias antes señaladas, influyen en la naturaleza de una y otra función, revistiéndolas de caracteres distintos. Estos caracteres han sido admirablemente señalados por De Gioannis. Hélos aquí: 1º En cuanto a la iniciativa de su acción: la judicial, por lo común, no obra por propio impulso, sino a excitación de parte o del interés social: en cambio, la función administrativa, por su naturaleza activa, obra por sí misma. 2º En cuanto a la forma de sus decisiones y disposiciones: las decisiones judiciales no pueden ser generales o reglamentarias: la sentencia judicial decide el caso controvertido o reprime un delito; las disposiciones de la Administración pueden tener un carácter reglamentario general. 3º En cuanto al alcance de dichas decisiones o disposiciones: la función del juez es declarativa; puede decirse que el juez se limita a *decidir*; la de la Administración tiene un carácter dispositivo. 4º En cuanto al procedimiento: el judicial entraña una marcha solemne, rigurosa, lenta; no así el procedimiento administrativo, que, como procedimiento de la Administración (no jurisdiccional), no implica sino aplicación de medios a fines, por acción directa, que debe ser precipitada. 5º En cuanto al valor y vigor de las decisiones y disposiciones. 6º En cuanto al criterio para el desarrollo de la actividad: el criterio administrativo, sin dejar de ser jurídico, tiene por norma la *oportunidad*; el criterio de la función judicial debe ser de estricta *justicia*⁸.

Pasamos con esto, al problema anteriormente esbozado. La Administración y la función judicial, se relacionan también, por la razón de que la actividad de la primera, ha de desenvolverse dentro de las normas del derecho objetivo. Ahora bien, si la Administración ha de vivir sometida al Derecho, en cuanto que sus funcionarios pueden obrar fuera de la ley, cayendo tal vez en el campo de lo penal; en cuanto que su actuación puede lesionar intereses de los particulares; en cuanto que puede rebasar la esfera de su competencia, será precisa una serie de garantías jurídicas, que aseguren a los administrados el cumplimiento del derecho por parte de todos. Y como la aplicación de dichas garantías ha de hacerse en *función jurisdiccional*, compréndase el por qué de estas relaciones. Ya hemos dicho además que las cuestiones de competencia, han de ser resueltas en función jurisdiccional.

Las relaciones entre la Administración y la *función jurisdiccional*, consideradas desde este punto de vista, han dado lugar, históricamente, a que la primera se manifieste en una de estas tres situaciones: *confundida* con los tribunales de justicia, *antepuesta* a los tribunales de justicia o *sometida* a los mismos. Nuestros intendentes corregidores, el Consejo Real y el Consejo de Castilla, significaron esa *confusión*. España es ejemplo de la segunda situación aludida. Inglaterra, EE. UU.

8. Vid. DE GIOANNIS, v. III, págs. 670 y siguientes.

y Bélgica significan por el contrario el sistema de sumisión de la Administración al derecho. Francia a nuestro juicio, pese a la existencia en la misma de la llamada jurisdicción-contención-administrativa, puede ser catalogada en este tipo.

Desde el punto de vista del Derecho Administrativo, que supone una actividad *administrativa* realizada con arreglo a normas jurídicas, no puede aceptarse sino la situación de sumisión de la Administración a la función jurisdiccional. Y cuanto más fuerte sea una Administración, cuanto mayores sean sus atributos, tanto más necesarias serán las garantías jurídicas para los administrados. Piénsese que como dice Hauriou, "la vida pública, en todo aquello que concierne a la organización del Estado y a la realización, como consecuencia suya, de la obra propia del gobierno central y de la Administración pública, son cosas secundarias y excepcionales en relación con la vida privada, que constituye la primera realidad, porque la vida civil es la vida normal de la nación, y la nación, de la cual el Estado no es mas que una forma, constituye la realidad social esencial". Es preciso fijar hasta qué punto puedan desplegar su acción los individuos sin merma de los intereses de Estado, que no pueden ser opuestos a los colectivos; pero es necesario fijar también, hasta qué punto puede avanzar el Estado sin mermar los derechos individuales. La norma objetiva ha de señalar estos límites. Pero siempre que sean rebasados, es preciso al Estado, el ejercicio de la *función jurisdiccional*.

La sumisión, que en este sentido existe, de la Administración a la *función jurisdiccional* (y que no supone desdoro para la primera, pues como el Sr. Posada indica, lo que se debate en las contiendas judiciales, no es la Administración misma, sino el *hecho* de si un acto administrativo lesiona o no el derecho), implica la *personalidad* de la Administración, que le es necesaria para la contienda jurídica⁹ y que es derivación necesaria de su subjetividad jurídica. Dicha personalidad de la Administración, es la misma personalidad del Estado. Pero no implica la existencia de una responsabilidad de la Administración, que en cuanto persona colectiva, no puede delinquir, ni en general contraer una responsabilidad subjetiva, sino de sus funcionarios, que son quienes realmente pueden transgredir el orden jurídico. Puede hablarse sin embargo de responsabilidad objetiva de la Administración, eliminando por consiguiente del concepto la nota interna de culpabilidad y sustituyéndola con la extrínseca de la causalidad. Dicha responsabilidad objetiva, que se traduce en una indemnización de daños y perjuicios tendrá lugar, siempre, de un modo subsidiario, por transgresiones de sus funcionarios. La llamada responsabilidad directa de la Administración, parece concretarse en una compensación económica, otorgada al particular, en equivalencia de sacrificios, de aquel administrado que los hubiera soportado en dosis mayor que los restantes.

Pero ¿hasta qué punto la actividad administrativa puede quedar de hecho sometida al Derecho? Históricamente, por lo que se refiere a países que han seguido el tipo del Derecho Administrativo francés, hubo un momento, en que de hecho, la

9. Ob. citada, pág. 271, tomo 1º, edic. 1897.

Administración quedó fuera del derecho. El régimen constitucional trajo como consecuencia, en estos Estados, al impulso de circunstancias históricas, una situación de privilegio de la Administración. El Estado *Poder* no podía cuestionar jurídicamente con los particulares en un pie de igualdad [*sic*], y la actividad administrativa del Estado, que proyectaba el sentido imperialista del Derecho Público de aquella época, se emancipó de la función jurisdiccional que encarnaban los órganos judiciales. Para evitar una supuesta dependencia de los órganos que realizan la función administrativa respecto de los órganos judiciales, se cayó en el extremo contrario, convirtiendo a la Administración en *juez y parte*. La ley de 16 Fructidor del año III dice literalmente: "Se prohíbe terminantemente a los Tribunales de Justicia, conocer de los actos de la Administración, de cualquier clase que sean"¹⁰. Así se inició la llamada *jurisdicción contencioso-administrativa* que tantos problemas había de plantear, andando los años; toda cuestión en la que interviniera la Administración, escapaba por sólo esta circunstancia a los tribunales de Justicia, y si era susceptible de algún recurso, este recurso tenía que ser el *contencioso-administrativo*. Pero a esta *jurisdicción contencioso-administrativa*, escapó buena parte de la actividad administrativa. Iniciada ya la doctrina de distinción entre actos de autoridad y actos de gestión¹¹, los primeros quedarán fuera de toda fiscalización jurisdiccional. Más adelante, la distinción entre la personalidad privada y la personalidad pública de la Administración, dio lugar a la sumisión a los Tribunales ordinarios de todas las manifestaciones de la primera. Aún reducida de este modo la *jurisdicción contencioso-administrativa*, todavía escapa a la misma la actividad *discrecional* de la Administración. De otra parte, el campo de lo *contencioso-administrativo*, se determinó subjetivamente¹². Sólo al particular lesionado en sus derechos se concedió la acción. La definición puesta por el Sr. Santamaría de Paredes, al frente de la ley de 13 de Septiembre de 1888, que ha persistido en las

10. Vid. FERAUD-GIRAUD, *Code de la separation des pouvoirs Administratif et judiciaire et des conflits d'attributions*, v. I, págs. 12 y siguientes, en donde se inserta una colección de textos legales de la Revolución, que sirven para la historia de la sugestiva cuestión que en el texto se apunta.

