

LECCIÓN III

LA IDEA DE CONTRATO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

SUMARIO: 1. *Principales interpretaciones del contractualismo: Hobbes, Spinoza, Locke y Rousseau.* 2. *El contractualismo crítico de Schmitt.* 3. *La ley y la costumbre como fuentes del derecho constitucional.* 4. *Ley constitucional en sentido rígido y ley constitucional desde el punto de vista material.* 5. *Otras fuentes del derecho constitucional.*

A pesar de que hemos considerado al derecho constitucional como una rama del derecho público, la idea de contrato, de naturaleza esencialmente civil y que por tanto forma parte del derecho privado, ha tenido gran influencia en materia constitucional, tanto desde el punto de vista teórico como desde el práctico, habiéndose pretendido justificar la existencia de la sociedad y del Estado, considerándolos como emanados de un contrato.

El primer autor que trata de justificar así el Estado es Hobbes; él nació en Westpor, Wiltshire, Inglaterra, el 5 de abril de 1588, y se educó en Magdalen Hall Oxford, donde se graduó en 1608. Fue empleado de los condes de Devonshire y acompañó al segundo y al tercer conde en sus viajes al continente, donde tuvo oportunidad de tratar a varios de los principales filósofos y sabios, como Descartes, Gassendi y Galileo. Durante su permanencia en el extranjero hizo pública su primera obra llamada *De Cive*, en la cual esbozaba ya las teorías que desarrolló más tarde en su principal libro denominado *Leviathan*. Para él, el *Leviathan* es el Estado el que absorbe y domina al hombre, lo cual le parece justificable, porque considera que, antes de vivir bajo el control del Estado, el hombre vivía en un estado de naturaleza, que compara a un estado de guerra, cuando en el capítulo XIII de la primera parte de su obra dice:

Así que, en la naturaleza del hombre, encontramos tres causas principales de querellas:

- 1) Competencia.
- 2) Desconfianza.
- 3) Gloria.

La primera hace al hombre invadir en busca de ganancia; la segunda, por la seguridad, y la última, por la reputación. La primera usa la violencia para adueñarse de las personas, ya sean hombres y mujeres o niños, o del ganado; la segunda, para defender esas propiedades, y la tercera, para frioleras, tales como una palabra, una sonrisa, una diferencia de opinión o cualquier otro signo de inferioridad, ya sea directamente contra sus personas o por incidencia contra sus parientes, sus amigos, nación profesional o su nombre. Por consiguiente, es manifiesto que, durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que los conserve en un estado de temor reverencial, están en la condición que se llama “guerra”, y esa guerra es de cada hombre contra cada hombre. En efecto, la guerra no consiste solamente en las batallas o el acto de combatir, sino también en el lapso en el que es suficientemente conocida la voluntad de combatir en batallas; por consiguiente, la noción de tiempo debe estar considerada en la naturaleza de la guerra, como lo está en la naturaleza de las condiciones meteorológicas, ya que, así como la naturaleza del “mal tiempo” no consiste en uno o dos aguaceros, sino en una disposición hacia ellos durante varios días seguidos, la naturaleza de la guerra no consiste en los combates realizados, sino en la disposición conocida de sostenerlos durante todo el tiempo que no haya seguridad de lo contrario.

Descrito así por Hobbes el estado de naturaleza y expuesta la necesidad que, para él, existe de que hay un poder común que los conserve en un estado de temor reverencial, fácilmente llega a la conclusión de que, por medio de un contrato o convenio, se forma la sociedad civil, siendo necesario un poder soberano ilimitado e irrevocable; esta última conclusión se funda también en que en el capítulo XIV, al hablar de los contratos, acepta el principio de *Coacta voluntas est voluntas*.

A conclusiones semejantes llega el filósofo Spinoza y, en cuanto a su nombre, se llamó Baruc y después Benito. Él nació en Ámsterdam en 1632, siendo miembro de una familia judía y originario de Portugal; si bien fue educado en los principios de la religión mosaica, poco a poco la fue abandonando, aunque sin adoptar francamente la cristiana, sino manifestándose más bien una especie de librepensador. Fue tan firme en sus ideas que, cuando sus correligionarios judíos se dieron cuenta de que se separaba de la sinagoga, llegaron a ofrecerle una pensión anual de 1,000 florines para que no abandonara el judaísmo, ofrecimiento que rehusó, por lo cual fue excomulgado. Más tarde, rehusó también otra pensión que le ofrecía el príncipe de Condé, con la condición de que dedicara alguna de sus obras a Luis XV.

