

## ¿PUEDE, CORRECTAMENTE, DECIRSE QUE LA LEY POSITIVA ES “EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD DEL PUEBLO”?

POR

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

El adverbio “correctamente”, que hemos colocado en la pregunta, plantea tres cuestiones a las que deberemos responder: De hecho, en los regímenes parlamentarios, que así lo afirman, es la ley expresión de la voluntad del pueblo, o, por lo menos, de la mayoría? ¿Puede serlo realmente su manifestación parlamentaria o plebiscitaria por encima de otras manifestaciones? ¿Debe, objetivamente, serlo?

### 1. ¿Es la ley expresión de la voluntad del pueblo en los regímenes parlamentarios de las democracias actuales?

Después de que ROUSSEAU dijera que la ley debe ser expresión de la “*volonté générale*”, se tiende a afirmar que la ley es expresión de la voluntad del pueblo. La *Ley para la Reforma política* de 4 de enero de 1977, dice que la ley es “*expresión de la voluntad soberana del pueblo*”. Cuando comenté este inciso (1), frente a esta afirmación contrapuse el siguiente texto de CICERÓN (2): “Si los derechos se fundaran en la voluntad de los pueblos, en las decisiones de los príncipes y en las sentencias de los jueces, sería

---

(1) “La ley, ¿expresión de la voluntad del pueblo?”, publicado en *El País* de 18 de agosto de 1977 y reproducido en mi libro *Más sobre temas de hoy*, Madrid, Speiro, 1979, págs. 173-177.

(2) MARCO TULLIO CICERÓN, *De legibus*, I, XV, 43.

jurídico el robo, jurídica la falsificación, jurídica la suplantación de testamentos, siempre que tuvieran a su favor los votos o plácemes de una masa popular".

Recuerdo haber oído a un parlamentario italiano (en un almuerzo con SCIACCA, en Stressa, cuando este maestro explicaba la filosofía de SANTO TOMÁS DE AQUINO) que el AQUINATENSE había dicho que "el consentimiento de todo el pueblo": "vale más" que "la autoridad del soberano, que tiene la facultad de dictar leyes sólo en cuanto representante de la multitud". Ciertamente, estas palabras son del AQUINATENSE, pero las emplea cuando habla (3) del valor de la costumbre contra ley, donde antes de concluir con ellas, en la respuesta (4), dice que "también mediante las acciones, sobre todo si son tan repetidas que llegan a crear costumbre, puede modificarse y posponerse una ley, y hasta pueden establecerse normas que obtengan fuerza de ley, ya que por medio de actos exteriores muy repetidos se muestra claramente el movimiento interior de la voluntad y los conceptos de la mente; porque es manifiesto que, cuando se repite algo con mucha frecuencia, procede de un deliberado juicio de la razón. De todo lo dicho se deduce que la costumbre tiene fuerza de ley, puede abolir una ley y es intérprete de las leyes". Es decir, el pueblo, "por medio de actos exteriores muy repetidos", puede establecer costumbre con fuerza de ley y abolir una ley. No obsta, pues, su manifestada voluntad si no es apoyada por actos exteriores que constituyan costumbre, pues, "por actos repetidos con mucha frecuencia", se pone de manifiesto que éstos proceden "de un deliberado juicio de la razón". Y —como luego veremos— no se puede decir lo mismo de las leyes aprobadas en los parlamentos.

Sí podría aducirse, con cierta razón, que MARSILIO DE PADUA (5) dijo: "El legislador, o sea la causa eficiente, primera y propia de ley, es el pueblo, esto es el conjunto de los ciudadanos o su parte

(3) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 1.<sup>a</sup>-2.<sup>a</sup>, 97, 3, ad 3, vers. *Si enim sit libera multitudo*.

(4) *Ibid.*, resp., vers. *Unde etiam et per actus*.

