

I. Por Constitución moderna del Estado burgués de Derecho se entiende aquí una clase de Constitución a la que pertenece la mayoría de las hoy existentes. Sólo por esta razón llamamos «moderna» a esta clase de Constituciones. La palabra no va ligada a ningún juicio de valor en el sentido del progreso, de la adecuación a los tiempos o cosa semejante.

1. La moderna Constitución del Estado burgués de Derecho se corresponde en sus principios con el ideal de Constitución del individualismo burgués, y tanto que se suelen equiparar estos principios a Constitución y atribuir el mismo significado a las expresiones «Estado constitucional» y «Estado burgués de Derecho» (artísta, § 4, pág. 58). Esta clase de Constituciones contiene, en primer término, una decisión en el sentido de la libertad burguesa: libertad personal, propiedad privada, libertad de contratación, libertad de industria y comercio, etc. El Estado aparece como el servidor, rigurosamente controlado, de la sociedad; queda sometido a un sistema cerrado de normas jurídicas o, sencillamente, identificado con ese sistema de normas, así que se convierte en sólo norma o procedimiento. En realidad, el Estado de Derecho, pese a toda la juridicidad y normatividad, sigue siendo un *Estado*, y contiene siempre un otro elemento específicamente *político*, a más del elemento específico del Estado de Derecho. Sobre esta unión y mixtura, abajo (§ 16, pág. 201). Por eso, no hay ninguna Constitución que sea, puramente y sin residuo, un sistema de normas jurídicas para la protección del individuo frente al Estado. Lo político no puede separarse del Estado —unidad política de un pueblo—; despolitizar el Derecho político (*Staatsrecht*) no es otra cosa que «desestatizar» el Derecho político. Lo propio del Estado de Derecho es, tan sólo, una parte de toda Constitución moderna. Por eso resulta todavía atinado lo que dijo F. Stahl

sobre el Estado de Derecho: «No significa finalidad y contenido del Estado, sino sólo modo y carácter de su realización», frase a propósito de la cual declaraba un notable representante de la doctrina del Estado burgués de Derecho, Rodolfo Gneist, que podía «suscribirla literalmente» incluso cualquier adversario del punto de vista de Stahl (Stahl, *Staats- und Rechtslehre*, II, págs. 137; Gneist, *Der Rechtsstaat*, 1872, pág. 60).

Sin embargo, este elemento típico del Estado de Derecho es tan significativo y característico para la Constitución moderna, y de otra parte, constituye en sí un tal sistema cerrado de principios, que ello justifica y hace necesario el exponerlo y tratarlo aisladamente.

2. La moderna Constitución del Estado burgués de Derecho es, por lo pronto, según su devenir histórico y su esquema fundamental, todavía hay dominante, una Constitución *liberal*, y liberal en el sentido de la *libertad burguesa*. Su sentido y finalidad, su *telos*, es, en primera línea, no la potencia y brillo del Estado, no la *gloire*, según la división de Montesquieu (arriba, § 4, II, 1, pág. 59), sino la *liberté*, protección de los ciudadanos contra el abuso del Poder público. Así, pues, se funda, como dice Kant, «en primer término, según los principios de la libertad de los miembros de una sociedad en cuanto seres humanos».

Kant: *Zum ewigen Frieden* (*La paz perpetua*), II, primer artículo definitivo; además: *Vom Verhältniss der Theorie zur Praxis im Staatsrecht*, ed. Vorländer, Phil. Bibl., 47, página 87: «El estado civil, pues, como estado jurídico, está fundado en los siguientes principios *a priori*: 1) libertad de todo miembro de la sociedad, como ser humano; 2) la igualdad del mismo respecto de todos los demás, como súbdito; 3) la independencia de todo miembro de una comunidad, como ciudadano.» Las formulaciones de Kant son de interés aquí porque contienen la más clara, definitiva, expresión de estas representaciones principales de la Ilustración burguesa, hasta ahora no sustituidas por ninguna nueva fundamentación ideal.

3. De la idea fundamental de la libertad burguesa se deducen dos consecuencias, que integran los dos principios del elemento típico del Estado de Derecho, presente en toda Constitución moderna. Primero, un *principio de distribución*: la esfera de libertad del individuo se supone como un dato anterior al Estado, quedando la libertad del individuo *ilimitada en principio*, mientras que la facultad del Estado para invadirla *es limitada en principio*. Segundo, un *principio de organización*, que sirve para poner en práctica ese principio de distribución: el poder del Estado (limitado en principio) *se divide* y se encuentra en un sistema de competencias circunscritas. El principio de distribución —libertad del individuo, ilimitada en principio; facultad del poder del Estado, limitada en principio— encuentra su expresión en una serie de derechos llamados fundamentales o de libertad; el principio de organización está contenido en la doctrina de la llamada división de poderes, es decir, distinción de diversas ramas para ejercer el Poder público, con lo que viene al caso la distinción entre Legislativo, Gobierno (Administración) y Administración de Justicia —Legislativo, Ejecutivo y Judicial—. Esta división y distinción tiene por finalidad lograr

frenos y controles recíprocos de esos «poderes». Derechos fundamentales y división de poderes designan, pues, el contenido esencial del elemento típico del Estado de Derecho, presente en la Constitución moderna.