11. Esta distinción, se inicia, precisamente, en torno del alcance de lo contencioso administrativo, y de lo que G. JÉZE ha llamado la *delimitación de las materias administrativas* que trajo consigo la dualidad de jurisdicciones en el campo de lo administrativo. Vid G. JÉZE, *Principes généraux de Droit Administratif*, 1904. Y BRUNIALT, *Il diritto dei cittadini e la giustizia amministrativa*, v. VIII de la Bib. di Sc. Pol. e Am., que dirige el mismo autor, pág. 13. Que el punto de partida de la doctrina de diferenciación entre actos de *autoridad* y de *gestión*, está en lo que arriba decimos, es opinión generalmente seguida. Debe citarse especialmente a SEPHIRLN ROGER, *L'acte administrative de puissance publique*, Paris, 1906.

12. Todavía mantiene BERTHELEMY, por lo que al derecho francés respecta, el fundamento subjetivo de la jurisdicción-administrativa, partiendo para ello del postulado de que siempre que existe para el administrado una acción judicial es que hay para el administrado un derecho subjetivo, ora a las formas jurídicas del acto, ora a la competencia del órgano que lo emana, ora al fin del mismo. Vid. *Essai d'une théorie sur les droits subjectifs des administrés en droit administratif français*, Paris, 1889, págs. 19 y siguientes, especialmente págs. 21 y 22. Sobre un fundamento objetivo, vid., especialmente, DUGUIT, *Traité Dr. Pub.*, cap. VI, Revue de Droit publique, 1906, 458-471 y *Traité Dr. Const.*, v. 2º, págs. 357 y siguientes.

reformas de 1894 y 1904, hizo imposible la evolución del concepto de lo *contencioso-administrativo*. En Francia, por el contrario, la evolución siguió su curso, a base de la jurisprudencia y la doctrina: la actividad *discrecional*, no escapa hoy al recurso *contencioso*, merced al recurso por *detournement de pouvoir*, cuya íntima relación con el control jurisdiccional del acto discrecional, ha sido puesto de relieve por Miecislav Baumgart¹³; de otra parte, el campo del recurso se determina objetivamente, bastando la lesión de un interés *vecinal*, para que se admita¹⁴.

Aún escapan, no obstante, a la garantía jurisdiccional, incluso en aquellos países en los que la Administración parece vivir en un régimen de plena sumisión al derecho, ciertos actos. Tal ocurre, con la actividad administrativa que recae sobre materia diplomática, con las decisiones relativas al ejército en campaña, ciertos actos del jefe del ejecutivo (convocatoria de Cámaras, declaración del *estado de sitio*), etc., León Michoud justifica la situación por lo que llama, la *necesidad de la salud pública*¹⁵, tal vez la antigua *razón de Estado*. Lo cierto es, que los actos de gobierno, en el sentido tradicional en que se les consideraba bajo el punto de vista de las garantías jurisdiccionales (como actos que escapan al control jurisdiccional), si bien en su ocaso en ciertas legislaciones positivas, aún no han desaparecido. Por lo que respecta a Francia, es interesante recordar, que Doucet¹⁶ ha propuesto la equiparación de dichos actos a los actos del poder discrecional, para así someterlos al régimen jurídico de los mismos, o bien a los actos legislativos, con la consiguiente sumisión al régimen de los llamados reglamentos de *Administración pública* y de los decretos coloniales. Y Miecislav Baumgart¹⁷ reconoce que dicha solución da una mayor satisfacción a las exigencias de la equidad que la actual, y que ella significaría en la práctica una superación del estado de cosas actual, un cambio profundo en las costumbres de la vida internacional y de la interior del Estado, que suprimiría ciertas porciones, muy considerables todavía, del arbitrio gubernamental y administrativo, que subsisten en los intersticios del régimen de derecho.

Por lo demás, la cuestión tan debatida, del problema relativo, al órgano que debe ejercer la jurisdicción en materia administrativa, parece resolverse hoy en la doctrina en un sentido que implica esta doble significación: es, indiscutiblemente, necesaria, la separación entre los órganos de la Administración activa y consultiva y los llamados a ejercer la función jurisdiccional; es indispensable, asimismo, la *especialización* de los órganos en quienes encarne la *función jurisdiccional* que se ejerza sobre la *actividad administrativa*, pero sólo por razón de la *materia*, que

13. Vid. *Les garanties juridictionnelles du Droit Public moderne*, Paris, R. 14.

14. Para una historia de lo contencioso-administrativo vid. HAURIOU, *Précis de Droit Administratif*, ob. cit., G. JÉZE, ob. cit., SALANDRA, *Il Governo legale*, 208 y siguientes y 365 y Miecislav BAUMGART, ob. cit.

15. *Annales de la Regie Direte*, 1899, págs. 314-344.

16. *De la notion de l'acte de gouvernement et de son application aux maticres internationales*, 1910, págs. 30 39, 43 93 y 216-223.

17. Ob. cit., págs. 126 y siguientes, espec. 128-138.

exige una *especial competencia*¹⁸, y quizás también, por razón del *procedimiento* (al menos por lo que respecta a los Estados, que en estos particulares estudiados, copiaron a Francia). Por lo demás, piénsese que el llamado *sistema francés*, no significa ya sino estas especialidades, y que trátase de un órgano o de otro, cualquiera que sea el que encarne la *función jurisdiccional* en materia *administrativa*, será *órgano judicial* propiamente; la cuestión es que sea competente y distinto del *órgano activo*.

Nada más decimos sobre este problema, cuyo desarrollo corresponde ya a un trabajo monográfico, o —tratándose de un sistema completo de Derecho Administrativo—, al estudiar el régimen jurídico de la Administración, como hacen el Sr. Gascón y Hauriou, entre otros.

No queremos sin embargo terminar, sin decir que este problema de garantías jurisdiccionales de la Administración, es tal vez el capital del Derecho Público moderno. De la manera como se le resuelva en una legislación positiva, dependerá que el país que la adopte viva en un régimen de *privilegio* o en un régimen *jurídico* y en aquellos países que vivan un régimen de *privilegio*, no cabe afirmar que el Derecho Administrativo exista: habrá en ellos una Administración, pero no una Administración jurídica, no una Administración sometida al derecho, y por consiguiente carecerán de un Derecho Administrativo.