(5) MARSILIO DE PADUA, vers. *Defensor pacis*, I, XIII, 3.

prevalente (*aut eis valentiorum partem*), sea por su elección o por la voluntad de los ciudadanos expresada oralmente en asamblea general, prescribiendo aquello que debe ser hecho u omitido respecto de los actos humanos civiles, bajo pena de sanción o suplicio temporal".

Sin embargo, es de advertir —como explica GALVÃO DE SOUSA (6)— que el pueblo, *seu civium universitatem*, era considerado, por el mismo MARSILIO DE PADUA (7) en su organización natural —partiendo de la familia—, como ocurría en las ciudades italianas de su tiempo y no de modo inorgánico e igualitario, conforme después concebiría ROUSSEAU. Su *valentior pars* debía determinarse "*considerata quantitate personarum et qualitate illa super quam lex fertur*" (8). Sobre esta base, MARSILIO mostró su preferencia por la monarquía electiva, en la cual lo que haga el príncipe, "*id facit communitas universa*" (9). De ese modo —sigue comentado GALVÃO (10)— la soberanía del pueblo queda suplantada por el absolutismo del príncipe elegido *cum plenitudo potestatis*, que le dota de plena soberanía en un monismo jurídico y un inmanentismo totales.

En la democracia moderna —como escribió JOAQUÍN COSTA hace cerca de ciento veinte años—: "El país elector es el *servum pecus*, sin personalidad propia, que recibe credo y consigna de lo alto, que obedece sin derecho en ningún caso a mandar", y que, una vez efectuada la elección, "nada le queda ya que hacer" (11). Y unas páginas después, refiriéndose a los partidarios del "doctrinarismo francés", dice: "Piensan que el pueblo ya es rey y soberano, porque han puesto en sus manos la papeleta

(6) JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA, *O totalitarismo nos origens da moderna teoria moderna do Estado. Um estudo sobre o "Defensor pacis" de Marsilio de Padua*, Sao Paulo, Gráficas Saraiva 1972, I, XII, 3.

(7) MARSILIO DE PADUA, *op. cit.*, II, XXIII, 3.

(8) *Ibid.*, I, XII, 3.

(9) *Ibid.*, I, XV, 4.

(10) J. P. GALVÃO DE SOUSA, *op. ult. cit.*, V, 11, pág. 189, en rel. VI, 4, págs. 204 y sigs.

(11) JOAQUÍN COSTA, *La libertad civil y el Congreso de juristas aragoneses*, cap. VI, pág. 167.

electoral; no lo creáis; mientras no se reconozca además al individuo y la familia la libertad civil, y al conjunto de individuos y de familias el derecho de estatuir en forma de costumbre, aquella soberanía es un sarcasmo, representa el derecho a darse periódicamente un amo que le dicte la ley, que le imponga la voluntad: la papeleta electoral es el harapo de púrpura y el cetro de caña con que se disfrazó a Cristo de rey en el pretorio de Pilatos" (12).

Por otra parte, en el régimen parlamentario —como RIPERT (13) hace observar a los juristas—: "la ley es simplemente la expresión de la mayoría de parlamentarios, asimismo elegida por una mayoría de electores. Como los indiferentes son los más, la ley representa sencillamente la voluntad persistente de un hombre o de un grupo de hombres. Se sabe que tal ley ha sido preparada, querida por tal persona o tal grupo, y que el voto ha sido facilitado por tal campaña de prensa y qué dinero ha pagado la propaganda".

Años después, preguntaría CARBONNIER (14): "¿Qué voluntad encarna la ley?" [...] "Puede haber una voluntad colectiva distinta de las voluntades individuales? ¿Debe considerarse la voluntad de la mayoría o, por una especie de ficción, de la totalidad, como creadora de la norma jurídica? ¿Se trata de la voluntad de los representantes, o se trata de la voluntad de los representados, es decir, del pueblo (con la posible repercusión de la cuestión de la minoría)?". Recuerda que es una "ficción" la expresión del artículo 6.º de la *Declaración de los derechos del hombre* de 1789: "La ley es la expresión de la voluntad general".