El ya citado art. 16 de la *Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano* dice, por eso, con razón: Un Estado sin derechos fundamentales y sin división de poderes no tiene Constitución, es decir, no tiene Constitución en el sentido del concepto ideal de Constitución propio del Estado burgués de Derecho. Para Kant todo Estado encierra tres poderes: «la voluntad general unida en personalidad triple como legislador, gobernante y juez» (*Rechtslehre*, II parte, *Das Staatsrecht*, § 45, *Vorländer*, pág. 136). Sólo un Estado con división de poderes tiene la «única Constitución jurídica» (en contraposición con el señorío de hombres y arbitrariedad), mediante la separación del que legisla y el que aplica la ley y el que administra justicia. Toda supresión de esta distinción significa «despotismo» (*Zum ewigen Frieden*, Sección II, primer artículo definitivo, *Vorländer*, pág. 129). También Hegel afirma la distinción, si bien rechaza una separación mecánica y abstracta (*Rechtsphilosophie*, § 269, *Lessing*, pág. 206; además, págs. 220 y 337). En su obra de juventud sobre la Constitución de Alemania, 1802 (*Lessing*, pág. 3, nota), se refiere al despotismo de un Estado sin Constitución, bien que bajo la impresión de aquel art. 16 de la Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Ya antes de dicha Declaración había sido expresado ese pensamiento en las Constituciones americanas. La Declaración de derechos de Virginia (1776) dice en el art. 5.º y en el texto de la Constitución misma: Cada uno de los tres poderes tiene que formar una sección separada, ninguno puede ejercer la función de otro, nadie puede ejercer función pública en más de una sección, etc. Análogamente, otras Constituciones americanas, si bien la Constitución federal de 1787, que realiza el principio con singular consecuencia, no contiene proclamación expresa. La Constitución francesa de 1791 repite el art. 16 de la Declaración de derechos del Hombre, y exige la separación de poderes (*séparation des pouvoirs*). La Constitución jacobina de 1793 no habla de división o separación de poderes, así como tampoco el proyecto de Constitución girondina (Condorcet), que se contenta en el art. 29 de su Declaración de derechos con hablar de la necesidad de una «delimitación de las funciones públicas por ley» y del aseguramiento de la responsabilidad de todos los funcionarios públicos. La Constitución de 1795, por el contrario (Constitución directorial del año III), proclama expresamente (art. 22 de su Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano): «La garantía social no puede darse si no existe la división de poderes, no están fijados sus límites y no está asegurada la responsabilidad de los funcionarios públicos.» La Constitución francesa de 4 de noviembre de 1848 declara en el art. 19: La separación de poderes es la primera condición de un Gobierno libre. Las Constituciones del Segundo Imperio (art. 1.º de la de 14 de enero de 1852 y art. 1.º de la de 21 de mayo de 1870), dicen: «La Constitución reconoce, confirma y garantiza los grandes principios proclamados en 1789, que forman la base del Derecho público de los franceses.» No con la misma dogmática de principio, pero sí como afirmación expresa, determina la Constitución de Francofort de 28 de marzo de 1849 (§ 181), que la Justicia y la Administración han de estar separadas e independientes entre sí; se tenía por suficiente esa separación, porque sólo había cuenta de la defensa contra el Gobierno monárquico, mientras que nadie pensaba en una defensa contra el Legislativo, teniéndose por resuelto ese problema mediante la cooperación de la Representación popular en la Legislación; junto a eso se proclamaban los derechos fundamentales de los alemanes.

4. Aun allí donde, en una Constitución moderna del Estado de Derecho, no se encuentran expresamente pronunciados o promulgados los derechos fundamentales y la división de poderes, han de valer, sin embargo, como principios del Estado burgués de Derecho; pertenecen al contenido jurídico-positivo de toda Constitución que encierre una decisión a favor del Estado burgués de Derecho.

Acuerda de que los derechos fundamentales (derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789) siguen en vigor con significación jurídico-positiva para el Derecho político francés, si bien las actuales leyes constitucionales de 1875 no los enumeran ya; comp. A. Lebon: *Das Verfassungsrecht der französischen Republik*, 1909, pág. 174. Los principios de la Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 han tomado tal carta de naturaleza en la conciencia de los franceses que se hace ocioso el fijarlos en la Constitución; además, Esmein-Néard, I, pág. 561; Duguit, *Droit Constitutionnel*, 2.^a ed., II (1923), pág. 159; III, pág. 563.

5. La Constitución de Weimar enumera en su parte segunda los derechos y deberes fundamentales de los alemanes. Con esto, se reconoce el fundamental principio de distribución del Estado burgués de Derecho, si bien queda debilitada y oscurecida la impresión de ese reconocimiento al colocar prescripciones diversas que por razones políticas se quiso inscribir en el texto de la ley constitucional, además de programas de reforma social y otras cosas, junto y entre los derechos fundamentales propiamente dichos, de modo inmediato y asistemático. El principio de organización, de la distinción de los tres poderes, no está promulgado expresamente, pero reside en la base de las prescripciones orgánicas de la primera parte, y es también reconocible en los epígrafes de las distintas secciones (Legislación del Reich, Administración del Reich, Administración de Justicia). La organización federal del Reich presupone en todo caso la distinción de poderes, porque la distribución de las competencias entre el Reich y los países no está, en general, regulada por materias, sino con arreglo a Legislación, Administración y Justicia. La organización de las autoridades del Reich descansa en la distinción usual entre legislación y Gobierno; dentro del Gobierno se realiza todavía una especial división de las facultades entre el Presidente del Reich y el Gobierno. Por último, el Reichstag no se organiza como Cámara de Estados, y por eso pudo recibir una participación en la Administración; como Cámara de Estados, es decir, órgano legislativo, hubiera tenido que permanecer alejado, según los principios de una distinción consecuente entre Legislación y Administración, de los asuntos administrativos (H. Preuss, *Prot.*, pág. 120).

También para otras Constituciones vale el principio de la distinción de poderes como elemento necesario de la condición de Estado de Derecho. El Tribunal federal suizo pronunció, en su calidad de Tribunal de Estado, el principio fundamental de que «todo ciudadano posee el derecho de que los distintos poderes del Estado no actúen más allá de su esfera», siendo indiferente si, por lo demás, está expresamente proclamado el principio de la separación de poderes en la Constitución federal, o si resulta

espontáneamente de la distinción entre Poder legislativo, judicial y ejecutivo (demonstración, en Fleiner: *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, pág. 447, notas 21 y 23).

II. El concepto de Estado de Derecho. El actual concepto de Estado de Derecho se ha fijado bajo el punto de vista de la libertad burguesa. De aquí recibe un sentido específico la equivoca expresión «Estado de Derecho».

