

JEFATURA DEL ESTADO Y DEMOCRACIA PARLAMENTARIA

Por JAVIER PEREZ ROYO

I

Por suerte o por desgracia, el éxito que llegan a alcanzar ciertos conceptos o ciertas clasificaciones científicas y su consiguiente popularización se suele pagar en el mundo científico al muy alto precio de la trivialización de los mismos, así como de la correspondiente pérdida de matices a los que originariamente debieron su fortuna. En gran medida con ello se pierde buena parte de lo que era esencial en ese esfuerzo conceptual, que era además lo que lo explicaba y daba sentido.

Los ejemplos podrían acumularse con facilidad. Pero voy a referirme exclusivamente a uno que estimo particularmente pertinente para el tema que me propongo desarrollar. Concretamente a la distinción entre «naturaleza» y «principio» de los gobiernos que formula Montesquieu en *Del espíritu de las leyes* (1).

Como es sabido, Montesquieu distinguía entre la «naturaleza» y el «principio» de los gobiernos o de las instituciones, definiendo a la primera como «aquello que lo hacer ser tal» (2), y al segundo como «aquello que lo mueve a actuar» (3). Con esta distinción, de la que él mismo añade en nota a pie de página, que es «de suma importancia» y que de ella sacará «muchas consecuencias, pues es la clave de infinidad de leyes», Montesquieu intentaba, evidentemente, expresar la importancia del elemento dinámico de las insti-

(1) MONTESQUIEU: *Del espíritu de las leyes*, Madrid, 1972. Traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, libro III, cap. I, pág. 63.

(2) MONTESQUIEU: *op. cit.*, pág. 63.

(3) MONTESQUIEU: *op. cit.*, pág. 63.

tuciones frente al elemento estático, es decir, distinguir en cierta medida la anatomía de la fisiología de las mismas.

Pero yo pienso que con esta distinción, Montesquieu iba mucho más lejos y que lo esencial de esta distinción no radica en esta apreciación, importante sin duda, sino en algo diferente. Concretamente en lo siguiente: con esta distinción Montesquieu estaba poniendo el acento en lo que diferencía a las instituciones de la Monarquía absoluta de las del Estado propiamente dicho (4).

En efecto, para Montesquieu lo que caracteriza a las primeras, es decir, a las instituciones de la Monarquía absoluta, es el hecho de ser instituciones basadas sobre situaciones de privilegio, que suponen un *status* diferente entre los individuos que componen la comunidad, que reconocen ese *status* como punto de partida, que enumeran y consolidan mediante su fijación formal esos privilegios. Dicho con otras palabras, que expresan formalmente aquello que las hace ser tal. El poder político es en buena medida la suma de situaciones jurídicas particulares, de privilegios, es básicamente «naturaleza» (5). Precisamente por eso es por lo que es imposible la concentración y monopolización del poder en una única instancia, la supresión de intermediarios entre el ciudadano y el poder político y la organización «racional» de este último (6). Y precisamente por eso también es por lo que cualquier «quebranto» de esa «naturaleza» era difícilmente reparable, al menos por vía normal. La defensa del «orden del Antiguo Régimen» era una defensa preventiva, tendente a evitar la «desnaturalización» de dicho orden. Pero frente a esa «desnaturalización» no había una respuesta adecuada (7).

Por el contrario, el Estado en sentido estricto es una forma política que supone la negación de todas las situaciones jurídicas particulares, de todos

(4) Este es un tema que está presente de manera constante en toda la obra de MONTESQUIEU y sin el cual difícilmente se la puede entender. La definición de la Monarquía absoluta por la existencia de «los poderes intermedios, subordinados y dependientes» (*op. cit.*, pág. 60) en tanto que el Estado propiamente dicho, es decir, Inglaterra, se caracteriza por todo lo contrario (*op. cit.*, pág. 61) y las consecuencias que de ello se derivan en todos los aspectos de la organización política es uno de los razonamientos indispensables para comprender el proceso de la revolución burguesa.

(5) De ahí el análisis puramente «estadístico» del poder político en el Antiguo Régimen y la imposibilidad de elevarlo a la categoría de «ciencia». Véase GERBER: *Über öffentliche Rechte*, Tubinga, 1913, reimpresión de la edición de 1852, pág. 9.

(6) Esto se pone, por ejemplo, claramente de manifiesto en el análisis de la «venalidad» de los oficios públicos que hace MONTESQUIEU y de su «funcionalidad» respecto de la Monarquía absoluta (*op. cit.*, pág. 96).

(7) P. CRUZ VILLALÓN: *El Estado de sitio y la Constitución*, Madrid, 1980, capítulo I, en especial págs. 46 y sigs.

los privilegios y que se basa en la afirmación del principio de igualdad como premisa de toda la organización social y política (8). De ahí que las instituciones del Estado, las que reflejan de manera inmediata el carácter del poder político estatal, no tengan «naturaleza», sino que sólo tengan «principio». El Estado, a diferencia de la Monarquía absoluta, no es la expresión de una sociedad previamente jerarquizada y de manera en principio definitiva que sólo ha de mantenerse en cuanto tal, sino que es, por el contrario, expresión de una sociedad formalmente igualitaria, representante «abstracto» de la misma (9), y no tiene, por tanto, más «naturaleza» que la de ser «principio», es decir, instrumento de actuación para resolver los conflictos, las contradicciones que se plantean en el marco de un ordenamiento «abstracto», «formal», «igualitario» y «libre» (10).

Justamente por esto es por lo que la Constitución en sentido estricto, es decir, la Constitución del Estado (11), es un documento muy simple, muy breve, y en el que prácticamente lo fundamental de la misma se reduce a la determinación de los órganos y de los procedimientos a través de los cuales se va a expresar políticamente la sociedad. Y también por esto, justamente, es por lo que de las instituciones básicas a través de las cuales se ejerce el

(8) Esto es algo que se resalta expresamente por parte de la teoría del Estado, la cual se constituye justamente polemizando con Aristóteles y concretamente con la defensa efectuada por este último de la «esclavitud por naturaleza». Véase JOHN LOCKE: *Two Treatises of Government*, tomo V, pág. 212. Desde una perspectiva distinta, pero complementaria, MARX analiza el tema en el capítulo I del volumen I de *El capital*, en el cual pone de manifiesto cómo Aristóteles llegó a descubrir racionalmente qué era el valor, pero no pudo llegar a aceptarlo por las limitaciones históricas (es decir, la existencia del trabajo esclavo) de la sociedad en la que le tocó vivir. El concepto de valor, dice Marx, no puede afirmarse de manera general hasta que «el principio de igualdad no ha adquirido la fuerza de un prejuicio popular». *MEW*, tomo 23, pág. 74.

(9) En el sentido de que prescinde, de que hace abstracción de las condiciones particulares de los individuos. Véase MARX: *Kritik des Hegelschen Staatsrechts*, en *MEW*, tomo 1, pág. 233, y *Zur Judenfrage*, en *MEW*, tomo 1, págs. 354 y sigs.