Piénsese por otra parte, para juzgar de la enorme importancia del problema, que el Derecho Administrativo es el más *popular*. El Derecho civil en efecto, tal por lo menos como aparece estructurado en nuestro código, es casi un derecho de casta; afecta principalmente a los ricos. El derecho mercantil, se refiere principalmente a los comerciantes. La mayor parte de los ciudadanos de un Estado, no son afectados sino muy indirectamente por el Derecho Penal, cuyo contenido, a semejanza del de las otras ramas jurídicas, va volcándose en el Derecho Administrativo en aquello que más directamente alcanza a todos. En cambio, éste a todos interesa; a cada paso, todo ciudadano del Estado moderno se encuentra con la Administración, o realiza una actividad administrativa que transcende a la esfera del Derecho Público; siempre la actividad individual se encuentra cogida entre los lazos del Derecho Administrativo. Como dice Posada Herrera, desde que nace el hombre hasta que muere, vive bajo la vigilancia y cuidado de la Administración que, siguiéndole con la solicitud de madre cariñosa le acompaña desde la cuna al sepulcro¹⁹.

Si a esto se añade el incremento de las funciones de Estado, producto de su intervención, que parece progresiva, en los más varios aspectos de la vida social, el cual se traduce en un aumento de la actividad administrativa, que intensifica las relaciones entre la Administración y los administrados, se comprende la extraordi-

18. La necesidad de esta especial competencia aparece reconocida por muchos tratadistas. Entre otros HAURIUO, ob. citada, pág. 871, edic. 1921 y JÉZE, ob. citada, 148 y 155. Especialmente SALANDRA, ob. cit., págs. 171-173.

19. *Lecciones de Administración*, 1843, tomo Iº, págs. 7 y 8.

naria importancia del problema planteado. Una ojeada por la realidad actual del Estado moderno nos muestra como existe la tendencia, diversamente desarrollada en cada Estado particular, de fijar inequívocas garantías jurisdiccionales en pro del gobernado. Parece que, cada vez más, nos aproximamos a un pleno *régimen de derecho*²⁰; parece que —como dice Jellinek—, “está reservado al futuro, el ofrecer al Estado, y por tanto, a la humanidad, este bien tan difícil de conseguir: la posesión permanente de un orden jurídico inviolable”. Terminemos nosotros este trabajo, imitando a Jellinek, con la mirada puesta en ese bello futuro.

II. DERECHOS Y LIBERTADES INDIVIDUALES ***

XVI. Derechos y deberes recíprocos entre el individuo y el Estado. Estudio de los derechos de carácter individual

DERECHOS Y DEBERES RECÍPROCOS ENTRE EL INDIVIDUO Y EL ESTADO.— La relación entre el Estado y sus miembros (individuos y Corporaciones) es una relación jurídica, es decir, una relación entre sujetos de derecho. Esta afirmación es un postulado esencial del Derecho público. Si el Estado no es sujeto del Derecho y, en su relación con él, sus miembros no son personas de Derecho, falta la base sobre que construir el Derecho público.

La relación entre el Estado y sus miembros se descompone, por tanto, en derechos y deberes jurídicos (obligaciones) recíprocos, que hay que estudiar separadamente.

1. *Derechos*.— A) *Derechos individuales públicos*.— La falta de espacio nos obliga a prescindir de un estudio separado de la teoría de los derechos del Estado, a que se alude en temas anteriores (véanse especialmente temas I y IV) y en la segunda de las doctrinas que se indican. En cuanto a los derechos individuales públicos, existen fundamentalmente tres doctrinas:

a) *Doctrina de los derechos naturales*.— Es la derivada de las premisas afirmadas en la escuela del Derecho natural por los grandes pensadores políticos de los siglos XVII y XVIII (Locke, Wolf, Blackstone, Rousseau). El individuo tiene derechos que son anteriores al Estado y que se caracterizan como *derechos naturales* y, en algunas de las más típicas doctrinas,

20. A lo que los italianos llaman *lo Stato giurídico* o *il Governo legale* y los alemanes el *Rechtsstaat*.

*** Joaquín GARCÍA LABELLA, *Nociones de Derecho Político y legislación administrativa (Obra ajustada al programa de 23 de enero de 1933 para las oposiciones a ingreso en el Cuerpo de Abogados del Estado)*, Editorial Reus, Madrid, 1935, págs. 124-143, que corresponden a los temas XVI, XVII y XVIII.

como *absolutos e inalienables*. El fin del Estado no es para muchos otro que la protección de estos derechos. Bajo el influjo inmediato de estas doctrinas se forman las primeras Declaraciones de Derechos, que históricamente se originan en América.

- b) *Doctrina de los derechos públicos subjetivos*.— Se inicia en Alemania, por Gerber (1852), como reacción frente a la doctrina del Derecho natural, que vuelve del revés, por así decirlo, con la preocupación de dar carácter unitario al concepto jurídico del Estado, la doctrina del Derecho natural. En la tesis de Gerber, en efecto, se invierten los términos, para afirmar que en el orden del Estado —independiente y omnipotente— los derechos de los individuos son, desde un punto de vista *genético*, derechos *reflejos*, esto es, derivados del orden estatal, que no podrían existir sin el Estado y sin la ordenación jurídica del mismo. Esto no equivale a negar los derechos individuales públicos, sino a afirmarlos en otro plano, pues Gerber advierte reiteradamente que la expresión derechos *reflejos* viene adoptada por razones de técnica jurídica y para indicar una relación *genética* pero no en sentido propio, lo que resulta indudable en otros escritos del autor. De esta doctrina deriva la interesante tesis de Jellinek, que constituye el más apreciable esfuerzo de la doctrina de los derechos públicos subjetivos y la de Santi Romano. La doctrina de Kelsen está también enlazada a Gerber por un lazo genético.
- c) *Negación de los derechos públicos subjetivos*.— Pero también deriva de Gerber, por la ambigüedad de algunos de sus pasajes, la doctrina que niega los derechos subjetivos (Bornhak) o que presenta los derechos públicos subjetivos como meros efectos reflejos de los fundamentos constitucionales (Laband, Otto Mayer). Con independencia de estas doctrinas, se ha afirmado en Francia, también por la escuela de Duguit, la negación de todo derecho subjetivo, afirmando sólo el derecho objetivo y las situaciones jurídicas objetivas o subjetivas derivadas de aquél.

B) *Características de los derechos públicos subjetivos*.

Dentro de la doctrina de los derechos públicos subjetivos se ha tratado de caracterizarlos en oposición a los derechos privados subjetivos, con arreglo a diferentes criterios. La tesis de Jellinek distingue un aspecto formal y un aspecto de contenido. Hay acciones que por su naturaleza caen dentro del orden de lo que se tiene naturalmente, y otras que sólo son posible merced a una concesión del orden jurídico, lo que determina para la voluntad individual dos situaciones, *ser lícito y poder*, en sentido de tener capacidad; esto es lo que diferencia el derecho privado subjetivo del derecho público subjetivo, pues los primeros se hacen jurídicamente relevantes por la declaración de su *licitud*, mientras los segundos entrañan una concesión de capacidad, *de poder*, de modo que la facultad aneja a estos últimos no existe físicamente, sino que viene creada por el orden jurídico; los primeros suponen una facultad natural y los segundos consisten en una facultad jurídica. De otra parte, los derechos

privados atienden preferentemente intereses individuales, y los públicos, intereses públicos.