Lo anterior demuestra claramente el espíritu de independencia y libre pensamiento que tenía Spinoza, tanto en materia política como religiosa,

y, por tanto, es muy extraño que haya llegado a conclusiones más atrevidas que las del mismo Hobbes, pues en su *Tratado teológico político*, que en su obra más importante desde el punto de vista de nuestro estudio, después de afirmar que cada pueblo debe guardar la forma de gobierno bajo la cual vive, llegó a la conclusión de que el jefe del Estado tiene poderes ilimitados y que la religión, natural o revelada, está sometida al arbitrio de aquel y no es obligatoria sino en tanto que es del agrado de dicho jefe del Estado.

Locke, filósofo y político inglés que nació en Bristol el 29 de agosto de 1632, fue amigo de Lord Ashley, después conde de Shaftesbury, de quien nos ocuparemos más tarde al hablar de los precedentes constitucionales ingleses. Locke se dedicó preferentemente a estudios pedagógicos, escribiendo el *Ensayo concerniente al entendimiento humano* y otro denominado *Pensamientos relativos a la educación*; pero escribió también sobre teología, publicando un libro llamado *El cristianismo razonable*, en el que trata de explicar las consecuencias del pecado de Adán, y el “gobierno civil”. Asimismo, en él se refiere al paso del estado natural al estado social; sin embargo, al contrario de Hobbes, hace notar que el estado de naturaleza no es un estado de licencia, que la libertad tiene límites fijados por la sana razón que el Creador ha dado a todos los hombres y de la cual cada uno lleva las leyes trazadas en su corazón por el dedo mismo de la Divinidad, de donde concluye que el hombre, al pasar del estado de naturaleza al estado social, no experimenta cambio alguno de sus derechos y no hace sino apelar al poder público para que los proteja y preste mano fuerte a la razón contra las pasiones. Así pues, Locke limita la acción del gobierno a mantener las leyes protectoras de esos derechos y a prevenir o reprimir en el exterior los ataques extraños, y aclara activamente que en el pueblo reside siempre ese poder soberano de librarse de sus jefes, si éstos son bastante locos o malvados, para formar designios contra la libertad y propiedad de aquellos.

Se advierte, pues, la notable diferencia entre las doctrinas de Hobbes y Spinoza, así como Locke.

El autor más popular al sostener la doctrina del contrato social en materia política ha sido Juan Jacobo Rousseau, quien era de familia francesa, pero nacido en Ginebra, Suiza, en 1712, y murió en Ermenonville, Francia, en 1778. Rousseau parte, como los demás autores contractualistas, de la falsa idea de un estado de naturaleza que, en realidad, jamás ha existido; pero la novedad que aporta Rousseau es esa doctrina consistente en la importancia que da a “la voluntad general”, idea también falsa, pues ni esa voluntad general existe ni mucho menos es infalible, tal y como lo pretende ese autor. Sus obras principales sobre la materia son su *Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad en el género humano* y el *Contrato social*. Más tarde nos

ocuparemos de la influencia que tuvieron esos pensadores, principalmente Rousseau en la Revolución francesa.

Hemos esbozado ya los principales defectos de la doctrina contractualista, que consisten principalmente en que, no habiendo existido jamás el llamado “estado de naturaleza”, no pudo existir ni existió el llamado “contrato social”; pero no estará por demás añadir la crítica un tanto metafísica de Schmitt, para quien el pueblo es una unidad política, que no puede reducirse por medio de limitaciones o norma de carácter doctrinal, ya que no hay gobierno ni gobernados, sino que el gobierno se ejerce por el mismo pueblo.