(10) Precisamente por eso es por lo que el poder político estatal, a diferencia de las formas anteriores de manifestación del mismo, no es nunca punto de partida para la comprensión de la organización social, sino punto de llegada; es el resultado, la síntesis de la sociedad civil en la forma de Estado. Véase JAVIER PÉREZ ROYO: *Introducción a la teoría del Estado*, Barcelona, 1980, cap. II. Sobre las diferencias entre los principios rectores del ordenamiento jurídico estatal y la forma de articulación del Antiguo Régimen se puede consultar con provecho la síntesis de BARTOLOMÉ CLAVERO: «Derecho y privilegio», en *Materiales*, núm. 4.

(11) Es significativo que el uso de la palabra en singular esté vinculado al proceso de la revolución burguesa. Véase GERALD STOURZH: *Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit: Zum Problem der Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert*, Graz, 1974, págs. 7 y sigs.

poder político estatal la Constitución apenas si dice nada y, en cualquier caso, nada que permita concretar *a priori* cuál va a ser el contenido de su actividad, sino únicamente la forma en que dicha actividad ha de presentarse. Síntoma inequívoco de que una institución estatal es una institución políticamente secundaria es que la Constitución la regule detalladamente, que enumere detalladamente sus competencias. *Enumeratio ergo limitatio*, decía con razón el viejo aforismo. De ahí que de las instituciones básicas la Constitución se limite casi a decir que existen y qué relaciones mantener unas con otras (12). Y esto se así no por casualidad, sino porque responde a la esencia del poder político estatal.

Todo esto viene a cuento porque en el constitucionalismo europeo hay una excepción de gran importancia (13), que es precisamente la que estamos examinando en este curso: la Jefatura del Estado.

II

¿Por qué es así? ¿Cuál es el motivo de que afirme de manera tan relativamente tajante este carácter excepcional de la Jefatura del Estado como institución en relación con el resto de las instituciones estatales?

Prácticamente toda mi intervención va a estar destinada a responder primero y a explicar después la respuesta que doy a este interrogante. Pero de entrada me interesa resaltar la incongruencia de la institución Jefatura del Estado con el carácter del poder político estatal. Y es incongruente, porque, frente a lo que se acaba de decir, la Jefatura del Estado es una institución con «mucha naturaleza» y «poco principio» (14), es una institución pensada

(12) HENNIS lo ha dicho expresamente con respecto al Gobierno. «Las Constituciones han apartado más bien la mirada de la opinión pública en lugar de acercarla a él... Por regla general, la Constitución sólo sabe decir del Gobierno que éste existe y cuales son sus relaciones con el Parlamento.» *Aufgaben einer modernen Regierungslehre*, PVS, 6, 1965, pág. 426.

(13) No es la única. Concretamente las segundas Cámaras hereditarias o privilegiadas han sido también «excepciones» de naturaleza análoga a la Jefatura del Estado, como se verá más adelante, en el proceso de racionalización del poder que supone el constitucionalismo.

(14) Invirtiendo la «metáfora del fuego» que utilizara LASALLE (*Über Verfassungswesen*, Berlín, 1907) para ilustrar su concepto de Constitución y danco por supuesto que un fuego selectivamente provocado aniquilara todas las fuentes de información sobre los sistemas constitucionales vigentes en Europa a lo largo de estos dos últimos siglos, excepto los propios textos constitucionales, a valoración que obtendría el lector de dichos textos de la Jefatura del Estado sería posiblemente lo que más lo separaría por exceso del funcionamiento real de las instituciones.

para «estar» y no para «actuar», es una institución a la que de entrada se le suprime el corolario de todo ejercicio del poder: la responsabilidad (15); es una institución que tiene que ser marginada por ello de la vida política y cuya actividad ha de ir necesariamente acompañada del concurso de otros órganos del Estado: refrendo, etc.

A estas alturas de la historia esta idea está bastante extendida. Más aún, yo me atrevería a decir que la «incongruencia», la «irracionalidad» de la Jefatura del Estado en una democracia parlamentaria es algo que, desde una perspectiva teórica, está generalmente admitido hoy, excepto por la teoría política y jurídica más conservadora.

Los argumentos a favor de esta tesis son, desde luego, de una solidez considerable.

En primer lugar, está el hecho histórico irrefutable de que aquellos países en los que la imposición del Estado constitucional no ha tenido que vencer la resistencia que ofrecía una forma de organización social y política secular, como ocurrió en Europa (16), sino que pudieron organizar el poder político estatal en cierta medida a partir de cero, la organización del poder ejecutivo es una organización «monista», en la que no existe separación entre la Jefatura del Estado y el Gobierno, sino en la que el presidente de la República es, al mismo tiempo, jefe del Estado y jefe del Gobierno. Allí donde, como dirían nuestros constituyentes de 1837, la «razón» y la «historia» han podido ir juntas (17), la Jefatura del Estado no ha tenido cabida.

(15) En este sentido resulta lógico que los intentos de justificar la institución fueran acompañados por la exigencia de regular la responsabilidad de la Jefatura del Estado. Véase EZÈQUIEL GORDON: *La responsabilité du chef de l'État dans la pratique constitutionnelle récente*, París, 1931.

(16) Y una forma política, como la Monarquía absoluta, en la que en cierta medida se prefiguran determinadas características de lo que después sería el Estado, aunque sean dos formas políticas completamente distintas. En concreto y con referencia expresa a la institución de la Jefatura del Estado, el tema es analizado por GIUSEPPE U. RESCIGNO: «Il presidente della Repubblica», en *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, arts. 83-87, Bolonia, 1978, págs. 140 y sigs.

(17) Interesantes son las observaciones sobre este conflicto entre la «razón» y la «historia» y su reflejo en las instituciones políticas, contenidas en el dictamen de la Comisión de Constitución proponiendo a las Cortes las bases de la reforma que cree debe hacerse en la Constitución de 1812, leído en la sesión de 30 de noviembre de 1836. A propósito de la Cámara de los Lores inglesa y de la conveniencia de imitarla en España, decían nuestros constituyentes: «Verdad es que otras naciones nos han ofrecido y ofrecen aún el ejemplo de una Cámara hereditaria; pero la historia, que explica este fenómeno por el examen del conjunto singular de causas que lo han producido; la historia, que ha recogido las pruebas de los bienes que haya podido procurar por cierto tiempo semejante institución en tal cual país, la historia misma la juzga-

En segundo lugar, y sobre todo, está la imposibilidad de justificar racionalmente la existencia de la Jefatura del Estado como institución estatal. En cierta medida ésta es una cuestión que ha ido resonando a lo largo de la experiencia constitucional desde el momento de la Revolución, como corolario de la afirmación del principio de la soberanía nacional. Y es un tema que aparece en todos los momentos de empuje, de avance hacia la plena democratización del Estado, como puede ser la propia experiencia revolucionaria (18), la del 48 (19), la evolución constitucional de la III República Francesa (20), o el período posterior a la primera guerra mundial (21).