Para la interpretación de la ley —indica— se deduce "una consecuencia que va a desprenderse del hecho de que aquélla constituye una manifestación de voluntad". "En el siglo XIX ha sido corriente, sobre todo en derecho civil, la interpretación de la

---

(12) *Ibid.*, pág. 177.

(13) GEORGES RIPERT, *Le régime démocratique et le "droit civil moderne"*, Introducción, 3; cfr. 2.ª ed., París, Libr. Générale de Dr. et Jur. 1948, págs. 7 y sig.

(14) JEAN CARBONNIER, *Derecho civil*, vol. I, cap. I, sec. I, I; cfr. en castellano, Barcelona, Bosch Casa Ed., 1960, págs. 21 y sig.

ley sirviéndose de la *intención del legislador*" [...] "Actualmente está en decadencia este método de interpretación psicológica. La figura del legislador se desdibuja a medida que la elaboración de la ley se pierde en el pasado (algo así como el testamento del difunto olvidado) ¿Es posible que, habiendo variado las circunstancias, siga queriendo el legislador lo mismo que quiso hace cien o ciento cincuenta años?" [...] "Además, para tomar en consideración la voluntad del legislador, sería preciso creer en su existencia, siendo así que, en la génesis parlamentaria, esa intención viene a ser algo de muy difícil definición: debates confusos, opiniones contradictorias, reflexiones absurdas e inoportunas. ¿Dónde es posible localizar, en medio de todo ello, una voluntad clara, segura de sí y debidamente orientada en relación a su objeto?"

Además el propio ROUSSEAU (15) —que acudió a la voluntad general y la definió— advierte que, cuando se forman "facciones, asociaciones parciales", la voluntad de cada una de éstas es "particular en relación al Estado"; y, entonces, en éste "no hay tantos votantes como hombres, sino solamente tantos como asociaciones"; y, si una asociación "llega a ser tan grande que predomina sobre todas las demás", "entonces ya no hay voluntad general, y la opinión que la constituye no es sino una opinión particular".

Ya había advertido, años antes, MONTESQUIEU (16) que, "frecuentemente, haciendo nacer la libertad de un Estado dos facciones, la facción superior se sirve de sus ventajas. Una facción que domina no es menos terrible que un príncipe de cólera" [...] "Tengo por muy poca cosa" [...] "el privilegio de odiar a la mitad de sus conciudadanos".

En los regímenes parlamentarios partitocráticos actuales, con listas cerradas de candidatos y disciplina de partido, resulta: en la emisión del voto para elegir a los diputados, que, al ser escaso el número de partidos con posibilidades de tener representación parlamentaria, abunda el voto del mal menor, el voto del miedo, el voto de castigo, y que nadie puede elegir a los representantes

(15) ROUSSEAU, *Du contrat social*, IV, 1, págs. 149 y sigs.

(16) MONTESQUIEU, M. P., 1802 (52), col "De la Pléiade", 1, págs. 1431 y sigs.

que prefiere sino a la lista cerrada que considere más próxima, aunque no quiera a alguno de los incluidos en ella y desee votar a otros; y, finalmente, que los parlamentarios no tienen mandato imperativo alguno de sus votantes sino sólo del partido al cual pertenecen.

## **2. ¿Puede considerarse que la ley votada en un parlamento expresa la voluntad del pueblo por encima de otras manifestaciones del mismo pueblo?**

Hemos visto, al contestar a la pregunta anterior, que SANTO TOMÁS DE AQUINO, refiriéndose al valor de la costumbre contra ley, dice que "por actos exteriores muy repetidos se muestra muy claramente el movimiento interior de la voluntad y los conceptos de la mente; porque es manifiesto que cuando se repite algo con mucha frecuencia, procede de un deliberado juicio de la razón".