1. Según la significación general de la palabra, puede caracterizarse como Estado de Derecho todo Estado que respete sin condiciones el Derecho objetivo vigente y los derechos subjetivos que existan. Esa significación legítima y eternizar el *status quo* vigente y tener por más importantes los «derechos bien adquiridos» —sea del individuo, sea de cualesquiera asociaciones y corporaciones— que la existencia política y seguridad del Estado. En este sentido, el viejo Imperio alemán, el Imperio romano de la Nación alemana, era, en los tiempos de su disolución, un ideal Estado de Derecho; su condición de tal no significaba otra cosa que la expresión y medio de su caída. Los derechos bien adquiridos de cualquier estamento o vasallos podían detener toda acción política. Pero con la supresión de la existencia política del Imperio quedaron suprimidos al mismo tiempo todos esos derechos bien adquiridos.

Así, puede decir Bluntschli (art. «Rechtstaat», en su *Staatslektion*) que el Estado medieval (*Lehenstaat*) es un Estado de Derecho; o Max Weber (*Wirtschaft und Gesellschaft*, pág. 745) que el Estado de Derecho de la Edad Media fue un Estado de Derecho con derechos subjetivos, «un entresijo de derechos bien adquiridos», mientras que el moderno Estado de Derecho es una ordenación jurídica objetiva, es decir, un sistema de reglas abstractas. También Gneist habla, en su libro sobre el tema, de este Estado de Derecho en el Imperio alemán, pero sólo a causa de la jurisdicción, cuidadosamente articulada, que estaba prescrita para la protección de los derechos de todos contra todos, y sobre todo, también para la protección de los súbditos frente a disposiciones y ordenanzas de la autoridad del país que lesionaran el Derecho. No desconoce, por lo demás, que este sistema conduce a la disolución del Estado, porque descansa en la mezcolanza de derechos privados y públicos (pág. 52).

2. En el sentido del Estado burgués de Derecho, la palabra recibe su significación, por lo pronto, mediante una serie de contraposiciones, tiene, en primer término, como algunas de tales designaciones, un sentido polémico. Estado de Derecho significa el contraste frente al Estado de fuerza —el varias veces citado contraste entre *liberté du citoyen* y *gloire de l'état*—. Otra significación estriba en el contraste con el Estado de policía, de bienestar, o cualquier otra clase de Estado que no se proponga exclusivamente el mantenimiento del orden jurídico. Por orden jurídico es preciso entender un orden jurídico burgués basado en la propiedad privada y en la libertad personal, y considerar al Estado como la garantía armada de este orden, paz y seguridad burguesa.

3. El concepto del Estado burgués de Derecho recibe un sentido preciso cuando, no contentándose con los principios generales de la libertad burguesa y de la defensa del Derecho, se establecen ciertos *critérios orgá-*

ricos y se sostienen como característicos del verdadero Estado de Derecho. El fundamento general de la organización sigue siendo, naturalmente, el principio de la distinción de poderes. Pero, durante la lucha política de la burguesía liberal, se desprenden de este principio otras diversas consecuencias que llevan a acentuar y suscitar pretensiones especiales.

a) Sólo valdrá como Estado de Derecho aquel en que no puedan intentarse injerencias en la esfera de libertad individual sino a *bases de una ley*; por lo tanto, sólo aquel Estado cuya Administración esté dominada, según la expresión de O. Mayer, por la «reserva» y «preeminencia» de la ley. La dirección polémica de esta especialización del concepto apunta contra la Administración; políticamente hablando, contra los medios de fuerza del Gobierno monárquico: ejército y burocracia. Sólo un Estado en el que toda la actividad administrativa, sobre todo la policía, se encuentre colocada a reserva y bajo la preeminencia de la ley, y sólo a base de ésta sean admisibles las injerencias en la esfera de libertad del individuo, se llama, pues, Estado de Derecho. El principio de la legalidad en la Administración pasa a ser la nota característica. La garantía de la libertad burguesa estriba, así, en la Ley; una ulterior cuestión es la de qué garantías se dan contra el abuso de la Ley; pero de esta cuestión no llegó a tener conciencia, en el siglo XIX, la burguesía alemana, porque todo el interés teórico y práctico se condensaba en la lucha contra el Gobierno monárquico y la Administración monárquica; comp. sobre esto, abajo, § 13.

b) Sólo valdrá como Estado de Derecho aquel cuya actividad total quede comprendida, sin residuo, en una suma de competencias rigurosamente circunscritas. La división y distinción de poderes contiene el principio básico de esta general *mensurabilidad de todas las manifestaciones de poder del Estado*. La exigencia de mensurabilidad se desprende del principio de distribución, propio del Estado burgués de Derecho, según el cual la libertad del individuo es ilimitada en principio, y toda facultad del Estado, por el contrario, limitada en principio y, por lo tanto, mensurable. Mensurabilidad general es el supuesto de controlabilidad general. Todas las actividades estatales, incluso legislación y gobierno, se pueden reducir a un previo funcionamiento calculable, según normas fijadas de antemano. Todo se encuentra apresado en una red de competencias, nunca ilimitadas en principio, ni siquiera las extremas, ni siquiera la «competencia de competencias»; nunca «plenitud de poder público», sino siempre facultad controlable, cuya extralimitación puede poner en movimiento un procedimiento de forma judicial. Por tal modo, se desprenden del sistema cerrado del Estado burgués de Derecho las exigencias de legalidad, competencia, controlabilidad y forma judicial. La Constitución aparece como la ley fundamental de este sistema de leyes. Se finge que, *primero*, la Constitución no es más que un sistema de normaciones legales; *segundo*, que este sistema es cerrado, y que, *tercero*, es «soberano», es decir, que nadie puede quebrantarlo, ni siquiera influir en él por razones y necesidades de la existencia política.