Sin embargo, es ésta una cuestión que no había sido sometida a una revisión general, en la que se hubiera intentado poner en claro la consistencia o no desde un punto de vista exclusivamente racional de los diferentes argumentos esgrimidos para justificar la existencia de la Jefatura del Estado.

Este ha sido el trabajo efectuado, y de manera extraordinariamente solviente, por Otto Kimminich en su Comunicación a la XXV Reunión de profe-

rá un día (y quizá no esté muy distante) más de acuerdo con la razón que concluye siempre por triunfar de todas las anomalías que suele el tiempo presentarlos». DIEGO SEVILLA ANDRÉS: *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, Madrid, 1969, tomo I, pág. 311.

(18) La propia consideración del Rey como un mero delegado de la nación aparece ya en la Constitución de 1791. Pero será sobre todo la Constitución jacobina de 1793 la que lleva esta idea hasta sus últimas consecuencias, suprimiendo pura y simplemente la Jefatura del Estado. Véase G. U. RESCIGNO: *op. cit.*, pág. 158.

(19) En el proceso de elaboración de la Constitución francesa de 1848 se intentará, asimismo, suprimir la institución, poniéndose de manifiesto que es incongruente con la soberanía nacional. Si la soberanía es una, no puede ser delegada más que a un sólo órgano, al presidente o a la Asamblea. Y en esta disyuntiva la opción es clara. Como decía Pyat, «los cuerpos con dos cabezas son monstruos y los monstruos no viven». De ahí la propuesta de Jules Grevy de organizar un ejecutivo monista confiado al presidente del Consejo de Ministros responsable ante la Asamblea. La propuesta no se aceptaría. La Constitución volvería al concepto de jefe del Estado delegado del pueblo. Art. 43: «El pueblo francés delega el poder ejecutivo a un ciudadano que recibe el título de presidente de la República.»

(20) LEON DUGUIT: *L'Etat, les Gouvernants, les Agents*, París, 1905, pág. 324: «Cuando un país ha llegado a esta situación social y política en la que toda la fuerza se encuentra concentrada en una clase o en una mayoría, resulta vano querer crear al lado de un Parlamento representante de la fuerza popular, se intente instituir un jefe del Estado modelado sobre la figura de un monarca. O bien será un simple fantasma o bien aprovechará su carácter representativo para confiscar la fuerza pública.»

(21) Posición del USPD en la Constituyente de Weimar y sobre todo la experiencia austríaca de la primera posguerra. Véase Kelsen: *Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich*, I-V Teil, Wien, 1919 (*Ein Kommentar*), y el vol. I del *Höffer* con artículos de MERKL, NAWIASKY y Kelsen sobre la cuestión.

sores alemanes de Derecho del Estado, dedicada al tema de «El jefe del Estado en la democracia parlamentaria». En dicha Comunicación, Kimminich va analizando los diferentes argumentos a favor de la existencia de la Jefatura del Estado y los va desmontando uno a uno.

En primer lugar, examina la teoría del «poder neutro» que arranca de Benjamin Constant, poniendo de manifiesto la insostenibilidad de la misma en un Estado democrático, ya que un poder que, como dice Constant, es «por así decirlo, el poder judicial de los otros poderes» (22), no puede ser en modo alguno un «poder neutro», sino que es, por el contrario, un poder de una importancia política decisiva (23).

En segundo lugar, Kimminich pasa revista a la tesis según la cual la Jefatura del Estado encontraría su justificación en que representa al conjunto del pueblo como unidad política, es decir, en el carácter representativo de la totalidad del pueblo, tesis que, si en algún momento histórico anterior pudo tener algún sentido y ser defendida, resulta totalmente insostenible desde el momento en que existe el sufragio universal y el Parlamento es la expresión directa de la voluntad de los ciudadanos. «Sobre la base de una plataforma bien fundamentada tanto dogmática como históricamente únicamente el Parlamento figura como representante del pueblo pensado como unidad política» (24).

En tercer lugar, Kimminich refuta la tesis de que el jefe del Estado representa la unidad de éste en las relaciones internacionales, argumentando que, por un lado, esta es una cuestión que carece de relevancia teórico-constitucional, ya que se trata de una cuestión que no tiene nada que ver con el tema de la representación *en el Estado*, y, por otro, que es una cuestión resuelta de manera no unívoca por el Derecho internacional, el cual deja libertad absoluta en esta materia a la Constitución de cada país para que se enfrente con el tema (25).

Por último, Kimminich analiza la tesis de la Jefatura del Estado como «guardián de la Constitución» (*Hüter der Verfassung*) (26), tan de moda

(22) BENJAMIN CONSTANT: *Fragments d'un ouvrage abandonné*, citado por MARCEL GAUCHET en el prefacio a su edición de *Escritos de Constant*, publicados con el título *De la liberté chez les modernes*, París, 1980. Todas las citas de CONSTANT proceden de esta edición.

(23) O. KIMMINICH: *Das Staatsoberhaupt in der parlamentarischen Demokratie*, en *VVDStRL*, Heft 25, Berlín, 1967, págs. 48-50. Son interesantes sobre este tema las observaciones de KARL DOEHRING: *Der «pouvoir neutre» und das Grundgesetz*, *Der Staat*, 1964, págs. 201-219.

(24) O. KIMMINICH: *op. cit.*, págs. 50 y sigs., en especial pág. 61.

(25) O. KIMMINICH: *op. cit.*, págs. 62 y sigs., en especial pág. 70.

(26) Sobre este tema volveré más adelante.

durante el período de entreguerras y que viene a ser en cierta medida una actualización de la teoría del «poder neutro» de Constant, poniendo de manifiesto que, en la medida en que la Constitución tenga que ser defendida de los demás poderes por una fuerza política separada de ellos, esta fuerza no debería ser en cualquier caso la Jefatura del Estado, porque o bien le falta la consistencia política para cumplir tal tarea, o si la tiene, entonces puede servir, y se corre gran riesgo de que así sea, para todo lo contrario (27).

«El balance de la investigación efectuada hasta ahora, concluiría Kimminich, es completamente negativo» (28). No se atreve, sin embargo, a llevarlo hasta el final y afirmar claramente que la Jefatura del Estado es una institución racionalmente injustificable. De ahí que al final de su trabajo llegue a afirmar que la única explicación de la institución es la de expresar la «continuidad» (29) del Estado. Esta expresión de la «continuidad» es una simple «función» y el jefe del Estado es un puro «funcionario», siendo la naturaleza de la institución similar a la de la función pública representada por la Administración (30).