- C) *Clasificación de los derechos públicos individuales*. Laband los clasifica en derechos del Estado (derecho a la obediencia y derecho a la fidelidad) y *derechos del individuo* (derecho a la protección interna y en el exterior y derecho a la participación en la vida constitucional del Estado). Jellinek, partiendo de la consideración de que los derechos públicos subjetivos, de tal modo caracterizan la personalidad, que su privación supone para el sujeto una suerte de *capitis diminutio*, los considera como *status*, en el sentido del Derecho romano, y distingue las siguientes categorías: *status subjectionis*, *status libertatis*, *status civitatis*, *status activae civitatis*. Santi Romano distingue entre derechos de supremacía, de libertad, cívicos, políticos y patrimoniales públicos.

El programa sigue la clasificación de Santamaría de Paredes, que distinguió entre derechos individuales, políticos y mixtos, la significación de cada uno de cuyos términos se explica en el epígrafe correspondiente.

2. *Deberes*.— La teoría de los derechos públicos comprende en sí la de los deberes públicos. Si el derecho es relación, lo que es derecho para uno de los sujetos es deber jurídico (obligación) para el otro. Pero en el Derecho constitucional moderno se hace resaltar la importancia de la teoría de los deberes, que antes venía considerada como mero corolario de la teoría de los derechos, con lo que aquélla se independiza de ésta, aunque conservando el carácter de doctrina correlativa respecto de la segunda. En algunas doctrinas queda sólo la teoría de los deberes: para Augusto Comte, que inspira en gran parte la doctrina de Duguit, no hay más derecho que el de cumplir con el deber. Mas en todo caso, si hoy cobra importancia la teoría de los deberes, es porque se ha ensanchado el campo de los derechos, con lo que ha habido el correspondiente crecimiento de los deberes. No es por ello necesario referirse en estas líneas a la doctrina de los deberes del Estado, difícil de ajustar a los epígrafes de un programa, que al seguir a Santamaría de Paredes, han enfocado estos temas desde el punto de vista de los derechos individuales; pero indirectamente viene expuesta, en cuanto a cada derecho individual corresponde un deber del Estado. En cambio, es imprescindible referirse a los deberes públicos individuales, que no pueden estudiarse bajo otro epígrafe.

Deberes públicos individuales.— Pueden distinguirse deberes negativos y deberes positivos. Entre los primeros es característico el deber de *fidelidad*, como primordial entre los deberes de la ciudadanía. Todo ciudadano está obligado a abstenerse de todo cuanto pueda perjudicar al bien público. El Derecho penal sanciona los casos graves de incumplimiento de este deber (delitos de lesa patria y alta traición), y las limitaciones que el Derecho administrativo pone a

la realización de los derechos individuales pueden englobarse bajo el concepto genérico del deber de fidelidad. La Constitución no ha señalado expresamente este deber. Entre los segundos deben mencionarse:

- a) Los deberes de *obediencia* a los órdenes y mandatos legítimos del Estado.
- b) Los deberes de *colaboración* en los fines que el Estado se propone cumplir, sin participar en el desempeño de una función pública organizada; a ellos cabe referir, según nuestro Derecho, el deber de subordinación de las actividades económicas a los intereses de la economía nacional (artículo 44 de la Const.), la obligación social del trabajo (art. 46), la enseñanza obligatoria (art. 48) y los deberes de los padres para con los hijos (art. 43).
- c) Los deberes de *colaboración en funciones públicas organizadas*, llevando o no la consideración de funcionario público, que se traduce en prestaciones concretas de servicios: entre ellos la Constitución menciona el servicio militar, y con carácter indeterminado establece la posibilidad de exigir servicios civiles ("El Estado podrá exigir de todo ciudadano su prestación personal para servicios militares o civiles", dice el art. 37).
- d) Las prestaciones reales, entre las cuales destaca el deber del impuesto, que nuestra Constitución establece indirectamente (art. 115).

ESTUDIO DE LOS DERECHOS DE CARÁCTER INDIVIDUAL.— *Su concepto*.— Santamaría los ha definido diciendo que son "aquellos que corresponden al ser humano como persona jurídica, sin distinción de sexo, edad, estado o nacionalidad". Los subdivide en:

- A) Derecho de la personalidad.
- B) Derecho de libertad; y
- C) Derecho de propiedad.

Pero es base de todos los derechos la igualdad. Procede, por tanto, estudiar lo siguiente:

- A) *La igualdad como norma fundamental de nuestra Constitución*.— No es posible discutir aquí si la igualdad reviste o no caracteres de derecho subjetivo; basta con apuntar que existe este problema. En todo caso, en nuestra Constitución la igualdad tiene el carácter de norma fundamental y se expresa en dos fórmulas: "Todos los españoles son iguales ante la ley" (Art. 2º), "No podrán ser fundamento de privilegio jurídico la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas, ni las creencias religiosas. El Estado no reconoce distinciones o títulos nobiliarios" (Art. 25). De esta norma derivan importantes consecuencias, consignando la Constitución la igualdad de los cónyuges en el matrimonio (art. 43), la de los ciudadanos públicos para optar a todos los cargos (art. 40), incluso a la primera Magistratura (art. 69), y la igualdad de los sexos en el sufragio (arts. 36 y 53).

B) *Derecho de la personalidad*.— Tiene estas manifestaciones:

- a) *Derecho de la seguridad personal*, que es un derecho de carácter negativo en cuanto que las pretensiones positivas que cabe ostentar frente al Estado no derivan directamente de aquél, sino de su violación. Se expresa en forma de garantía y comprende las garantías contra las detenciones y prisiones arbitrarias. Nuestra Constitución las expresa en sus arts. 28 y 29: "Sólo se castigarán —dice el primero— los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración. Nadie será juzgado sino por Juez competente y conforme a los trámites legales", "Nadie podrá ser detenido, ni preso —dice el segundo—, sino por causa de delito. Todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención. Toda detención se dejará sin efecto o se elevará a prisión dentro de las setenta y dos horas de haber sido entregado el detenido al Juez competente. La resolución que se dictare será por auto judicial, y se notificará al interesado dentro del mismo plazo. Incurrirán en responsabilidad las autoridades cuyas órdenes motiven infracción de este artículo y los agentes y funcionarios que las ejecuten con evidencia de su ilegalidad. La acción para perseguir estas infracciones será pública, sin necesidad de prestar fianza ni caución de ningún género".
- b) *Inviolabilidad de domicilio*.— Está establecido por la Constitución en estos términos: "El domicilio de todo español o extranjero residente en España es inviolable. Nadie podrá entrar en él sino en virtud de mandamiento de Juez competente. El registro de papeles y efectos se practicará siempre a presencia del interesado o de una persona de la familia y, en su defecto, de dos vecinos del pueblo".
- c) *Inviolabilidad de la correspondencia*.— Reconocido también por la Constitución en su art. 32: "Queda garantizada la inviolabilidad de la correspondencia en todas sus formas, a no ser que se dicte auto judicial en contrario".