En cambio, ocurre que, si bien en cuestiones en las que el pueblo se halla suficientemente experimentado está capacitado para elegir bien a quienes conoce y sabe que se hallan dotados de las cualidades precisas para ejercer bien su cargo, en cambio no lo está para escoger como representantes a quienes no conoce de ese modo y, menos aún, para delegarles algo cuando no se encuentra suficientemente instruido para decidir lo que se debe o no hacer. En ese sentido, decía MONTESQUIEU (17): "Uno conoce mejor las necesidades de su ciudad que la de otras ciudades, y juzga mejor de la capacidad de sus vecinos que las de sus compatriotas. No deben pues, sacarse los miembros del cuerpo legislativo del cuerpo general de la nación, sino que conviene, en cada lugar principal, que entre sus habitantes se escoja un representante".

Hoy, en las macropolis actuales, esa dificultad alcanza a los vecinos de la propia ciudad, ya que fuera de cada profesión es difícil escoger a los mejores de otras para conferirles con pleno conocimiento su representación. Esta dificultad no desaparece ni

---

(17) *Ibid.*, e. L. II, II, 9.

siquiera se reduce con la propaganda electoral —aunque ésta no fuera engañosa—, sino que, con ella, se acrecienta la confusión y se pone en situación desigual, ante los electores, a quienes disponen de medios para utilizarla y quienes carecen de ellos.

Por eso, la voluntad reflexiva del pueblo se muestra en las costumbres mucho mejor que en la elección de sus representantes en el parlamento. Uno de los mejores jurisconsultos romanos de la época clásica, JULIANO (18) había visto claramente que: "No sin razón se guarda como ley la costumbre inveterada, y esto es el derecho que se dice establecido por la costumbre. Porque, así como las mismas leyes por ninguna otra causa nos obligan sino porque fueron admitidas por la voluntad del pueblo, así también mercedamente guardarán todo lo que sin estar escrito aprobó el pueblo; porque ¿qué importa que el pueblo declare su voluntad por votos o con las mismas cosas y hechos? Por lo cual, también está rectísimamente admitido que las leyes se deroguen no sólo por el sufragio del legislador, sino también, por el tácito consenso de todos, por el desuso puede ser abrogadas".

JOAQUÍN COSTA, en su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, advierte que el sistema parlamentario sólo deja al pueblo ejercer la soberanía en el momento de depositar la papeleta electoral y, a partir de aquí hasta las nuevas elecciones, la asume el parlamento legislador (19), y en contra de esto estima (20): "No es la soberanía lo que el pueblo transfiere por el hecho de votar a tal o cual ciudadano el día de las elecciones, como no renuncia a su personalidad civil, como no renuncia ni suspende su capacidad jurídica ni su facultad de obrar el individuo cuando confiere poder a uno de sus amigos para que obre por él y le represente en determinados actos, juicios y ventas, transacciones, cobros, casamientos, licencias, donaciones, actos de conciliación, etc. Nombra concejales, diputa-

(18) JULIANO, *Dig.* 1, 3, 32, 1.

(19) JOAQUÍN COSTA, *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el "status" individual, el referendum y la costumbre*, IV, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (discurso de ingreso), 1901, págs. 62 y sigs.

(20) *Ibid.*, pág. 63.

dos, senadores para que se constituyan en órganos suyos de expresión, intérpretes de su conciencia jurídica, y la traduzcan en normas prácticas apropiadas a la satisfacción de las necesidades que al derecho toca satisfacer, pero conservando íntegra y en ejercicio su personalidad, y, por tanto, su potestad soberana que es inalienable, y, con ella, el poder de iniciativa para legislar directamente por sí, o, dicho en términos más generales, para elaborar en persona derecho positivo”.