c) Como una característica orgánica de singular importancia en el Estado burgués de Derecho, se cita la *independencia judicial*, según la garan-

tiza el art. 102 C. a. No basta, claro está, garantizar la independencia para los pleitos de derecho privado y para los asuntos penales. Esto nada tendría de particular - fue siempre así por completo en todas las Monarquías - bien organizadas—. El interés de la burguesía liberal en lucha por el Estado de Derecho perseguía, ante todo, también un control judicial de los medios de poder propios del Gobierno monárquico, y concretamente de la burocracia administrativa. Así se explica que se haya designado como Estado de Derecho sólo a aquel en que hay un *control judicial de la Administración*. En el celo como la «omnipotente burocracia», se llegó durante un tiempo a exigir la supresión de la Administración toda a los *Tribunales civiles*. «Derecho y Ley pueden adquirir verdadera significación y fuerza sólo allí donde encuentran dispuesta una sentencia judicial para su realización.» Este postulado fundamental del pensamiento del Estado de Derecho se halla en el célebre escrito del conde de Hesse, Bähr (*Der Rechtsstaat*, Cassel, 1864). La particularidad de su característico escrito consiste en que sólo se aprecian como instancias judiciales los Tribunales civiles ordinarios; y así, toda la vida estatal puede ser sometida al control de jueces de partido y de apelación. De modo tal, el Estado de Derecho se convierte en el llamado *Estado de Justicia*.

Frente a esto se ha reconocido siempre en Estados de vida política de gran significación, en Prusia sobre todo, la necesidad de una *Justicia administrativa* especial. Rodolfo Gneist, particularmente, en su muy citado escrito sobre el Estado de Derecho (1872), ha representado la exigencia de una jurisdicción administrativa especial, después que Lorenzo von Stein se hubo enfrentado en su *Verwaltungsglebe* —Teoría de la Administración— (Stuttgart, 1865) con aquellas construcciones jusprivatistas y mostrado las singularidades del Poder ejecutivo. Así, llegó a ser la Justicia administrativa una característica orgánica del Estado de Derecho. Gneist asoció aquí de un modo peculiar su concepto de la Administración autónoma como actividad honoraria de los ciudadanos ricos e instruidos, con el concepto del Estado de Derecho. El pensamiento básico de sus construcciones es la necesidad de integrar la sociedad (esto es, la burguesía rica e instruida) en el Estado, pensamiento cuyos supuestos sistemáticos deben buscarse en Lorenzo von Stein. Lo que Gneist tenía en la imaginación puede describirse bien en la siguiente frase: «Los órganos de la jurisdicción administrativa no pueden ya, dentro de un Estado constitucional, seguir consistiendo exclusivamente en la burocracia profesional; antes bien, requieren una estructura orgánica salida del seno de la sociedad (con esto se pensaba en la actividad honoraria de *ciudadanos instruidos, no funcionarios*). En esta nueva estructura está el punto de Arquímedes del actual Estado de Derecho» (páginas 159/160).

De modo tal, cada vez se especializa más el criterio orgánico del Estado burgués de Derecho. En general, puede decirse que, según la concepción de hoy, basta con que, para el terreno del Derecho administrativo se organicen como Tribunales administrativos unos especiales, con jueces independientes, que decidan dentro de un procedimiento de forma judicial. La

regulación de la Ley prusiana de Administración, de 30 de julio 1883, satisfizo el mínimo de esta modalidad del Estado de Derecho, si bien no concede ninguna posibilidad general de demanda, al modo de la jurisdicción civil, sino que se atiene al llamado principio enumerativo; es decir, que sólo pueden llevarse ante el Tribunal administrativo aquellos asuntos respecto de los cuales la Ley lo consienta expresamente (sistema que suele denominarse de acciones).

4. El ideal pleno del Estado burgués de Derecho culmina en una *conformación judicial general* de toda la vida del Estado. Para toda especie de diferencias y litigios, sea entre las autoridades superiores del Estado, sea entre autoridades y particulares, sea, en un estado federal, entre la Federación y un Estado-miembro, sea entre Estados-miembros, etc., habría de haber, para ese ideal de Estado de Derecho, un procedimiento en que, sin atención a la clase de litigio y de objeto litigioso, se decidiera a la manera del procedimiento judicial. Con esto se olvida que el supuesto más importante de un tal procedimiento es que haya normas generales en vigor. Pues el juez es «independiente», sólo a condición de que haya una norma de la que dependa, tanto más incondicionalmente cuanto que por «normas» es preciso entender una regla general fijada de antemano (abajo, § 13). Sólo la validez de una tal regla da fuerza a la decisión judicial. Allí donde esa norma falta, puede hablarse, a lo sumo, de un procedimiento de mediación, cuyo resultado práctico depende de la autoridad del mediador. Si la importancia no hay mediación auténtica, sino una decisión *política* más o menos equívoca. El juez, como tal, no puede tener nunca un poder o autoridad independiente de la validez de la Ley. Un mediador o un componedor puede gozar, incluso sin poder político, de una autoridad personal más o menos grande, pero sólo bajo el doble supuesto de que, *primero*, a las partes litigantes les sean comunes ciertas ideas de equidad, decencia, o ciertas premisas morales, y, *segundo*, que las contraposiciones no hayan alcanzado todavía el grado extremo de su intensidad. Aquí está el límite de toda forma judicial y de toda composición. El Estado no es sólo organización judicial; es también cosa distinta a un juez arbitral o un componedor neutral. Su esencia estriba en que adopta la *decisión política*.

5. El problema de la *justicia política*. En el caso de litigios que, existiendo una conformación judicial general, habrían de ser decididos competentemente, según sus circunstancias o el objeto litigioso, por los Tribunales ordinarios —civiles, penales o administrativos—, puede acusarse tan vigorosamente el carácter político de la cuestión litigiosa, o el interés político del objeto litigioso, que haga necesario atender, incluso en un Estado burgués de Derecho, a la singularidad política de tales casos. Aquí reside el problema propio de la justicia política. No se trata con esta cuestión de que se resuelvan en un procedimiento de forma judicial, sin atención a normas de decisión reconocidas, contraposiciones de interés político, convirtiéndolas de este modo en litigios jurídicos, sino que, al contrario, para

ciertas clases de auténticos litigios jurídicos, se previene un procedimiento especial o una instancia especial, en consideración a su carácter jurídico. Esto ocurre menos, como es natural, en el terreno de los asuntos de Derecho privado; pero se da en los asuntos penales y en los pleitos en que el objeto litigioso es de Derecho público. Con esto se produce siempre la típica desviación de la conformación judicial del Estado de Derecho: la atención al carácter político mediante singularidades de organización y otras, que debilitan el principio de la conformación judicial *general* del Estado de Derecho.