El argumento, como puede verse, es sumamente frágil y la desproporción entre la Jefatura del Estado y la Administración pública burocrática de un Estado moderno como expresión de tal continuidad del Estado es evidente. El propio Kimminich tendría que reconocerlo en el coloquio. En su intervención en el mismo Ehmke haría una interpretación de la exposición de Kimminich en la que diría textualmente lo siguiente: «Herr Kimminich ha dicho que realmente no necesitamos un jefe del Estado... que el cargo no tiene ya sustancia alguna, que solamente cumple ciertas funciones» (31). Y la culminaría con la siguiente pregunta: «¿No cree usted que, sin perjuicios esenciales para la funcionalidad y fuerza representativa del Estado, se podrían distribuir las funciones del presidente federal entre otros órganos del Estado y suprimir pura y simplemente el órgano del Estado «presidente federal», de tal suerte que estaríamos mejor en el sentido de una pura democracia parlamentaria?» (32). A lo cual Kimminich respondería que, aunque «él no había llevado esta idea tan lejos, creía, sin embargo, que había sido

(27) O. KIMMINICH: *op. cit.*, págs. 71 y sigs., en especial págs. 74, 76 y 77.

(28) O. KIMMINICH: *op. cit.*, pág. 79.

(29) O. KIMMINICH: *op. cit.*, pág. 87: «Si se investigan las tareas y competencias del jefe del Estado, se tropieza enseguida con una función, que en nuestro tiempo precisamente va más allá de lo puramente mecánico, aunque no es ni representación, ni símbolo, ni salvaguardia de la Constitución, sino simplemente continuidad.»

(30) O. KIMMINICH: *op. cit.*, pág. 88.

(31) *VVDStRL*, Heft 25, pág. 239.

(32) *VVDStRL*, Heft 25, pág. 239.

correctamente entendido, en la medida en que él había llegado a la conclusión de que se podría perfectamente distribuir las funciones que todavía le quedan al jefe del Estado en la democracia parlamentaria entre otros órganos, y que de esta forma se obtendría como resultado un Estado que podría ser designado como democracia parlamentaria y que funcionaría» (33).

La conclusión es clara: la institución de la Jefatura del Estado es una institución irracional, incongruente con el carácter del poder político estatal, explicable en el continente europeo exclusivamente por la circunstancia histórica de que el Estado constitucional se formó a partir de la Monarquía Absoluta y nada más.

Ahora bien, una vez respondido el interrogante que formulaba al principio en el sentido que se acaba de ver (34), la cuestión pasa a ser la siguiente: ¿Cómo es posible que siendo la Jefatura del Estado un «anacronismo» se haya mantenido durante tanto tiempo y con tanta vitalidad? Porque esto último es lo decisivo. La Jefatura del Estado no es una institución que se haya limitado simplemente a arrastrar su existencia sin más, sino que ha tenido una importancia grande, y a veces decisiva, en diversos momentos de la trayectoria del Estado constitucional hacia su plena democratización.

Este es, precisamente, el tema que voy a pasar a analizar a continuación.

III

El por qué del origen de la institución o, mejor dicho, el por qué del mantenimiento de la Monarquía como forma de Estado tras la revolución burguesa (35), es algo que está relativamente claro. En ello confluyen, por un lado, la inercia histórica (36) y, por otro, la falta de confianza de la socie-

(33) *VVDStRL*, Heft 25, págs. 239-240.

(34) Insisto en que esta respuesta es hoy una respuesta bastante generalizada. Véase G. U. RESCIGNO: *op. cit.*, págs. 166 y sigs.

(35) Es curioso que la revolución burguesa que es junto con la revolución neolítica la única «gran revolución» a nivel histórico-mundial, frente a la cual revoluciones como la rusa de 1917 son acontecimientos secundarios, se presente inicialmente con un carácter más bien defensivo, de «reforma», de «recuperación» de la esencia perdida de las instituciones tradicionales. Para España el documento más significativo lo constituye el Discurso Preliminar de la Constitución de 1812. SEVILLA ANDRÉS: *op. cit.*, páginas 115, 116, 117, 122, etc.

(36) Es significativo que los constituyentes franceses de 1791 o los españoles de 1812 no sepan decir prácticamente nada de la monarquía, que supriman incluso la segunda Cámara, argumentando, como hace el constituyente español, que con ello se

dad civil en sus propias posibilidades de autodirección, desconfianza alimentada por el curso de los acontecimientos en determinadas fases de la Revolución francesa, en la cual las aguas se habían salido con demasiada frecuencia de su cauce. La imposición efectiva del Estado constitucional requería un proceso de aclimatación que evitara peligrosos vacíos de poder (37), y para ello nada mejor que la existencia de determinadas instituciones que actuaran como freno, como elemento moderador de los cambios que se hacían valer en el propio seno de la sociedad.

Evidentemente, para que estas instituciones pudieran desempeñar adecuadamente su tarea, era indispensable que su origen no fuera el mismo que el de las demás instituciones del Estado, sino otro diferente, es decir, que estuvieran a cubierto en cierta medida de la propia evolución y mutación de opiniones en el seno de la sociedad. Y para ello la Monarquía y la nobleza, basadas sobre el principio hereditario, se presentaban de manera natural como el instrumento más adecuado.

Esto es algo que se convirtió en una suerte de lugar común en la literatura política y jurídica de la época, siendo sistematizado de forma muy acabada por Hegel en su *Rechtsphilosophie*. «La Constitución monárquica, diría Hegel, desarrollada hasta la sucesión hereditaria por orden de primogenitura... es un resultado tardío de la historia, que es de los más importantes para la libertad política y la Constitución racional, aunque, como ya se ha observado, si es a menudo respetada, es rara vez bien comprendida... La libertad pública en general y la herencia del trono son garantías recíprocas y están unidas indestructiblemente, pues la libertad pública es la constitución racional y la herencia del poder del monarca es un momento contenido en el concepto de dicha constitución» (38).

A este derecho hereditario del trono corresponde también el derecho hereditario de la nobleza, que tiene que actuar como clase política por excelencia. «Este orden (la nobleza) —continúa Hegel— está especialmente hecho para una significación y una existencia política, porque su fortuna es a la vez independiente del tesoro del Estado y de la incertidumbre de la industria, del beneficio y de la transferencia de las propiedades. Es también independiente del favor gubernamental y del de la multitud, e incluso está protegida contra su propio querer arbitrario por el hecho de que los miembros

dividiría espantosamente a la nación (SEVILLA ANDRÉS: *op. cit.*, págs. 126 y sigs., en especial pág. 128), y que, sin embargo, a nadie se le ocurra poner en cuestión la forma monárquica de Estado.

(37) La importancia del «vacío de poder» para la teoría del Estado puede ser difícilmente sobreestimada. Véase JAVIER PÉREZ ROYO: *op. cit.*, cap. III.

(38) HEGEL: *Rechtsphilosophie, Werke*, tomo VII, pág. 456. Edición Suhrkamp.

de este orden llamados a una función representativa no poseen el derecho de los demás ciudadanos de disponer libremente de su propiedad, ni de distribuirla entre sus hijos según la igualdad de su amor; la fortuna se convierte así en un bien hereditario e inalienable, gravado con mayorazgo» (39).

Pero no sólo quedaría como cuestión teórica, sino que sería, asimismo, un elemento operativo en la política práctica, como pone claramente de manifiesto el debate constituyente de 1837 y 1845 en España. Aunque no se plantee expresamente el tema de la Jefatura del Estado, al tratar de la organización del Senado se va a hacer explícita con toda claridad la naturaleza de estas instituciones, Jefatura del Estado y segundas Cámaras privilegiadas, así como el sentido de su introducción en el edificio del Estado constitucional.