Por lo demás, la idea contractualista ha tenido efectos prácticos, como lo demuestra Adolfo Posada, de quien nos vamos a permitir tomar algunos párrafos:

Las primeras Constituciones que alcanzaron un vigor positivo, que por lo tanto, fueron Derecho creado y aplicado, son las constituciones que se dieron las Colonias americanas emancipadas de la tutela inglesa. Pero es necesario advertir que las Colonias inglesas no inventaron la cosa, aún cuando hayan hecho las primeras verdaderas Constituciones aplicadas; el principio o la idea proviene de la Madre Patria, de Inglaterra, y es muy curioso ver cómo, para comprender bien como se verificó la aparición de las formas Constitucionales americanas, es preciso tener en cuenta que el núcleo de los emigrantes ingleses era esencialmente puritano, esto es, del partido religioso que defendía y aplicaba en la vida de la Iglesia la idea democrática y que en las Colonias y en la Madre Patria procedía de análoga manera casi al propio tiempo. Ahora bien, estudiando la formación y el desenvolvimiento del partido puritano, encuéntrense datos de interés datos de interés supremo para el problema en que nos ocupamos. En primer término, nos encontramos con los principios de organización social a que obedecen los elementos más acentuados del puritanismo, los llamados “independientes”, que constituían la parte más sana e intrépida del ejército de Cromwell. Tenían estos por sistema al congregacionismo. Sus iglesias autónomas, sus jerarquías democráticas, se fundaban en un verdadero pacto o *covenant* (de ahí los *Covenantaires*, tan admirablemente estudiados por Macaulay), el cual constituía el acto primordial e inicial de la congregación. La virtud de ese acto dice Cotton, uno de los Padres de la doctrina, como lo llama Borgeau, los ministros tienen poder sobre el pueblo de sus fieles, el pueblo siente interés por sus ministros y cada miembro de la Congregación adquiere derechos y deberes que le corresponden frente a sus compañeros. La comunidad recibe el poder de Cristo, ella elige los ministros, los ancianos, los diáconos, etc. De la esfera religiosa pura pasaron esas ideas, profundamente democráticas, a la política, precisamente en aquella ocasión en que el pueblo inglés se hallaba en positivo período constituyente, y cuando

las circunstancias habían inspirado a los defensores de las libertades públicas una desconfianza justificada hacia los poderes permanentemente constituidos. La idea de un acto expreso, de un documento solemne, donde, a imitación de los *covenant*, se señalase los límites de la autoridad, y la garantía de los derechos del pueblo, se imponía con indudable oportunidad.

Lo anterior demuestra hasta la evidencia de que la idea contractual ha tenido efectos prácticos en materia de derecho constitucional, y esta conclusión se robustece si se tiene en cuenta que los teóricos de la Revolución francesa se inspiraron en esa idea. Finalmente, el mismo Woodrow Wilson, en los tiempos contemporáneos, ha llegado a sostener, como lo dice Salvador Azuela en sus *Apuntes*,

Que el papel del poder público y del pueblo es el de que deben concurrir al acto contractual, que todos los regímenes constitucionales son el producto de un acuerdo establecido por esas partes. Es decir, un acuerdo entre el pueblo y el gobierno y que, cuando los funcionarios se despegan del área legal que se les ha trazado para el cumplimiento de sus deberes y obligaciones, entonces desde ese momento, dejan de ser autoridad, teniendo el pueblo el derecho de pronunciarse en unánime revolución, para su destitución.

Lo anterior, como se ve, lleva en sí la idea de un contrato social para el desarrollo de la vida pública; pero no justifica en manera alguna la existencia de un contrato social para la formación de la sociedad y del Estado y, por ende, tampoco puede ser considerado ese contrato como fuente del derecho constitucional.

Pero si el contrato no es la fuente de ese derecho, ¿cuál o cuáles son esas fuentes? Ese problema debe resolverse estudiando históricamente los antecedentes y el desenvolvimiento del derecho constitucional en cada país; no obstante, de una manera general puede decirse que esas fuentes son la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Probablemente, la primera de esas fuentes fue la costumbre, pues antes de que hubiera leyes, con sus características de generalidad, certeza, igualdad y obligatoriedad, sin duda alguna hubo costumbres y respecto a éstas, dice Wilson en el tomo II de su obra *El Estado*.

La primera fuente de derecho es la costumbre, y ésta se forma de una manera que no se puede determinar, salvo que resulta de una acción cooperativa de la comunidad entera, y no de la voluntad del rey o del mandato del legislador. No siempre se forma del mismo modo, pero siempre descansa sobre el mismo cimiento: la aceptación general de un cierto modo de obrar, que se estime mejor y más conveniente. Que la costumbre se origine en la

formación casi accidental de ciertos modos de acción o de un esfuerzo consciente de una parte de la comunidad, para ajustar su práctica más perfectamente a sus fines sociales y políticos, una vez formada y aceptada por la autoridad pública, se convierte en uno de los centros del derecho. Es difícil, e incluso imposible, descubrir el punto exacto en que la costumbre pasa del estado primero incoherente, en el cual sólo tiende a llegar a ser objeto expreso y determinado de la comunidad, a la fase ulterior en que se convierte en derecho; pero podemos afirmar con seguridad que no llega a ser tal si no está apoyada por una autoridad dentro de la comunidad. No es derecho si los hombres se sienten libres para no conformarse con ella.