Los ejemplos más importantes son los que siguen:

a) Tratamiento especial, por lo que se refiere al juez, según el *Derecho político*, sobre todo, alta traición y traición al Emperador. Según el *Derecho alemán*, por ejemplo (Ley orgánica de los Tribunales, § 124), es competente en primera y única instancia el Tribunal del Reich, en los casos de alta traición, de traición al País y de traición de guerra contra el Reich, así como de los delitos contra los §§ 1, 3 de la Ley contra el quebrantamiento de secretos militares, de 3 de julio 1914. En el § 13 de la Ley de Defensa de la República, de 21 de julio 1922 (*Gac. Leg. del Reich*, I, pág. 585), se declaró competente para una serie de delitos políticos un *Tribunal especial de Estado*, cuya competencia, por lo demás, ha sido devuelta, en cuanto se trate de asuntos penales, a los Tribunales ordinarios, a partir de 1.º de abril 1926 (Ley de 31 de marzo 1926; *Gac. Leg. del Reich*, I, pág. 190).

En otros Estados es competente para procesos políticos especiales una *segunda Cámara* en calidad de Tribunal de Estado, siguiendo el modelo inglés de la Cámara Alta (que, por lo demás, carece ya hoy de objeto); así, el art. 9.º de la Ley constitucional francesa de 24 de febrero de 1875; por un Decreto del Presidente de la República se erige el *Senado* en Tribunal de Justicia (*Cour de justice*) y conoce de las acusaciones sostenidas por la Cámara de los Diputados contra el Presidente de la República o contra un Ministro, así como de los atentados cometidos contra la seguridad del Estado. En tal concepto ha tramitado algunos casos famosos (Boulanger, Deroulède). Otras Constituciones francesas previeron para tales casos Tribunales de Estado especiales, así, las Constituciones del año III (1795), de 4 de noviembre de 1848 y de 14 de enero de 1852.

b) *Acusaciones contra Ministros y Presidente*, sostenidas por la *Representación popular* y falladas, o bien por una segunda Cámara, o por un especial Tribunal de Estado; aquí se supone una responsabilidad *jurídica*.

Art. 59, C. a.: «El Reichstag puede acusar ante el Tribunal de Estado del Reich alemán al Presidente del Reich, al Canciller y a los Ministros que hubieran violado de modo punible la Constitución o una ley. La proposición para elevar la acusación tiene que ir suscrita por cien miembros, al menos, del Reichstag, y requiere el voto conforme de la mayoría prescrita para reformar la Constitución.» El detalle está regulado en la ley sobre el Tribunal de Estado de 9 de julio de 1921 (*Gaceta Leg. del Reich*, 905). Ejemplo de competencia de una *segunda Cámara* como Tribunal de Estado en caso de acusación de Ministros, el Senado francés, según la Ley constitucional de 24 de febrero de 1875; comp., arriba, en a).

La significación, típica del Estado de Derecho, que presenta la acusación ministerial desaparece con la «responsabilidad» *parlamentaria* de los Ministros. Esta responsabilidad suele contraponerse, como responsabilidad «jurídica», a la responsabilidad «política» (acusación ministerial ante un Tribunal de Estado). Por lo tanto, la palabra «responsabilidad» es aquí imprecisa y equívoca (comp. abajo, § 25, pág. 308), y, sobre todo, lo «jurídico-político» no puede contraponerse a lo «político». Pues nada de lo relativo al Estado puede ser apolítico. Pero un procedimiento dirigido contra un Ministro o Presidente, que se inicia con una acusación del Parlamento y concluye con una decisión de un Tribunal de Estado dotada de fuerza jurídica, no es ni un procedimiento penal especial, ni propiamente Justicia. La regulación del ya citado art. 59 de la Constitución de Weimar es muy oscura y contradictoria. Se habla de una violación *punible* de la Constitución o una ley del Reich; la Constitución queda, pues, situada, desconociendo su esencia, en el mismo plano que «una ley del Reich». La consecuencia, al menos para los Ministros, es un hacinamiento confuso de «responsabilidades». Junto a la responsabilidad civil y penal general, por ejemplo, basada en alta traición y traición al País, existe para los Ministros una «responsabilidad política», según el art. 54, y junto a eso, todavía esta responsabilidad regulada en el art. 59, C. a. Hoy ya no tiene un sentido específico: se encuentra en la Constitución de Weimar, como algunas otras prescripciones de este texto, en calidad de supervivencia de las situaciones de Derecho público de la Monarquía constitucional. Junto al procedimiento penal podría servir, a lo sumo, a las pasiones políticas o a la finalidad de hacer una demostración política, si habla de tener un sentido práctico. Otra cosa ocurre en el caso de la acusación presidencial. Esta no ha quedado sin objeto en igual manera mediante la «responsabilidad parlamentaria». Pero tampoco tiene una significación independiente junto a un procedimiento penal por alta traición o traición al País. No es ni un caso auténtico de Justicia política, pues entonces excluiría la competencia de otros Tribunales y no podría darse un procedimiento penal duplicado con violación del postulado *ne bis in idem*, ni es, en absoluto, Justicia, con lo que no debería introducirse ningún procedimiento de forma judicial.

c) Los *litigios constitucionales* auténticos son siempre litigios políticos; acerca de su solución, arriba, § 11, III, pág. 126.

d) La decisión de dudas y divergencias de opinión sobre la constitucionalidad de leyes y reglamentos por un Tribunal especial (Tribunal de Estado, Tribunal constitucional, Tribunal de Justicia constitucional; comp. probar arriba, § 11, III, 4, pág. 131) no es una decisión procesal auténtica; pero, a pesar de eso, está encerrada en este complejo de intereses, porque con ella se da una delimitación de la competencia general de comprobación judicial.