La argumentación del constituyente de 1845 es, posiblemente, la expresión más acabada de la cuestión. Los pasos son los siguientes:

Ante todo se hace una crítica de la organización del Senado en la Constitución de 1837, a la que se achacan fundamentalmente dos cosas:

1.^a Que la identidad de origen de las dos Cámaras destruye el fundamento de la segunda, del Senado. Este último deja de tener sentido. Pues «un cuerpo de esta clase para llenar cumplidamente su objeto, debe ofrecer estabilidad y firmeza, estar a cubierto del flujo y reflujo de las opiniones populares, movedizas de suyo, y prestar apoyo a las instituciones con su espíritu conservador, sirviendo de rémora y contrapeso al espíritu innovador, y a su vez provechoso, que naturalmente anima a la Cámara de Diputados» (40).

2.^a Que la renovación frecuente del Senado «vicia la esencia de la institución» y la hace «poco conforme con la índole del gobierno monárquico» (41).

Estas eran las características del Senado de 1837 y de ahí «la absoluta necesidad de cambiar la institución» (42).

Desde el punto de vista negativo, de lo que el Senado no debe ser, la cuestión está clara.

Desde el punto de vista positivo el constituyente de 1845 afirma que, al rechazo del principio de la elección popular debería corresponder la afirmación del principio hereditario, ya que éste es «el elemento más natural» (43) para la organización del Senado. Pues se trata de un «principio de orden, de

(39) HEGEL: *op. cit.*, pág. 475.

(40) Proyecto del Gobierno sobre Reforma de la Constitución. SEVILLA ANDRÉS: *op. cit.*, pág. 354.

(41) Proyecto..., pág. 354.

(42) Proyecto..., pág. 355.

(43) Proyecto..., pág. 355.

estabilidad, *análogo a la esencia misma de la monarquía*, y que ofrece a la par que defensa al Trono, independencia del poder para velar por las libertades y fuercs de la nación» (44).

No se hubiera dudado en optar por esta solución, si no se hubiera interpuesto en el camino un obstáculo reputado sumamente grave: la legislación desvinculadora, la abolición de los mayorazgos (45).

En consecuencia, al no ser posible ni la elección popular, porque es incongruente con la existencia de la institución, ni el Senado hereditario por el proceso desvinculador, el constituyente propondrá un Senado vitalicio y de nombramiento por la Corona, que es la forma más próxima al principio hereditario (46).

Ahora bien, esta explicación del origen de la institución en los primeros momentos del Estado constitucional no puede en modo alguno explicarnos la pervivencia y la vitalidad de la misma. Como hubiera dicho Hegel, más bien se podría decir lo contrario: que las mismas circunstancias que explicaron su origen, al desaparecer, deberían explicar su desaparición (47).

La cuestión sigue, pues, planteada. ¿Cuál es el motivo de la persistencia y de la importancia de la Jefatura del Estado?

Pienso que hay una razón de fondo, que voy a intentar exponer de la manera más breve y más clara que me sea posible. Sería la siguiente.

El Estado en cuanto forma histórica de organización del poder político que nace con la revolución burguesa es una forma política sumamente ambigua y que entraña, en potencia, unos peligros para la libertad y la seguridad de los ciudadanos difícilmente exagerables.

Esto es algo que se percibe así desde los primeros momentos del proceso de imposición del Estado. Ya Montesquieu llamó la atención sobre el hecho, diciendo que los ingleses, para favorecer su libertad, habían destruido todos los privilegios de la nobleza, de las ciudades, etc., que constituían la esen-

(44) Proyecto ... pág. 355.

(45) Proyecto ... pág. 355.

(46) Proyecto ... pág. 355.

(47) Este era uno de los defectos de la explicación de las instituciones por su proceso de génesis al que HEGEL hace referencia en la *Rechtsphilosophie*: «A la justificación histórica, cuando confunde la génesis externa con la génesis a partir del concepto, le ocurre que inconscientemente realiza lo contrario de lo que pretende. Si la génesis de una institución se encuentra plenamente justificada y como algo absolutamente necesario bajo determinadas circunstancias históricas, con ello se ha cumplido lo que exige el punto de vista histórico; sin embargo, de ello se sigue, si esta justificación se presenta como una justificación general de la cosa misma, más bien lo contrario: que puesto que tales circunstancias ya no existen, la institución ha perdido más bien su sentido y su derecho», pág. 37.

cia misma de su forma política anterior, y que hacían muy bien en conservarla, porque si la perdieran, serían uno de los pueblos más esclavos de la tierra (48). Es decir, el Estado es una forma política que, al suprimir las relaciones de supra y subordinación política existentes entre los individuos y equipararlos en cuanto ciudadanos, potencia la libertad de los individuos; pero, al mismo tiempo, es una forma que, al concentrar el poder en mayor medida de lo que se ha hecho nunca antes, se puede convertir en un instrumento de opresión muy superior a todos los conocidos hasta la fecha.

Este problema, esta posibilidad de opresión, de despotismo, por parte de un poder «legitimado» por su reconducción a la sociedad y que no encuentra en su ejercicio barrera natural alguna, ya que los cuerpos privilegiados han sido disueltos en el cuerpo general de ciudadanos, es algo que horroriza a todo el pensamiento liberal que domina la mayor parte del siglo XIX (49).

Y de ahí la búsqueda afanosa de un instrumento de defensa de la propia sociedad contra su criatura, contra el Estado. La sociedad burguesa ha generado el Estado, un ente con el monopolio del ejercicio de la fuerza y corre el riesgo de haber actuado de aprendiz de brujo, desatando una fuerza que después no es capaz de controlar.

En último extremo de lo que se trata es de conseguir la «cuadratura del círculo» consistente en resolver de manera definitiva las relaciones Estado-Derecho mediante la sumisión de aquél por completo al control de formas jurídicas y de evitar, consiguientemente, la posibilidad de opresión, de despotismo (50).

La Jefatura del Estado es, precisamente, el instrumento a través del cual se trata de conseguir esto. La argumentación clásica es la de Benjamin Constant, cuyos pasos pueden ser resumidos de la forma siguiente:

1.º Hay unos principios generales que deben regular la vida en sociedad y que son válidos en todos los tiempos y lugares, principios que vienen a coincidir con el reconocimiento de los derechos individuales (51).

2.º Estos principios no pueden ser vulnerados de forma «legítima», es decir, no hay poder, por muy expresión que sea de la «mayoría» social, e in-

(48) MONTESQUIEU: *op. cit.*, pág. 61.

(49) Este es un tema que se reflejaría a lo largo de todo el siglo a propósito del debate sobre la ampliación del sufragio.

(50) La «juridificación» absoluta de la política es, obviamente, tarea inalcanzable, aunque el esfuerzo por controlar al máximo el poder del Estado mediante su sometimiento a formas jurídicas sea altamente deseable. Véase HELLER: *Teoría del Estado*, 5.ª ed., México, 1963, pág. 278.