Respecto a la ley, dice el mismo autor:

La analogía entre las leyes políticas, las que traducen la voluntad del Estado, y las leyes naturales, las que expresan la cuestión de los fenómenos de la naturaleza, se ha señalado con frecuencia, y no deja de tener una significación instructiva. En unas como en otras leyes, a la que parece, una preocupación uniforme con respecto al modo como obran las fuerzas de la vida. La comparación es todavía más instructiva cuando la analogía falta: quiere decirse que es más instructivo notar los contrastes entre las leyes naturales y las del Estado, que las semejanzas que entre las mismas existen. Los contrastes, más bien que las semejanzas sirvan para poner de relieve la naturaleza de la ordenación política. Cuando en virtud de observaciones cuidadosas y repetidas, dice Huxley, hemos descubierto que tal cosa es siempre la causa de tal efecto, o que ciertos sucesos siempre se produzcan en un mismo orden, decimos que la verdad así descubierta es una ley natural. Así es una ley natural la que afirmamos al decir que todo objeto pesado cae hacia el suelo si no está sostenido. Pero las leyes naturales no son las causas del orden de la naturaleza, sino tan solo nuestro modo de consignar lo que hemos descubierto de semejante orden.

Las piedras no caen al suelo a competencia de la ley de gravedad, como las gentes impropriamente dicen: la ley es sólo en modo de expresar lo que ocurre inevitablemente cuando los cuerpos pesados, piedras y otras clases, colocados en la superficie de la tierra, se mueven libremente. Sean cuales fueran las analogías que puedan existir entre esas afirmaciones generalizadas de los hechos físicos, y las reglas según las cuales son constreñidos los hombres a obrar, en la sociedad civil organizada, puede ser beneficioso para el investigador el inquirirlas cuidadosamente. Pero lo que aún es más beneficioso para quien estudia la política, es observar la gran diferencia entre ambas que es lo que el profesor Huxley expresa admirablemente como sigue: la ley humana consiste en mandatos dirigidos a agentes de voluntad, los cuales pueden obedecerlos o desobedecerlos, y la ley no se estima nula o inexistente porque se la viole. Las leyes naturales, por el contrario, no son mandatos, sino afirmaciones compro-

badas, respecto del orden de la naturaleza; y sólo con leyes mientras se pueda demostrar que expresan el orden aquél. Hablar de la violación o suspensión de las leyes naturales es un absurdo. Todo lo que puede la frase querer decir que, en ciertas circunstancias, la afirmación contenida en la ley no es verdad; y la conclusión exacta es, no que el orden de la naturaleza se ha interrumpido, sino que nos hemos equivocado al señalar aquel orden. Una verdadera ley natural es una regla universal, y como tal, no admite excepción. En suma, la elección humana interviene en la ley del Estado, mientras que en la ley natural tal elección está totalmente excluida; está dominada por la necesidad fija. La elección humana, realmente influye en la ley política y la modifica. Es el elemento del cambio y ha dado al desarrollo del derecho una variedad, una variabilidad y una irregularidad, que ningún otro poder habría sido capaz de darle.

1461. Limitaciones a la ley política. Con lo expuesto hemos indicado, desde nuestros puntos de vista, algunas de las características instructivas de la ley política. Las leyes naturales formulan efectos invariablemente producidos por fuerzas propiamente adecuadas para ello, mientras que, las leyes políticas, no siempre tienen una fuerza adecuada para producir los efectos que a las mismas parecen asignados. La fuerza, la sanción, como dice el jurista, que va tras las leyes del Estado, es el poder organizado y armado de la comunidad; la coacción actúa sobre el hombre que se niega a obedecer. (V. 1387 y 1440). Pero el poder público puede dormirse, puede no estar atento a las infracciones del Derecho, puede él mismo ser violado, puede ser desquiciado, corrompido; las leyes no siempre son “aplicadas”. Este elemento de debilidad nos descubre al menos, un aspecto particular del Derecho natural. La ley no es más potente que el Estado cuya voluntad es expresa. La ley de Turquía entraña las mismas imperfecciones que el poder de Turquía; las leyes de Inglaterra reciben su fuerza del poder del Gobierno Inglés. Las leyes buenas son inútiles bajo un mal gobierno; un Estado débil, decadente, puede afirmar los más altos designios en sus leyes y, sin embargo, llevar mal las cosas de su actual administración. Esto no obstante, por lo común el Derecho refleja los designios reales del Estado, y su aplicación es materia que depende de la capacidad administrativa o del poder ordenado simplemente.