Se suele designar como exigencia del Estado de Derecho el que los Tribunales tengan que comprobar la constitucionalidad de las leyes que han de aplicar; así, H. Preuss, en la Comisión de Constitución de la Asamblea nacional de Weimar, *Prot.*, pág. 483.

484, donde designa la exclusión del derecho de comprobación judicial en el artículo 106 de la Constitución prusiana de 1850 como «victoria ruidosa de la reacción sobre el Estado de Derecho de 1850»; remitiéndose a Gneist. Sin embargo, este punto de vista supone una separación inaplicable entre *Derecho* (constitucional) y *política*. El juez se encuentra también dentro del «proceso de la integración política» (R. Smend) en que se forma la unidad política; y una decisión sobre «constitucionalidad», especialmente, no es nunca una decisión apolítica. «La cuestión de la comprobación de la constitucionalidad de las leyes por entidades ajenas a las legislaturas es, de hecho, una cuestión política de importancia extraordinaria, que afecta al rango, a la autoridad del legislador. Tales cuestiones no pueden ser resueltas por la sola ciencia jurídica» (Hofacker, *Der Gerichtsstaat*, t. X (LV, 1927, págs. 221-2). Por eso, suele prevenirse, en las leyes que confían la decisión a un Tribunal especial, que sólo ciertas autoridades supremas o corporaciones políticas pueden apelar a ese Tribunal. En el caso del artículo 140 de la Constitución federal austriaca, por ejemplo, pueden apelar al «Tribunal de Justicia constitucional» sólo el Gobierno federal o los Gobiernos de los Países. Según la ley checoslovaca de 9 de marzo de 1921, antes citada (§ 11, III, 4), sólo el Tribunal Supremo, el Tribunal administrativo supremo, el Tribunal electoral, la Cámara de Diputados, el Senado o la Dieta ruso-carpa pueden proponer la decisión. El artículo 13, 2, de la Constitución de Weimar determina que en caso de dudas o divergencias de opinión acerca de si un precepto del Derecho de un País es conciliable con el Derecho del Reich puede apelar a la decisión de un Tribunal Supremo (el Tribunal Supremo del Reich puede apelar a la decisión de un Tribunal del Reich, pág. 510) la autoridad del Reich o *central* del País, competente al caso. Según un proyecto de Ley del Reich de 1926 sobre la comprobación de la constitucionalidad de las leyes y reglamentos del Reich, pueden reclamar la decisión del Tribunal de Estado el Reichstag, el Reichsrat o el Gobierno, pero quedando exceptuados los tratados con Estados extranjeros y las leyes determinadas por ellos; es de observar en este proyecto alemán que no excluye la competencia judicial de comprobación. Para este proyecto —a más del ya citado artículo de R. Grau, *AöR.*, nueva serie, 11, 1926, págs. 287 y sigs.—, sobre todo, F. Moisten Marx, *Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes*, Berlín, 1927, págs. 129 y sigs., cuyas explicaciones —de singular interés a causa de su argumentación con los principios del Estado de Derecho— hacen derivar (remitiéndose a O. Bähr y R. Gneist) del *pensamiento del Estado de Derecho* la «plena competencia judicial de comprobación». El establecer un Tribunal especial para decidir de la constitucionalidad de una Ley significa, sin embargo, una desviación por razones políticas de la lógica del Estado de Derecho.

e) Tratamiento especial de los *actos de gobierno* o *actos políticos* específicos en el terreno de la Administración de justicia. En algunos países, sobre todo Francia y los Estados Unidos de América, en que cabe una comprobación general judicial o contencioso-administrativa de actos del Ejecutivo, la práctica ha llevado a exceptuar de ese control judicial los actos de gobierno o «actos políticos» y a suprimir toda comprobación judicial o contencioso-administrativa. La delimitación de los actos políticos respecto de los que no lo son es, por lo demás, cuestionable; una característica segura, automática, del «acto de gobierno» no ha surgido hasta ahora de aquella competencia.

Vease: *Les principes généraux du droit administratif*, I, 3ª ed., 1925, pág. 392, donde considera la distinción como sólo una cosa de *opportunité politique*; R. Alibert,

Le contrôle juridictionnel de l'administration, París, 1926, págs. 10 y sigs.; más literaria, en R. Smend, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform*, Homenaje a Kahl, Tubinga, 1923, págs. 5 y sigs.

f) *Examen de actas* de las elecciones más importantes políticamente (elecciones al Parlamento, o elección del Jefe del Estado). El examen de actas pertenece, en sí, al terreno de la jurisdicción administrativa. Sólo por la significación política de las elecciones más importantes se organiza de manera especial, en casos, el examen de actas. Por razones políticas, suele dejarse al Parlamento el de las elecciones al Parlamento (así, art. 27, 1, C. a.). Pero, con frecuencia, se forma también un Tribunal especial de comprobación de actas, establecido de distintos modos, para justificar tanto la objetividad de la comprobación de actas como también, al mismo tiempo, el especial interés político de ese hecho.

Art. 31, C. a.: «Se formará un Tribunal de examen de actas en el Reichstag. Decide también sobre la cuestión de si un diputado ha perdido la condición de tal.

El Tribunal de examen de actas se compone de miembros del Reichstag, que éste elige para el tiempo de su diputación, y de miembros del Tribunal administrativo del Reich, que nombra el Presidente del Reich a propuesta de la Sala de gobierno de ese Tribunal.»

Este Tribunal de examen de actas, formado para el Reichstag, comprueba también el resultado de la elección del *Presidente del Reich*, § 7 de la Ley sobre elección del Presidente del Reich, de 6 de marzo de 1924 (*Ges. Leg. del Reich*, I, pág. 849).