(51) B. CONSTANT: *op. cit.*, págs. 265-266.

cluso de la abrumadora mayoría, que tenga «legitimidad» para pasar por encima de esos principios (52).

3.º Es posible, sin embargo, que tal cosa ocurra y que la actuación conjunta de los poderes legislativo y ejecutivo pueda conducir a la violación de esos principios y, por tanto, a la opresión y al despotismo (53).

4.º Contra esta posibilidad no basta la división del poder en poder legislativo y ejecutivo, porque ambos pueden coincidir y ser expresión de la misma voluntad social (54).

5.º En consecuencia, es necesario buscar un poder fuera de ellos y que sea una suerte de «poder preservador» (55), un poder que sea «neutro entre el poder legislativo y el ejecutivo» (56), un poder que sea «por así decirlo, el poder judicial de los otros poderes» (57). Este poder será la Jefatura del Estado, preferiblemente monárquica (58).

Esta es la razón de fondo con la que se pretende justificar la existencia de la Jefatura del Estado. No es simplemente la inercia histórica. Al contrario. Son razones de futuro. Cuanto más progresa el Estado, cuanto más sea lo que conceptualmente debe ser, monopolio legítimo del ejercicio de la fuerza, tanto más necesario es el control del mismo, y un control que no puede dejarse al azar del funcionamiento de la división del poder entre el legislativo y el ejecutivo. De ahí la necesidad de la Jefatura del Estado.

Este es el primer razonamiento justificador de la institución desde una perspectiva de futuro, aunque se consideren muy aprovechables ciertas condiciones del pasado que acompañan a determinadas instituciones (59). Razonamiento que jugará un papel importante a lo largo de siglo XIX y sobre

(52) B. CONSTANT: *op. cit.*, págs. 269 y sigs., en especial pág. 271: «En una sociedad basada sobre la soberanía del pueblo, es cierto que no corresponde a ningún individuo, a ninguna clase, someter al resto a su voluntad particular; pero es falso que la sociedad entera posea sobre sus miembros una soberanía sin límites... La soberanía no existe sino de una manera limitada y relativa. En el punto en el que comienza la independencia y la existencia individual, se detiene la jurisdicción de esta soberanía. Si la sociedad franquea esta línea se hace tan culpable como el déspota... la sociedad no puede exceder su competencia sin ser usurpadora, la mayoría sin ser faciosa.»

(53) B. CONSTANT advierte contra la concentración del poder en las manos del poder ejecutivo o del poder legislativo. «En el primer caso, no debiendo extenderse sino a determinadas materias, se extiende a todo. Existe la arbitrariedad y la tiranía sin límites... En la segunda hipótesis hay despotismo». *op. cit.*, pág. 84.

(54) B. CONSTANT: *op. cit.*, pág. 83.

(55) B. CONSTANT: *op. cit.*, pág. 83.

(56) B. CONSTANT: *op. cit.*, pág. 83.

(57) B. CONSTANT: *op. cit.*, pág. 83.

(58) B. CONSTANT: *op. cit.*, pág. 87.

(59) B. CONSTANT: *op. cit.*, pág. 87.

todo en la primera mitad del mismo, como reacción a la gran sacudida que supuso la Revolución francesa.

El segundo gran intento de justificación de la Jefatura del Estado procede de la crisis histórica que acompaña a la primera guerra mundial y que desembocará en el hundimiento del imperio zarista y de las monarquías autoritarias centroeuropeas, es decir, de aquellos sistemas políticos en los que el Jefe del Estado no sólo reinaba, sino que también influía en el gobierno, abriéndose con ello paso a la generalización o, mejor dicho, al intento de generalización del Estado democrático en el continente europeo (60).

Si la primera justificación de la Jefatura del Estado en Europa se produce a raíz de la Revolución francesa, la Revolución rusa y las «Revoluciones alemanas» con ella coincidentes serán el origen de la segunda.

En efecto, el análisis que se hace de la institución en el período no se entiende, si no es sobre la base del problema de fondo que domina todo el debate político y constitucional inmediatamente posterior a la primera guerra mundial, marcado por el enfrentamiento inicial entre democracia y soviétismo, que acabaría siéndolo posteriormente entre democracia y fascismo. Como diría acertadamente Mirkine-Guetzevitch: «En el momento de la elaboración de los textos constitucionales en varios países de la Europa central y oriental, la lucha política se libró menos entre el nuevo y el antiguo Régimen, entre la Monarquía derrocada y la República proclamada, que entre los partidarios de la democracia y los partidarios del bolchevismo. La historia constitucional de la Europa central y oriental, después de la guerra, se desarrolló bajo el signo de una lucha decisiva entre la democracia y el soviétismo» (61).

Este enfrentamiento político de fondo se centraría a nivel institucional en la Jefatura del Estado, lo cual es lógico, ya que una vez que no se podía poner resistencia por nadie a la aceptación del principio democrático, de que todo poder procede del pueblo, el problema que se le planteaba a las fuerzas conservadoras era el de buscar una forma de controlarlo en la práctica.

El recurso a la segunda Cámara era absolutamente inutilizable. «Por el contrario, era más fácil a los partidos conservadores defender la institución presidencial. En efecto, aún siendo un elemento, incluso el principal ele-

(60) Digo intento, porque, aunque a partir de esta fecha la legitimidad de tipo democrático es la única aceptable, desapareciendo por completo todas las teorías de tipo monárquico con sus complicadas construcciones doctrinales, sin embargo, la traducción práctica de esos principios democráticos a nivel constitucional de manera estable no se conseguiría hasta después de la derrota de los fascismos en la segunda guerra mundial.

(61) MIRKINE-GUETZEVICH: *Les Constitutions de la nouvelle Europe*, 2.^a ed., París, 1930, pág. 42.

mento de conservación social, el jefe del Estado salido de un sufragio universal y directo, podía ser presentado como un órgano democrático a mismo título que la Asamblea. De esta manera el esfuerzo principal de los conservadores se dirigía hacia la creación de una presidencia poderosamente organizada y armada» (62).

Los partidos de izquierda, por el contrario, eran hostiles a la institucionalización no sólo de una Jefatura del Estado fuerte, sino a la propia existencia de la institución, como lo pondría de manifiesto la posición de los socialistas independientes en la constituyente de Weimar y la Constitución provisional austríaca de inspiración kelseniana (63).

El resultado inicial sería una suerte de compromiso entre las fuerzas en presencia, pero dicho compromiso se desplazaría rápidamente hacia las posiciones conservadoras, con lo cual se reforzaría la institución allí donde ya era una institución importante (Weimar) (64), o se reformaría la Constitución para fortalecerla (65).

Es lógico que, en estas circunstancias, se intentara justificar teóricamente la existencia de la Jefatura del Estado como institución coherente con el carácter del poder político estatal.