De ahí que COSTA aduce los casos de rechazo de las leyes por todo el pueblo, su desuso y la “llamada” costumbre contra ley, y sostiene que (21): “no digamos que el pueblo ha sido infiel a la ley, sino que el legislador ha sido infiel al derecho; no es el pueblo quien desobedece al legislador, es el legislador quien desobedece al pueblo, único soberano. Ni siquiera hay, en realidad, costumbre según ley, fuera de ley y contra ley, conforme a la aneja distinción de los juristas y de los leguleyos, lo que hay es *ley según costumbre, fuera de costumbre y contra costumbre*, y lo que se debe indagar es cuál de estas tres categorías de ley es legítima, caso que alguna lo sea” [...] “El legislador no tiene derecho a mandar aquello para que el pueblo explícita o implícitamente no le autoriza, y seguramente que no le había autorizado para mandar lo dispuesto en una ley que el pueblo no cumple o deja caer en desuso. El legislador es un representante, es un órgano, es un criado, es un escribiente, se rebela y escribe cosa distinta de lo que le dictó su amo o ha hecho ya, él nunca se llama en engaño y niega su firma y su sanción a lo escrito...”.

En el derecho positivo vigente están radicalmente contrapuestas las posiciones del *Código civil* español y de las Compilaciones y Códigos de derecho especial o foral hispánicos. Éstos dan prevalencia a las costumbres sobre las leyes que no sean de derecho necesario.

Pero, éste no es aquí nuestro tema y lo único que tratamos de resaltar es que no puede decirse de la ley que sea expresión de la voluntad del pueblo si éste lo desmiente de hecho con otras manifestaciones más concretas y concluyentes.

---

(21) *Ibid.*, págs. 60 y sig.



### 3. Objetivamente considerada, ¿debe ser ley la voluntad expresada por el pueblo?

Tanto SANTO TOMÁS DE AQUINO (22) como, antes, SAN RAIMUNDO DE PENYAFORT (23) partían de que la costumbre prevalente sobre la ley sólo es la costumbre racional, y, después, Joaquín Costa (24) advertiría de que no es posible costumbre contra el derecho necesario. También, conforme la concepción tradicional de la ley ésta es una ordenación racional, y de no serlo no vale ni es ley. En ese sentido TOMÁS MIERES (25), refiriéndose a la inadmisión de recurso al rey en contra de los señores por malos tratos de estos a sus vasallos, afirmaría rotundamente que, siendo ésta una costumbre irracional e injusta, no cabía convalidarla por ley paccionada alguna: "*quod Rex, etiam cum tota curia non potuit, neque posset facere legem iniquam contra legem Dei; quae si facta foret, non valeret, nec esset lex, quia oportet, quod lex sed iusta et rationabilis*".

La democracia es, sin duda, el régimen óptimo para elegir a los gobernantes si se dan las circunstancias que son precisas para ello (26); pero nunca lo es para determinar cuál es la verdad objetiva, ni lo que es bueno o malo, justo o injusto. Por eso, la democracia moderna, al admitir que la voluntad parlamentaria puede legislar determinando aquello que debe hacerse y lo que no aunque esa determinación vaya en contra de la razón objetiva, parte sea de la inexistencia de ésta o bien considera que esa mayoría se halla capacitada para determinarla, a pesar de que de hecho esa mayoría depende de cuál sea la ideología triunfante en los comicios. El mismo Kelsen reconoció: "De hecho, la causa de la democracia aparecería desesperada si se partiera

(22) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 1.<sup>a</sup>-2.<sup>a</sup>, 97, 3, ad 1.

(23) SAN RAIMUNDO DE PENYAFORT, *Summa iuris*, 9.

(24) JOAQUÍN COSTA, *Teoría del hecho jurídico*, 31, págs. 239 y sig.

(25) TOMÁS MIERES, *App.* II, coll XI, cap. III, 46 y 47, pág. 513.

(26) Cfr. mi libro *Montesquieu. Leyes, gobiernos y poderes*, IX, 1, págs. 295-299.

de la idea de que puede accederse a verdades y captarse valores absolutos" (27).