EL CONCEPTO DE LEY PROPIO DEL ESTADO DE DERECHO

I. *Derecho y Ley en el Estado burgués de Derecho.*

1. El Estado burgués de Derecho se basa en el «imperio de la Ley». Por eso es un Estado *legalitario*. Pero la Ley ha de guardar una conexión con los principios del Estado de Derecho y de la libertad burguesa, si ha de subsistir el Estado de Derecho. Si Ley es todo lo que manda determinado hombre o Asamblea, sin distinción, una Monarquía absoluta será también un Estado de Derecho, pues en ella impera la «Ley», en este caso, igual a la voluntad del Rey. También la actual República soviética y la dictadura del proletariado sería un Estado de Derecho, pues también hay allí un Legislador y, por consiguiente, Leyes. Para que el «imperio de la Ley» conserve su conexión con el concepto de Estado de Derecho es necesario introducir en el concepto de Ley ciertas *cualidades* que hagan posible la distinción entre una *norma jurídica* y un simple *mandato* a voluntad, o una *medida*.

Los profesores Alexeev (comp. *Járb. ö. R.*, XIV, 1926, pág. 326) y Timacheff consideran la República de los Soviets como un Estado en que se da un Derecho escrito y legislado, pero que no tiene el carácter de Ley. Es del caso la observación, singularmente interesante, de Mirkine-Guetzevitch, *Revue du Droit Public*, 42 (1925), página 126: las normas de una dictadura de clase no son leyes, porque el *hecho* precede al *Derecho*; no es, pues, una «legalidad». En todo caso, si ha de subsistir una conexión entre el concepto de Estado de Derecho y el imperio de la Ley, es claro que no puede ser Ley toda medida discrecional del legislador competente.

2. Libertad burguesa y todas las notas antes desarrolladas (§ 12, II, página 141) del Estado de Derecho, presuponen un concepto determinado

de Ley. «Imperio de la Ley» sería una expresión vacua, de no recibir su sentido propio mediante una determinada *contraposición*. Esta concepción básica del Estado de Derecho envuelve, tanto desde el punto de vista histórico como desde el lógico, una recusación del «imperio de hombres», se trate de un individuo, o de una asamblea o corporación, cuya *voluntad* se coloca en el lugar de una norma *general*, fijada de antemano e igual para todos. Imperio de la Ley significa, ante todo y en primer término, que el Legislador mismo queda vinculado a su propia Ley y que su facultad de legislar no es el medio para una dominación arbitraria. La vinculación del Legislador a la Ley es posible, sin embargo, sólo en tanto que la Ley es una norma con ciertas propiedades: rectitud, razonabilidad, justicia, etc. Todas estas propiedades presuponen que la Ley es una norma *general*. Un Legislador cuyas medidas concretas, órdenes especiales, dispensas y quebrantamientos, valgan también como leyes, al igual que sus normaciones generales, no está ligado a su Ley en ninguna forma concebible; la «vinculación a la Ley» es una expresión sin sentido para aquellos que pueden hacer «leyes» arbitrarias.

La burguesía, en lucha por su libertad y su Estado de Derecho, adoptó aquí un concepto de Ley que desmenuza en una vieja tradición europea y que pasó, desde la Filosofía griega, a la Edad Moderna, a través de la Escolástica: Ley no es la *voluntad* de uno o de muchos hombres, sino una cosa *general-racional*; no *voluntas*, sino *ratio*. Esto vale, sin distinción de formas de gobierno, para Monarquía, Aristocracia y Democracia. Por eso distingue Aristóteles una Democracia en que impera la Ley (*vótioc*), de otra clase de Democracia en que imperan las resoluciones populares (*φύλοκρατα*), y no las leyes. «En las Democracias vinculadas a las Leyes no aparece ningún demagogo, sino que los ciudadanos más virtuosos tienen la preeminencia. Pero donde las Leyes no tienen el poder sumo, aparecen demagogos, pues allí el pueblo se convierte en un Monarca, y por cierto, de muchas cabezas» (*Política*, lib. IV, cap. 4, n. 4). También para Santo Tomás de Aquino la Ley es una *ratio* *ordinatio*, en contraste con la voluntad, contrabada por las pasiones, de un individuo o de una masa de hombres. Sobre el desarrollo en los siglos XVI y XVII, Gierke, *Altbusius*, págs. 280 y sigs. Suárez reconstruye la vinculación del legislador a sus propias leyes de esta manera: siendo las leyes una *regula virtutis*, dedicadas del *ius naturale*, por la razón, resultan por ello válidas también para el legislador, pues claro está que un simple acto de voluntad que él quiere no puede vincularle cuando ya quiere otra cosa.

El contraste más acusado frente a este concepto de Ley propio del Estado de Derecho lo ofrecen los representantes del absolutismo del Estado. Hobbes acuñó en esto la fórmula clásica: *auctoritas, non veritas facit legem* (*Leviathan*, cap. 19); la Ley es voluntad y mandato es su sabio consejo; no vale por virtud de cualidades morales y lógicas, sino precisamente como mandato. En la lucha contra este concepto absolutista de Ley y en la lucha contra el postulado de los representantes del absolutismo, según el cual el Príncipe está *legibus solutus*, se afinó la conciencia del concepto de Ley propio del Estado de Derecho. Los *monarchomachos* la tuvieron (comp. Gierke, *Altbusius*, pág. 280), y en Inglaterra misma, a pesar de la supuesta omnipotencia del Parlamento inglés, no ha desaparecido la conciencia de la distinción. Ahí dijo Locke la formulación clásica del Estado de Derecho y habló de Leyes positivas fijadas de antemano (*antecedent, standing, positive laws*), designando como antijurídicas todas las leyes *ex-post-facto*. Lo que pueda verificarse sin norma (*without a rule*), porque de-