El debate que se produciría a propósito del tema es de gran importancia, porque en él se enfrentan dos concepciones diferentes para intentar resolver ese problema de fondo al que ya hacía referencia Constant, pero sobre la base de la plena democratización del Estado. Es además un debate que, aunque zanjado en buena medida en una dirección determinada, no deja de ser relevante en la actualidad.

Dicho debate giraría en torno al tema del *Hüter der Verfassung*, del «Guardián de la Constitución» y en él participarían directamente dos de los autores más representativos del período: Carl Schmitt y Hans Kelsen.

(62) EZEQUIEL GORDON: *op. cit.*, pág. 6. En la literatura conservadora de la época sobre el presidente de Weimar esto aparece con claridad. MEINECKE decía de él que era el «domador de las fuerzas democrático-irracionales (*Politische Schriften un Reden*, editadas por KOTOWSKI, Darmstadt, 1958, pág. 165); ERICH KAUFMANN consideraba que era una suerte de «mastín que ha de imponer respeto al Parlamento» (*Grundfragen der künftigen Verfassung*, Berlín, 1919, pág. 21); HÜBRICH lo definía como un «león que duerme», pero que puede despertar en caso de necesidad (*Das demokratische Verfassungsrecht des deutschen Reiches*, Greifswald, 1921, pág. 112).

(63) Véase nota 21.

(64) El uso de los poderes excepcionales que hicieron los diferentes presidentes bajo la Constitución de Weimar puede verse en GERHARD ANSCHÜTZ: *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, 13.ª ed., reimpresión Bad Hamburg u.d.M., Berlín-Zürich, 1968, páginas 267 y sigs., en especial págs. 279-280.

(65) KELSEN: «Le spinte alla riforma costituzionale. Le linee fondamentali della riforma costituzionale I y II», en *La giustizia costituzionale*, Milán, 1981.

De entrada conviene dejar claro que no se trata de un debate de «ingeniería constitucional» (66), sino que es un debate que refleja dos concepciones diametralmente opuestas respecto al papel que tiene que jugar el derecho en la construcción del Estado democrático. Esto es lo que le confiere una importancia especial y lo que hace que, por encima de los elementos anecdóticos, siga teniendo actualidad.

En efecto, lo importante en el planteamiento de Carl Schmitt reside en que su rechazo del *Reichsgericht* como «Guardián de la Constitución» (67) y su defensa del presidente del *Reich* para tal función (68), la deduce de su propio concepto de Constitución. Es algo que está íntimamente ligado a la idea que él tiene de lo que es la Constitución.

Este último es un tema bastante conocido. Haré, por tanto, las referencias indispensables para que se entienda la exposición.

Como es sabido, para obtener su concepto de Constitución, Carl Schmitt se sirve de la distinción entre «Constitución» y «Ley constitucional» (69). Es ésta una distinción que impregna toda su *Teoría de la Constitución*. Dicha distinción constituye el «comienzo de cualquier discusión ulterior» (70). El la prepara mediante una descripción crítica del concepto tradicional de Constitución, que él denomina «concepto de constitución relativo» y cuyas características él las califica de «formales»: una suma de leyes constitucionales que se caracterizan por su inclusión en un documento cerrado de modificabilidad dificultada (71). De esta manera, dice él, se ha relativizado de forma incorrecta el concepto de Constitución, ya que se ha equiparado Constitución y Ley constitucional.

Por el contrario, el concepto de Constitución en sentido auténtico es el concepto «positivo» de Constitución (72). Este concepto se distingue por su contenido, que es la «forma y manera de la unidad política cuya existencia se da por supuesta» (73) y por su *origen*, ya que es «un acto del poder constituyente» (74). Esta Constitución puede consistir a su vez en una pluralidad de decisiones políticas fundamentales, que Schmitt para la Constitución de

(66) Sobre el concepto de ingeniería constitucional, LUCAS VERDÚ en *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 4, UNED, Madrid, 1979, págs. 27 y sigs.

(67) CARL SCHMITT: «Das Reichsgericht als Hüter der Verfaassung», en *Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben*, Bd. I, págs. 154-179.

(68) CARL SCHMITT: *Der Hüter der Verfassung*, Berlín, 1969.

(69) CARL SCHMITT: *Verfassungslehre*, Berlín, 1957, pág. 21.

(70) CARL SCHMITT: *op. cit.*, pág. 21.

(71) CARL SCHMITT: *op. cit.*, págs. 11 y sigs.

(72) CARL SCHMITT: *op. cit.*, pág. 20.

(73) CARL SCHMITT: *op. cit.*, pág. 21.

(74) CARL SCHMITT: *op. cit.*, pág. 21.

Weimar consideraba que eran la forma republicana de Estado, la forma democrática y federal del Estado, la forma representativa parlamentaria y la calificación de Estado burgués de Derecho (75).

Una vez establecida esta distinción y definida la Constitución por la incorporación de las decisiones políticas fundamentales que afectan a la vida de la comunidad, Carl Schmitt sacaba la conclusión de que estas decisiones políticas fundamentales no son modificables por los poderes constituidos, ya que «las leyes constitucionales tienen vigencia únicamente sobre la base de la Constitución y presuponen la Constitución» (76). Pues «toda ley en cuanto regla normativa, también por tanto la Ley constitucional, necesita para su vigencia en última instancia una decisión política que la preceda, que ha sido adoptada por una autoridad o un poder político existente» (77).

Con ello Carl Schmitt planteaba el tema de los «límites de la reforma de la Constitución» (78), en el que no puedo entrar aquí. Pero planteaba otro que sí es relevante para nuestro tema. Y es el siguiente: con esta argumentación de fondo Carl Schmitt desplazaba el problema que inicialmente se había planteado para intentar justificar la Jefatura del Estado y lo sustituye por otro diferente. Inicialmente la Jefatura del Estado era pensada como un instrumento de control del propio poder político estatal, como un instrumento de defensa de la sociedad frente al Estado, de los ciudadanos frente a las posibles extralimitaciones del poder. Por el contrario, para Schmitt se trata de la defensa del Estado frente a la sociedad, frente a sus ciudadanos. Parafraseando a Rousseau, podríamos decir que para Schmitt el Estado es siempre lo que debe ser y que no tiene, por tanto, que dar garantías a sus súbditos respecto a cuál va a ser su forma de actuar, sino que, por el contrario, es el propio Estado el que puede exigir garantías a los ciudadanos respecto a su conducta y, eventualmente, dotarse de medios para hacer efectivas esas garantías que exige (79).

La Constitución no es, pues, nunca límite para el poder del Estado. Lo serán únicamente las Leyes constitucionales. La Constitución es, por el contrario, límite para los intentos que se hagan desde la sociedad para cambiarla. O dicho con otras palabras: la cuestión del control del ejercicio del

(75) CARL SCHMITT: *op. cit.*, págs. 23 y sigs.

(76) CARL SCHMITT: *op. cit.*, pág. 22.

(77) CARL SCHMITT: *op. cit.*, pág. 22.

(78) Este es un tema que fue extraordinariamente debatido bajo la Constitución de Weimar. Un resumen del debate puede verse en EHMKE: *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlín, 1953.