C) *Derecho de libertad*.— Tiene estas manifestaciones:

- a) *Libertad de conciencia*.— "Toda persona tiene derecho a emitir libremente sus ideas y opiniones, valiéndose de cualquier medio de difusión, sin sujetarse a la previa censura. En ningún caso podrá recogerse la edición de libros y periódicos, sino en virtud de mandamiento de Juez competente. No podrá decretarse la suspensión de un periódico sino por sentencia firme" (Art. 34). De otra parte, el art. 27 reconoce el derecho de profesar y practicar cualquier religión.
- b) *Libertad de trabajo*.— No está establecida directamente en la Constitución, sino indirectamente a través de las restricciones que establece. La cultura es un servicio del Estado (art. 48), y al regularlo se establecen

limitaciones a la libertad de trabajo, en cuanto nadie puede enseñar sino en las condiciones establecidas por el Estado (art. 49), una de las cuales es el principio de la escuela laica, y se prohíbe a las Órdenes religiosas el ejercicio de la industria, el comercio y la enseñanza (art. 26, regla 4ª), excepto el de enseñar sus respectivas doctrinas en sus propios establecimientos (art. 48, ap. 6º).

- c) *Libertad de comunicación.*— Comprende la libertad de domicilio y el derecho a emigrar. Están consagrados por el art. 31 de la Constitución: “Todo español podrá circular libremente por el territorio nacional y elegir en él su residencia y domicilio, sin que pueda ser compelido a mudarlos, a no ser en virtud de sentencia ejecutoria. El derecho a emigrar o inmigrar queda reconocido y no está sujeto a más limitaciones que las que la ley establezca. Una ley especial determinará las garantías para la expulsión de los extranjeros del territorio español”.
- d) *Derecho de propiedad.*— Ha sido orientado por la Constitución en su consideración de función social, sujeto, por tanto, a importantes limitaciones. Los preceptos que contiene, relativos al derecho de propiedad, son: “Que toda la riqueza del país, sea quien fuese su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional” (art. 44), y lo mismo toda la riqueza del país, “sea quien fuese su dueño”, está sujeta a la salvaguardia del Estado (art. 45); que la propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social, “con indemnización o sin ella”, procediendo esto último cuando así lo disponga una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes; que la propiedad puede ser socializada y nacionalizados los servicios y las explotaciones que afecten al interés común e intervenida por la ley la explotación y coordinación de industrias y empresas; por último, que no se impondrá la pena de confiscación de bienes (artículo 44).

XVII. Derechos de carácter político.— Consideración especial del derecho de sufragio y de las condiciones de capacidad para su ejercicio

DERECHOS DE CARÁCTER POLÍTICO.— *Concepto.*— El Estado no puede actuar por sí, pues carece de corporeidad física y actúa mediante los hombres que lo componen. Lo que se llama voluntad del Estado es una voluntad humana, voluntad de los hombres que sirven al Estado. De aquí que el Estado necesite proporcionarse servicios a cargo de su población. Pero para esto puede seguir dos procedimientos: o crea a cargo de su población o de determinados sectores de la misma la obligación de prestar un servicio público, o bien le atribuye capacidad para participar en el cumplimiento de sus funciones. Al primero pertenecen la obligación del servicio militar y la de ser jurados. Al segundo todos aquellos casos en que el Estado concede a los individuos la capacidad de obrar como órganos del Estado, determinando lo que llamamos derechos políticos.

Los derechos políticos de los individuos que componen el Estado aparecen, primero que nada, como una consecuencia de la existencia misma del Estado, que para realizarse necesita reconocerlos a toda o a parte de su población. Pero en el Estado moderno se afirman también con independencia de aquella idea, por exigencias de la propia substantividad de los miembros individuales del Estado frente a aquél. Ahora bien: obsérvese que hay una coincidencia entre los intereses individuales y los intereses generales, en lo que llamamos derechos políticos: el súbdito los reclama tratando de convertirse en ciudadano, pero el Estado necesita reconocerlos para existir. Así, los derechos políticos han existido siempre. Pero lo que diferencia al Estado antiguo del Estado moderno, es que en éste los derechos políticos se han extendido a todos sus individuos varones que reúnen los requisitos de la capacidad jurídica general, y en los últimos tiempos, también a las mujeres. Ello ha sido, principalmente, consecuencia, desde un punto de vista histórico e inmediato, de la afirmación de la igualdad entre los hombres que hacen la Revolución francesa, pues si los hombres son iguales, no hay razón para conceder a unos y negar a otros la cualidad de miembros del Estado. Ya la doctrina antigua afirmaba que sólo eran miembros del Estado aquellos que podían hacer pesar su voluntad individual en la balanza de los intereses generales.

Los derechos políticos, vistos desde el punto de vista de los individuos, son derechos de libertad, lo que coincide en parte con el concepto que los griegos se formaron de la libertad, haciéndola consistir en la participación en las funciones del Estado. Cuando Rousseau en el *Contrato social* establecía la doctrina de la voluntad general, la cual resulta de la íntima unidad armónica del complejo de las voluntades individuales y designaba como libres sólo a aquellos que estaban subordinados exclusivamente al dominio de la voluntad general, de la cual la voluntad individual es parte integrante, expresaba, en forma moderna, el antiguo concepto.

Los derechos políticos más importantes de los ciudadanos del Estado moderno, son: el derecho de opción a los cargos públicos y el derecho de sufragio.

1) *Derecho de opción a los cargos públicos.*— La Revolución francesa afirma, en su Declaración de Derechos de 1789, que siendo iguales ante la ley todos los ciudadanos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad y sin más distinción que las de sus virtudes y méritos (art. 6º). En esta afirmación, reiteradamente repetida en las Constituciones, se encuentra el fundamento del derecho de opción a los cargos públicos por todos los ciudadanos del Estado. El fundamento de este derecho es la igualdad que, en uno de sus más importantes aspectos, significa tanto como ausencia de privilegios sociales. Pero compréndese, por lo mismo, que en las modernas Constituciones tenga más posibilidades de realización este derecho, porque se acompaña de otras declaraciones que lo hacen posible. Mientras las leyes declaren que todos los ciudadanos pueden optar a los cargos públicos, y existan situaciones de privilegio social que impiden al mayor número la formación de su personalidad por negarles medios para ello y por regatearles ocasión para adquirirla, el pretendido derecho no puede existir más que en el texto muerto de la ley. Para que el derecho de opción

a los cargos públicos sea efectivo, tiene que descansar en supuestos más amplios que la mera igualdad política. El fundamental de ellos es la igualdad de medios para formar la propia personalidad; es decir, el derecho a seguir la propia vocación. Por ello, tienen el mayor interés declaraciones como la que formula nuestra Constitución en el apartado tercero del art. 48, al afirmar que la República legislará “en el sentido de facilitar a los españoles económicamente necesitados el acceso a todos los grados de enseñanza, a fin de que no se halle condicionado más que por la aptitud y la vocación”; aunque no puede tener más valor momentáneo que el de una declaración programática, tiene toda la importancia de ser un programa que se lanza desde la alta autoridad de un texto constitucional, que resultaría negado si la política no se encaminara en esa dirección.