Esta omnipotencia de la ley resulta irracional bajo el punto de vista estrictamente científico. En su famoso discurso de 1847, en Berlín, el fiscal J. H. VON KIRSCHMANN advirtió que a la ciencia del derecho le sucede algo distinto que a las ciencias naturales y a todas las demás ciencias, en las que "el saber deja incólume el ser, retrocediendo con veneración ante él", mientras que en "la esfera del derecho la ley positiva consigue todo lo contrario. El saber del derecho, aun el falso y deficiente, se sobrepone al ser" (28). En la ciencia del derecho: "Su objeto es la ignorancia, la desidia, la pasión del legislador" [...]. "Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que viven en la madera podrida, *desviándose de la sana ponen su nido en la enferma*" [...] "Lo lamentable de la jurisprudencia es precisamente que excluye de su seno a la política", que, "por consiguiente, ella misma se declara incapaz de dominar o, simplemente, de dirigir la materia y el curso de las nuevas formas, mientras que todas las demás ciencias lo consideran como su parte más esencial, su cometido supremo" (29).

Por otra parte, la moral social y los valores objetivos superiores tampoco son una opinión que pueda imponerse en virtud de una votación, plebiscitaria ni parlamentaria. La doctrina pontificia de la Iglesia católica viene repitiéndolo. JUAN PABLO II la ha sintetizado en los siguientes párrafos (30):

"Si bien es verdad que la Iglesia no ofrece un modelo concreto de gobierno o de sistema económico (cfr. *Centesimus annus*, 43), aprecia el sistema de la democracia, en la medida en que asegura la participación de los ciudadanos en las opciones

(27) H. Kelsen, *La democracia, su naturaleza, su valor*, París, Sirey 1932, capítulo X, pág. 110.

(28) JULIUS HERMANN VON KIRSCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia*, cfr. en castellano, Madrid, IEP 1961, págs. 48 y sig.

(29) *Ibid.*, págs. 82 y sig.

(30) JUAN PABLO II, *Mensaje de 23 de febrero de 2000 a los participantes en la sexta sesión plenaria de la Academia Pontificia de Ciencias Sociales*.

políticas y garantiza a los gobernados la posibilidad de elegir y controlar a sus propios gobernantes, o bien la de sustituirlos oportunamente de manera pacífica» (*ib.*, 46).

"En el umbral del tercer milenio, la democracia afronta un problema muy serio. Existe una tendencia a considerar el relativismo intelectual como el corolario necesario de formas democráticas de vida política. Desde esta perspectiva, la verdad es establecida por la mayoría y varía según tendencias culturales y políticas pasajeras. Así, quienes están convencidos de que algunas verdades son absolutas e inmutables son considerados irrazonables y poco dignos de confianza. Por otra parte, los cristianos creemos firmemente que «si no existe una verdad última, la cual guía y orienta la acción política, entonces las ideas y las convicciones humanas pueden ser instrumentalizadas fácilmente para fines de poder. *Una democracia sin valores se convierte con facilidad en un totalitarismo visible o encubierto, como demuestra la historia.*» (*ib.*, 46).

"Así pues, es importante ayudar a los cristianos a demostrar que la defensa de las normas morales universales e inmutables constituye un servicio que no sólo prestan a las personas, sino también a la sociedad en su conjunto: dichas normas «constituyen el fundamento inquebrantable y la sólida garantía de una justa y pacífica convivencia humana y, por tanto, de una *verdadera democracia*» (*Veritatis splendor*, 96). En efecto, la democracia misma es un medio y no un fin, y «el valor de la democracia se mantiene o cae con los valores que encarna y promueve» (*Evangelium vitae*, 70). Estos valores no pueden basarse en una opinión cambiante, sino únicamente en el reconocimiento de una ley moral objetiva, que es siempre el punto de referencia necesario".