(79) ROUSSEAU: *Du contrat social*, pág. 33. Citado por la edición de VAUGHAN: *The Political Writings of Jean Jacques Rousseau*, vol. 2, Nueva York, 1962.

poder mediante formas jurídicas se convierte en una cuestión secundaria cuando se trata de la defensa de la Constitución valorada por el «Guardián» de la misma. Esto es lo central, esto es lo decisivo en la teoría de Schmitt. Y por eso la función de «Guardián de la Constitución» no puede ni deberse confiada a una institución «judicial» o «parajudicial» (80), sino que ha de confiarse a un poder político propiamente dicho, que sea capaz de actuar y de actuar sobre todo en los momentos decisivos, en las situaciones excepcionales (81). De ahí su interpretación del artículo 48 y su caracterización de los poderes extraordinarios del presidente de la República de Weimar (82). El presidente de la República es el «Guardián de la Constitución», de la Constitución en sentido «positivo» y no de las Leyes constitucionales. Esto es lo decisivo y en esta tarea no puede tener límites.

La posición de Kelsen es, por el contrario, completamente opuesta. Lo característico del Estado democrático, de la República democrática, como a él le gustaba decir, es ante todo el hecho de poder reconducir la voluntad del Estado a la mayoría generada a partir de la propia sociedad civil. Pero ésta es una condición simplemente necesaria, pero no suficiente para la existencia del Estado democrático. Es una cuestión decisiva, pero no basta. Un Estado que parte de esa premisa, si es esa exclusivamente la que se hace valer, puede acabar siendo —de hecho acabará siendo— un Estado antidemocrático, es decir, un Estado en el cual se produce un sometimiento incondicionado, sin límites, no sometido a formas jurídicas, de la minoría a la mayoría (83).

Esencial, por tanto, para la existencia del Estado democrático no es simplemente el origen democrático del poder, sino también la organización de instituciones de control. La presencia de instituciones de control, dice Kelsen, es una condición *sine qua non* para la existencia de la República democrática. Instituciones de control de tipo no sólo político sino también jurídico, pues «la mejor manera de asegurar la supervivencia del Estado democrático

(80) CARL SCHMITT: *Das Reichsgericht...*, concretamente la conclusión del trabajo en la página 178, donde, apoyándose en Guizot, afirma que con un Tribunal como «Guardián de la Constitución» «la justicia tendría todo que perder y la política nada que ganar».

(81) Como es sabido, para Carl Schmitt poder soberano es aquel que decide en las circunstancias excepcionales.

(82) CARL SCHMITT: *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach art. 48 der Reichsverfassung*, en *VVDStRL*, Heft 1, Berlín, 1924, págs. 63 y sigs.

(83) Esto en el mejor de los casos, es decir, en el caso de que ese dominio inicial de una mayoría no degenera y se convierta en el dominio de una minoría que invoca formalmente para legitimarse una presunta mayoría.

«consiste en la edificación de todas las garantías posibles sobre los cimientos de la juridicidad de las funciones del Estado» (84).

Utilizando una terminología un tanto arcaica se podría decir que Kelsen considera que el Estado democrático tiene que tener tanto una «legitimidad de origen» como una «legitimidad de ejercicio», y que si la primera se la da su reconducción a la voluntad popular, es decir, a la mayoría que determina el contenido de la voluntad del Estado, la segunda se la otorgan las instituciones de control de dicha voluntad mayoritaria.

Más aún, Kelsen continúa afirmando que, a medida que avanza el proceso de democratización, más tienen que progresar los mecanismos de control, más tienen que aumentar los mecanismos de protección de las minorías contra las mayorías, cuyo dominio sólo es soportable en la medida en que se ejerce jurídicamente (85).

Y de ahí que el tema del «Guardián de la Constitución» se conecte de manera lógica con el tema del control de la constitucionalidad y con la creación de Tribunales Constitucionales. Pues, como dice Kelsen, «si se considera que la esencia de la democracia no reside en el imperio sin límites de la mayoría, sino en el compromiso permanente entre los grupos del pueblo representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría, entonces la justicia constitucional es un medio especialmente apropiado para realizar esta idea» (86).

El «Guardián de la Constitución» no debe ser un jefe del Estado que pueda eventualmente ponerse fuera de las «Leyes constitucionales» para «salvar» contra ellas a la «Constitución», sino que debe ser, por el contrario, una institución que tenga como única misión hacerla respetar en su integridad, convirtiéndose en esa suerte de «poder judicial de los demás poderes del Estado» al que se refería Constant.

A estas alturas de la historia está ya claro cuál es la solución que se ha ido imponiendo en la práctica. Pero no es esto lo que me interesa en este momento, sino resaltar lo siguiente: si, como hemos visto en la primera parte de la exposición, la transferencia de las diversas tareas que desempeña la Jefatura del Estado a otras instituciones es perfectamente posible y es una solución conceptualmente adecuada a la esencia de la democracia parlamentaria, el funcionamiento regular de un Tribunal Constitucional deja sin ra-

(84) KELSEN: «Wesen und Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *Verfassungsgerichtsbarkeit*, editado por Háberle, Darmstadt, 1976, pág. 103.

(85) KELSEN: *op. cit.*, pág. 103; también *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, 1977, et. especial págs. 82-83.

(86) KELSEN: «Wesen...», pág. 104.

zón de ser, aniquila de raíz la argumentación de fondo sobre la que se ha basado la justificación de la existencia de la Jefatura del Estado.

Cuando, a pesar de ello, la Jefatura del Estado sigue jugando un papel importante en la vida política y constitucional, ello puede deberse o bien a que la Presidencia del Consejo de Ministros deja de ser lo que tradicionalmente ha sido (87), o bien es índice de las dificultades de implantación o de funcionamiento del sistema democrático. Es el caso de Italia (88), de Portugal (89) y, sobre todo, de España (90). En la medida en que la democracia es la forma general de ejercicio del poder en los países del ámbito histórico y cultural en que nos movemos, estas excepciones sirven para remarcar todavía más el carácter anacrónico de la institución. El no estar a la altura de los tiempos es el caldo de cultivo de la Jefatura del Estado.

(87) Es el caso de Francia, donde la práctica de la V República ha conducido a una organización prácticamente monista del poder ejecutivo, en la que el primer ministro es en cierta medida el «ejecutor» de la política marcada por la Presidencia.

(88) Sobre el caso italiano y en especial la experiencia de Pertini, véase PAOLO BARILE: «Presidente della Repubblica: la prassi di Pertini», en *Quaderni Costituzionali*, año I, núm. 2, agosto 1981, págs. 365 y sigs; PAOLO ARMAROLI: «Governo: la doppia fiducia», en la misma revista, núm. 3, págs. 580 y sigs.

(89) La reciente reforma constitucional portuguesa y el interesísimo debate político en torno a ella es interesante desde esta perspectiva.

(90) La importancia del jefe del Estado en la defensa de la democracia en España es un dato que difícilmente puede ser sobrevalorado y es reconocido de forma general por todas las fuerzas políticas.