Con esta base alcanza posibilidades de efectiva realización el texto del art. 40: “Todos los españoles, sin distinción de sexos, son admisibles a los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad, salvo las incompatibilidades que las leyes señalen.” Este precepto es consecuencia del art. 25 de nuestra ley fundamental, donde se consigna la igualdad entre los españoles. (“No podrán ser fundamento de privilegio jurídico la naturaleza, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas. El Estado no reconoce distinciones o títulos nobiliarios”). Y encuentra su desenvolvimiento en otros preceptos constitucionales, entre otros el art. 69, que concede a todos los españoles (excepto los casos de incapacidad que menciona el artículo siguiente), el derecho de optar a la más alta magistratura del Estado.

Por virtud de aquellos preceptos, la mujer se ha incorporado a la vida política y administrativa, sin otras excepciones, por lo que a ésta afecta, que el acceso a la carrera militar y otras limitaciones, que más que suponer una limitación de su capacidad, suponen propiamente una protección de sus condiciones peculiares. Más adelante comentamos lo que significa la incorporación de la mujer a la vida política; por lo que se refiere a su incorporación a las carreras administrativas, sólo hay que decir que significa una concepción de alta estima a la mujer, y que no vale discutir la concesión que se les hace pensando en su actual preparación y en sus cualidades. Podrá haber profesiones más aptas y menos aptas; podrá tener mejor o peor preparación para ellas. Pero es un imperativo de igualdad y de respeto dejar francas las puertas a la mujer para que elija su camino y siga su vocación. Cuando las circunstancias de la vida moderna han lanzado a la mujer al ejercicio de todas las actividades económicas, no cabe impedirles participación en el desempeño de las funciones públicas, sin injusta inconsecuencia.

CONSIDERACIÓN ESPECIAL DEL DERECHO DE SUFRAGIO Y DE LAS CONDICIONES DE CAPACIDAD PARA SU EJERCICIO

1. *Naturaleza del derecho de sufragio.*— Se ha discutido si el sufragio es un derecho o una función. Las dos posiciones se encuentran ya afirmadas en la Revolución francesa. La Asamblea Nacional lo entendió como función; en

cambio, la Convención lo afirma como derecho. El problema ha seguido planteándose en los mismos términos. La doctrina de Laband ha negado que el sufragio pueda valorarse como derecho subjetivo, porque el elector es órgano del Estado y no cabe dentro de la naturaleza del órgano jurídico que ostente derechos frente al Estado. De otra parte, en los movimientos por la conquista del sufragio, éste se ha afirmado como derecho. Pero en la generalidad de las doctrinas, el sufragio viene considerado al mismo tiempo, como función y como derecho subjetivo, estimándose que es una función, por cuanto integra el mecanismo de actuaciones dirigidas a formar la voluntad del Estado; como derecho, en cuanto que el elector, independientemente de su consideración como órgano del Estado, es un sujeto de derechos, que en los supuestos del Estado moderno puede hacer valer como pretensión concreta frente al Estado la capacidad electoral. La cuestión radica en saber en qué consiste el sufragio en cuanto a derecho; Jellinek lo hace consistir, no en el derecho de votar, sino en ser reconocido como teniendo la cualidad que le permite ejercer la función electoral.

De la consideración del sufragio como función, deriva la consecuencia de que el voto es obligatorio, del mismo modo que todo funcionario se encuentra obligado a cumplir la función de que está investido. La obligatoriedad del sufragio ha sido reconocida en Bélgica, en Checoslovaquia, en la República Argentina, en España (por el art. 2º de la ley de 8 de Agosto de 1907) y en otros países. De otra parte, debe caracterizarse el sufragio como una forma de representación política, según hace ver D. Adolfo Posada. El cuerpo electoral no se identifica con el Estado: es un órgano representativo de éste.

Debe indicarse, por último, el gran auge que tiene el sufragio en la actualidad, tanto por su extensión, cuanto por constituir la base de todas las organizaciones políticas y sociales. Desde este punto de vista, Hauriou ha sustituido, en la clásica división tripartita de los poderes del Estado, el Poder judicial por el Poder de sufragio.

2. *Condiciones de capacidad para su ejercicio.*— Actualmente se han reducido las condiciones requeridas para el ejercicio del sufragio. No se exige ya la posesión de un cierto volumen de riqueza económica; los residuos de este sistema que quedaban en el derecho inglés, fueron eliminados por la reforma electoral de 1918; en cambio, en Rusia rige un sistema de derecho electoral censatario, pero constituyéndose el “censo” sobre principios opuestos, que hacen del derecho electoral, un monopolio del proletariado y de las opiniones políticas expresas o presuntas (se priva de derecho electoral a los sacerdotes, antiguos empleados de la policía zarista, etc.). El sexo deja también de ser un elemento modificativo de la capacidad electoral. Las objeciones que se hicieron contra el sufragio femenino, que, según afirma Garner, fue ya defendido en la Asamblea nacional por Condorcet, han perdido actualidad. No cabe afirmar que el sufragio de la mujer destruya su feminismo, sin manejar rancias ideas sobre lo que se entiende por feminismo; ni cabe dar gran valor al argu-

mento de que introduce la discordia en el hogar, sin tener de éste una visión hipócrita o añeja. Tampoco es lícita la superflua objeción de que las mujeres no cumplen el servicio militar, pues no hay razón para considerar que el sufragio es la compensación del servicio militar, y sería desconocer la importancia de la función que la mujer juega en cuanto madre. Y aún tiene menos valor el argumento de que la mayoría de las mujeres no desean el sufragio, pues aunque así fuera, como dice Garner, no habría razón para negarlo a la minoría que indiscutiblemente lo quiere. En cuanto a la falta de preparación de la mujer para la vida política, puede ser, en general, un hecho real en muchos países; pero el modo de capacitarlas es reconocerles el derecho de sufragio. Podría discutirse la oportunidad de concederle de una vez, sin restricciones; pero acaso se argumenta con un prejuicio de partido político determinado. El hecho es que el sufragio femenino se ha afirmado en la generalidad de las legislaciones europeas y en muchas de América. La única excepción importante que queda en Europa es Francia. En Bélgica, Italia y Turquía se reconoce a la mujer un sufragio limitado, que no alcanza más que a la elecciones municipales. Bélgica lo ha concedido a las madres y viudas de los muertos en la guerra. Hungría también lo restringe, exigiendo al electorado femenino mayor edad (treinta años) que al masculino.