La transcripción anterior nos explica cómo la ley, a pesar de los malos gobiernos, puede ser una fuente del derecho constitucional, pues si las leyes reflejan comúnmente los designios reales del Estado, debemos en nuestro estudio ocuparnos de las leyes, dejando que los políticos se ocupen de los defectos de los gobiernos.

Por lo demás, esta es la oportunidad de recordar que en nuestra lección anterior dijimos que dentro del documento llamado Constitución, al lado de las decisiones políticas fundamentales que forman propiamente la Cons-

titución, hay otros preceptos que son simplemente leyes constitucionales, y ahora debemos añadir que fuera de la Constitución existen también ciertas leyes constitucionales, como son el llamado Reglamento del Congreso, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley de Secretarías de Estado y algunas otras que para mejor distribución del trabajo se consideraran como parte del derecho administrativo, cuando en realidad pertenecen al derecho constitucional.

Respecto a la jurisprudencia como fuente del derecho, también podemos decir con Wilson:

Las sentencias. Uno de los más fecundos y a la vez quizá, de los más útiles medios de formación del Derecho, en razón de su espíritu abierto, prudente a la par que conservador bajo todos los sistemas, fue el magistrado, el juez. Él fue quien en sus decisiones reconoció y adoptó las costumbres y les dio el apoyo decisivo del poder público; él fue quien adoptó las disposiciones escritas de un modo continuo a los casos particulares, dándoles por tal manera la flexibilidad necesaria y un desenvolvimiento libre. Es la voz autoridad de la comunidad, en su tarea de especificar la aplicación del Derecho; y al hacer esto, como intérprete, necesariamente tiene que elaborar el Derecho. Deliberada o inconscientemente explicándolo, lo moldea y extiende. Su función legítima consiste en leer el Derecho a la luz de su propio juicio consciente y propio, y buscar lo que es más razonable y justo en las costumbres, lo que hay de más práctico y racional o equitativo en la legislación.

Entre nosotros, la jurisprudencia es reconocida como fuente del derecho constitucional, supuesto que, como adelante demostraremos, la Suprema Corte es el supremo intérprete de la Constitución, y la jurisprudencia de ese alto tribunal es obligatoria en materia de amparo.

Respecto a la doctrina, el mismo autor dice:

La discusión científica. Las opiniones cuidadosamente formadas de ciertos sabios, han sido aceptadas con frecuencia como decisivas en el Derecho, pero eso ocurrió con más frecuencia que en nuestro Derecho, en el romano (v. 273-277), aunque tengamos nuestro Coke, nuestros Blackstone, nuestros Story y nuestros Kent, a los cuales atienden con el mayor cuidado nuestros tribunales. La función propia de la ciencia jurídica es interpretar el Derecho, no fragmentariamente, por casos, como los tribunales, sino de suerte que todas sus partes converjan a su desenvolvimiento como doctrina y se constituyan como miembros de un sistema vivo en el pensamiento y en la práctica; da al Derecho sistema, estudia las condiciones y formas de su génesis y desenvolvimiento, y ayuda a los tribunales y a la legislación en su labor de adaptación y creación.

Entre nosotros, en materia constitucional, es frecuente que los tribunales y aun algunos legisladores atiendan con respeto las opiniones de un Vallarta o de un Rabasa, o de algunos otros distinguidos juristas que no quiero mencionar, porque, encontrándose vivos, podrían suponer que trato de adularlos.

El mismo autor Woodrow Wilson considera entre las fuentes del derecho a la religión y la equidad, pero estimamos que la influencia de una y otra solamente puede considerarse indirecta, según el respeto que les concedan los legisladores y los tribunales.