La Constitución española, que contiene varias declaraciones relativas a la igualdad de los sexos, ha reconocido a las mujeres el derecho de sufragio activo y pasivo en los artículos 36 y 53, y tácitamente admite el art. 69 que es elegible para la presidencia de la República. Con el reconocimiento del sufragio femenino, los requisitos exigidos en nuestra legislación para el ejercicio del derecho de sufragio, se reducen a estos tres: nacionalidad, edad y aquella instrucción elemental que se presume en quien sabe leer y escribir. El primer requisito es fundamental, pues siendo el sufragio ejercicio de una función pública, sólo cabe concederlo a los miembros del Estado. El segundo deriva de la plenitud de la capacidad jurídica, que sólo se posee en la mayoría de edad; por ello, la edad electoral debe coincidir con la mayoría de edad civil. En España es la de veintitrés años. En los otros Estados oscila entre dieciocho años (Albania y Turquía) y veinticinco (Dinamarca, Holanda e Irlanda); la más frecuente es la de veintiún años.

El sistema de incapacidades e incompatibilidades del elector tiene todavía en España, como base legal, la ley de 8 de Agosto de 1907. Existe incompatibilidad o incapacidad temporal, que afecta a los individuos y clases de tropa que sirven en los Ejércitos de mar o de tierra, mientras se encuentren en filas. Lo mismo se establece respecto de los que se encuentran en condiciones semejantes de otros Cuerpos o Institutos armados dependientes del Estado, Provincia o Municipio, siempre que estén sujetos a disciplina militar (art. 1º). Las demás incapacidades han sido ya expuestas en el tema XIII al tratar las incapacidades de la elegibilidad.

XVIII. Examen de los derechos de carácter mixto.— Suspensión de garantías constitucionales

EXAMEN DE LOS DERECHOS DE CARÁCTER MIXTO.— Como tales definía Santamaría de Paredes, autor, como hemos dicho, de la clasificación de derechos que sigue el programa, “aquellos que pueden ser individuales o políticos, según sea individual o político el fin a que se apliquen”. Cabe referir como tales: el derecho de emisión y publicación del pensamiento, derecho de petición, derechos de reunión y asociación, derecho al trabajo y derecho a la cultura. Debemos también referirnos, muy someramente, a los derechos de entidades y clases, que aunque no se ajustan estrictamente al significado que tiene el epígrafe en la concepción del autor citado, no cabe omitir, dada su importancia, ni pueden ser estudiados en otro tema. Todo ello obliga, sin duda por falta de lugar, a acentuar el carácter elemental que damos a estas contestaciones.

- 1) *Libertad de emisión y publicación del pensamiento.* La emisión verbal o escrita del pensamiento, es manifestación de la libertad de conciencia. Ambas libertades son consustanciales con el régimen democrático, y por graves que en ocasiones puedan ser sus consecuencias, no cabe negarlas sin riesgos mayores, y ello equivale a imposibilitar la realización de la democracia. Pero estas libertades no pueden ser ilimitadas, porque no puede haber derecho a injuriar, ni a perturbar el orden público, ni a incitar a la comisión de hechos delictivos. Ahora bien; libertad es término correlativo de responsabilidad y el remedio de aquellos males se encuentra en exigir responsabilidad severa a quienes abusen de aquellas libertades, sin necesidad de recurrir a restricciones apriorísticas de las mismas. La responsabilidad, de otra parte, debe exigirse en vía judicial. Esto es lo que se llama sistema de represión judicial, que es el seguido en general por nuestro derecho. “Toda persona —dice el art. 34 de la Constitución— tiene derecho a emitir libremente sus ideas y opiniones, valiéndose de cualquier medio de difusión, sin sujetarse a la previa censura. En ningún caso podrá recogerse la edición de libros y periódicos, sino en virtud de mandamiento de Juez competente. No podrá decretarse la suspensión de un periódico sino por sentencia firme”. Pero las garantías de este derecho pueden ser suspendidas en casos excepcionales de orden público (art. 42). Decretada la suspensión de garantías, si alcanza a este derecho, la autoridad gubernativa puede, en el régimen que la ley de Orden público denomina “estado de prevención”, someter a previa censura los impresos y proponer, y en caso urgente acordar, la suspensión de las publicaciones que preparen, exciten o auxilien la comisión de delitos contra el orden público (artículo 36 de la ley citada).
- 2) *Derecho de petición.*— Está establecido, por el art. 35 de la Constitución, en estos términos: “Todo español podrá dirigir peticiones, individual o colectivamente, a los Poderes públicos y a las autoridades. Este derecho no podrá ejercerse por ninguna clase de fuerza armada”.

- 3) *Derecho de reunión y asociación.*— Reuniones y asociaciones difieren en el carácter permanente de las últimas, y el carácter transitorio de las primeras, pero constituyendo manifestación de una misma esencia, a saber, el sentido de cooperación entre los hombres.

Difieren las reuniones al aire libre de las reuniones en local cerrado; y en aquéllas debe distinguirse entre la reunión propiamente dicha y la manifestación. Siendo éstas de más riesgo para el orden público, la posición del derecho tiene que ser más exigente ante ellas. Es el criterio que sigue nuestra legislación. La Constitución lo ha reconocido, aunque no muy explícitamente, estableciendo el reconocimiento del derecho a reunirse pacíficamente y sin armas, y dejando a una ley especial el derecho de reunión al aire libre y el de manifestación. La ley, aún vigente, de 15 de Junio de 1880, inspirada en aquel criterio, exige para estas últimas permiso previo y por escrito de la autoridad gubernativa, mientras las reuniones en local cerrado están sometidas al régimen de aviso previo. Junto al principio general, que se contiene en el art. 38, el art. 27 de la Constitución ha establecido expresamente para las manifestaciones públicas del culto, el régimen de autorización previa por el Gobierno (art. 27).

En cuanto a las asociaciones, no cabe hoy discutir el derecho a formarlas libremente, sin más limitaciones que la de la licitud de los fines perseguidos y las resultantes de la necesidad de incorporar determinadas asociaciones al ejercicio de funciones sociales. Las primeras deben hacerse efectivas mediante represión judicial, y las segundas sometiendo a determinadas asociaciones, susceptibles de colaborar en la realización de funciones públicas, a un régimen definido por la ley, que las engrane a los órganos de la Administración pública. Nuestro derecho ha reconocido ampliamente el derecho de asociación: “Los españoles podrán asociarse o sindicarse libremente para los distintos fines de la vida humana, con sujeción a las leyes. Los Sindicatos y Asociaciones están obligados a inscribirse en el Registro público correspondiente, con arreglo a la ley” (art. 39). Pero en nuestro derecho actual, cabe distinguir entre: A) Asociaciones de carácter general, sometidas (en tanto se publica una ley nueva) al régimen de la ley de 30 de Junio de 1887, que se inspira en el sistema de hacer efectivas las limitaciones al derecho de asociación en vía judicial; y B) Asociaciones especiales.

Son éstas: a) Las asociaciones de funcionarios, reconocidas por el art. 41 de la Constitución, con la limitación de que no pueden implicar “ingerencia en el servicio público que les estuviera encomendado”, dejando a una ley especial la ulterior reglamentación de las mismas. b) Las Congregaciones religiosas, a las que se prohíbe el ejercicio de la industria, el comercio y la enseñanza, restringiéndose su capacidad de adquirir y conservar bienes (que podrán ser nacionalizados), y quedando disueltas por expreso mandato constitucional aquellas que “estatutariamente admitan, además de los tres votos canónicos, otro especial de obediencia a autoridad distinta de la legítima del Estado”, nacionalizándose sus bienes (art. 45 de la Constitución, cuyos preceptos han sido desarro-

llados por la ley de 2 de Junio de 1933). d) Las Asociaciones profesionales de patronos y obreros, incorporadas a las funciones públicas, relacionadas con su naturaleza, en virtud de la ley de 8 de Abril de 1932. e) Las Sociedades que se rigen por el derecho privado (civil y mercantil) y otros Institutos y Corporaciones que existan o funcionen en virtud de leyes especiales.

Los derechos de reunión y asociación quedan restringidos cuando se suspenden las garantías constitucionales, pudiendo la autoridad gubernativa, en el “estado de prevención”, suspender los derechos de reunión y manifestación y restringir o suspender discrecionalmente el ejercicio de los derechos de asociación y sindicación (arts. 46 y 47 de la ley de Orden público).

- 4) *Derecho al trabajo.*— No se limita nuestra Constitución al reconocimiento de los derechos tradicionales, sino que, siguiendo la orientación marcada por las Constituciones de la post-guerra, ensancha considerablemente el cuadro ochocentista de los derechos, añadiendo los que genéricamente se denominan “derechos sociales”. Entre ellos, ocupa lugar primordial el derecho al trabajo, ya proclamado por la Constitución francesa de 1848. Parece incuestionable que tal derecho deba ser reconocido como manifestación que es del derecho a vivir; y no sólo esto, sino que debe reconozcarse el derecho a una remuneración suficiente y otras condiciones que hagan posible al trabajador conseguir significación por sí mismo e independientemente del logro de su vivir material. Pero debe advertirse que no es fácil dar a este derecho organización y efectividad suficiente para poder afirmarlo como propio derecho subjetivo, aunque a ello se tiende y debe realizarse. Nuestra Constitución lo ha establecido en esta fórmula: “La República asegurará al trabajador las condiciones necesarias para una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidentes, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y los jóvenes, y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el Extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económica y jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, administración y beneficios de las Empresas, y todo cuanto afecta a la defensa de los trabajadores” (art. 46, apartado 2°). Compréndase que no todos los enumerados revisten hoy el carácter de derechos subjetivos propiamente tales, sino que algunos sólo tienen el carácter de contenido de una declaración programática, que sólo paulatinamente cabe realizar.

- 5) *Derecho a la cultura.*— No se encuentra establecido propiamente en nuestra Constitución como derecho subjetivo, excepto en lo que se refiere a la primera enseñanza (aunque a *contrario sensu*, puesto que lo que directamente establece es la obligatoriedad), sino como deber del Estado, que no lleva como correlativo la posibilidad de una pretensión jurídicamente exigible por las particulares. “La República —dice la Constitución— legislará en el sentido de facilitar a los españoles, económicamente necesitados, el acceso a todos los grados de

enseñanza, a fin de que no se hallen condicionados más que por la aptitud y la vocación" (art. 48, apartado 4º).

- 6) *Derechos de entidades y clases.*— No sólo no se limita nuestra constitución al cuadro de los derechos tradicionales, sino que junto a los derechos individuales establece los derechos de entidades, grupos sociales, grupos profesionales, etc. Pero sólo tenemos la posibilidad de indicar que la constitución declara y organiza derechos de la familia (art.43), de los trabajadores manuales (art.46), de los campesinos (art. 47), de los funcionarios públicos (art. 41), personal docente (art. 48), infancia y maternidad (art. 43), etc.

SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.— A situaciones excepcionales en el orden del Estado, corresponden en nuestro derecho constitucional tres instituciones: la legislación delegada (art. 61), la legislación provisional (art. 80) y la suspensión de garantías constitucionales (art. 42). Esta última corresponde a las anomalías del orden público. En relación con ella deben examinarse los siguientes puntos:

- A) *Garantías que pueden suspenderse.*— Pueden suspenderse, total o parcialmente, en todo o en parte del territorio español, las garantías constitucionales correspondientes a la seguridad personal, inviolabilidad y libertad de domicilio, libertad de emisión del pensamiento y de prensa y derechos de reunión y asociación.
- B) *Autoridades competentes y procedimiento.*— La suspensión de garantías constitucionales se lleva a cabo por el Gobierno mediante Decreto; pero corresponde a las Cortes resolver sobre la suspensión acordada. A tal efecto, si las Cortes estuvieran cerradas, el Gobierno deberá convocarlas en el plazo máximo de ocho días, y si no lo hace, las Cortes se reúnen automáticamente al noveno día. Si están disueltas, el gobierno debe dar cuenta inmediatamente a la Diputación permanente de Cortes, que resuelve con iguales facultades que las Cortes. Debe advertirse con respecto al caso anterior, que las Cortes no pueden disolverse antes de resolver, mientras subsista la suspensión de garantías.
- C) *Casos en que procede y plazo.*— Procede la suspensión de garantías constitucionales "cuando así lo exija la seguridad del Estado en casos de notoria e inminente gravedad". El plazo de la suspensión no puede exceder de treinta días, salvo prórroga acordada por las Cortes o por la Diputación permanente, en su caso.
- D) *Efectos y situaciones excepcionales de orden público.*— La ley de Orden público, de 28 de Julio de 1933, ha establecido tres situaciones excepcionales de orden público, de distintos efectos:
- a) *El estado de prevención,* que no lleva consigo la suspensión de garantías constitucionales, y reduce su eficacia a robustecer las atribuciones de la autoridad gubernativa, que puede, dentro de amplios límites, llevar a cabo

la expulsión de extranjeros e intervenir y reglamentar minuciosamente el ejercicio de los derechos, aunque no suspender su ejercicio. Como excepción, debe presentarse el derecho de asociación de los funcionarios, que puede ser suspendido en su ejercicio.

- b) *El estado de alarma* supone la suspensión de las garantías que el Gobierno acuerde, reforzando las atribuciones de las autoridades gubernativas en mayor medida que la anterior.
- c) *El estado de guerra,* en el que las atribuciones de las autoridades civiles, en materia de orden público, pasan a las autoridades militares. Procede su declaración cuando la autoridad civil, después de agotados todos los medios de que dispone, no pudiera dominar en breve término la agitación ni restablecer orden.

Existen algunas reglas comunes: "Declarado el estado de prevención o decretada la suspensión de garantías constitucionales, se constituirán en Tribunales de urgencia las Audiencias provinciales de Sala única, y una o varias Secciones de las Audiencias integradas por varias Salas" (art. 63), que serán los únicos Tribunales competentes para conocer de los delitos contra el orden público (art. 64), considerándose los sumarios y causas de carácter urgente, y aplicándose los procedimientos del título III, libro IV, de la ley de Enjuiciamiento criminal (art. 62). De otra parte, decretada la suspensión de garantías constitucionales, no podrá el Gobierno, en ningún caso, "extrañar o deportar a los españoles, ni desterrarlos a distancia superior de 250 kilómetros de su domicilio" (art. 42 de la Constitución, apartado 7º).