pende de la situación de las cosas, no pertenece a la Ley. Este concepto (comp. la demostración, *Diktator*, págs. 41-2). Según Bolingbroke, el verdadero Estado está instituido como el Cosmos: dirigido por quien todo lo sabe, y gobernado por quien todo lo puede, apoya su ordenación en la unión de sabiduría y poder, lo que para él significa Legislación y Ejecutivo, esto es, Parlamento y Monarca; el Parlamento de las Leyes, y preserva sin excepción, siendo la sabiduría del Estado, *the wisdom of the State*, y prescribe al poder del Rey las reglas. Ni Dios ni el Rey pueden quebrantar una Ley (*Phil. Works*, V, pág. 147). Montesquieu funda de modo análogo a Locke su doctrina de la división de poderes, diciendo: cuando la misma corporación que da las leyes tiene también el Ejecutivo, podría, como legislador, arruinar al Estado con sus *volontés générales*, y además, como Ejecutivo, aniquilar a todo ciudadano particular con sus *volontés particulières* (lib. XI, cap. 6, del *Esprit des lois*); con la separación de Legislativo y Ejecutivo se impedirá esa unión de normas generales y mandatos individuales; un Gobierno que «puede adoptar decisiones particulares sin estar vinculado a Leyes generales, sólidas y permanentes» es despótico. Este pensamiento de la vinculación a una norma susceptible de verdadera vinculación («invulnerable», según la expresión de Otto Mayer), es el nervio esencial de todo pensamiento de Estado de Derecho. Se muestra en la definición legal del proyecto de Constitución de los girondinos de 1793, sección II, art. 4: *les caractères qui distinguent les lois sont leur généralité et leur durée indéfinies*, mientras que los decretos se caracterizan por su aplicación local o particular y por la necesidad de renovación periódica; junto a eso, dicha Constitución reconoce medidas (*mesures*); hay que señalar, ante todo, como medidas tales, las actuaciones del estado de excepción en el artículo 7.

La doctrina política alemana de los siglos XVIII y XIX sostuvo este concepto en tanto que no perdió la conciencia de los principios del Estado burgués de Derecho. Para Kant es «despóticos» un Gobierno que al mismo tiempo fuera Legislación, y un legislador que al mismo tiempo adoptara actos de gobierno; Kant se mueve aquí por entero dentro del pensamiento del Estado de Derecho con división de poderes, en el que «imperara la Ley misma y no persona alguna» (*Zum ewigen Frieden*, 2.ª parte, primer artículo definitivo, *Vorländer*, pág. 199; *Teoría del Derecho*, 2.ª parte, *El Derecho público* (Conclusión), *Vorländer*, pág. 186, etc.). También para Hegel la Ley es la verdad presentada en forma de cosa general (*Rechtsphilosophie*, pág. 210); el poder legislativo pronuncia la generalidad; el ejecutivo, la especialidad (pág. 358). Los propugnadores políticos y los teorizadores jurídicos del Estado de Derecho dan por supuesto incondicionalmente el concepto general de Ley. Así se expresa R. Mohl: «A la Ley es esencial una determinada fijación, llamada a la permanencia; en todas esas especies (ley constitucional, leyes ordinarias) la *generalidad* del mandato es una propiedad esencial»; «la regulación de un cierto caso jurídico por una Ley especial es inadmisiblemente, en tanto se trata de hechos ya consumados, a los que son de aplicación los preceptos fundamentales ya existentes». Lorenzo von Stein dice en su *Verwaltungslehre* (1.ª edición, 1865, pág. 78): «La Ley surge siempre, según su más alta esencia, de la conciencia común de la vida del Estado, y se propone por eso alcanzar también siempre dos metas: quiere, por una parte, captar lo *idéntico* en todas las relaciones de hecho, y fijar la voluntad del Estado precisamente para lo idéntico en todo lo diverso.» La Ley, pues, tiene que «afijar todos sus objetos con unidad y homogeneidad»; la ordenanza, por contra, surge, ante todo, de los hechos «y con ellos, de las singularidades y cambio de los mismos». También en Rodolfo Gneist, tanto en su *Rechtsstatut*, 1872, como en otros escritos de este campeon liberal de la idea del Estado de Derecho, está siempre supuesto el concepto de Ley como norma general, firme, en contraste con las órdenes concretas y quebrantamientos, que pueden ser dispuestos por la voluntad de un Príncipe absoluto o por acuerdo mayoritario de un Parlamento.

3. El concepto de Ley propio del Estado de Derecho se encuentra, dentro de una cierta tradición; los ejemplos ya aportados pueden aumentarse con facilidad¹. Las distintas propiedades de la Ley que vienen al caso (justicia, razonabilidad) se han hecho problemáticas por haber perdido su evidencia el Derecho natural. Tampoco la apelación a la «Fidelidad y Fe» como principio jurídico general (así, la manifestación de la Directiva de la Unión de Jueces en el Tribunal del Reich contra las decisiones del Legislador, *Jur. Wochenschrift*, 1924, pág. 90) puede sustituir a esas convicciones jusnaturalistas en situaciones política y económicamente difíciles. A una propiedad, sin embargo, no cabe renunciar sin que el Estado de Derecho mismo desaparezca: al carácter *general* de la norma jurídica. Ahí se encuentra la seguridad última de la vieja distinción del Estado de Derecho entre Ley y mandato, *ratio* y voluntad, y, con ello, el último resto del fundamento ideal del Estado burgués de Derecho. Cuando H. Triepel critica el abuso de la facultad de legislar del Reichstag, y dice: «La Ley no es sagrada; sólo el Derecho es sagrado; la Ley se encuentra sometida al Derecho» (Homenaje a Kahl, 1923, pág. 93), habla aquí la conciencia de aquella vieja tradición del Estado de Derecho; pero el contraste no es de Derecho y Ley, sino de un concepto bien entendido de Ley, a distinción de un formalismo desespecializado que caracteriza como Ley todo lo que surge en el procedimiento prescrito para la Legislación. También resulta fundado por lo que se refiere al contenido, pero mal expresado, cuando J. Goldschmidt construye la palabra «nomomaquia» para la lucha contra el abuso del Poder legislativo (*Jur. Wochenschrift*, 1924, págs. 245 y sigs.). Lo que precisamente falta es el *Nomos*, y el abuso consiste en desconocer el mínimo que debe quedar del viejo concepto racional de Ley auténtica, en desconocer el carácter general de la norma jurídica. Todo lo que se diga del imperio de la Ley o del imperio de la norma, todas las expresiones relacionadas con la «normatividad», son, en sí mismas, contradictorias y confusas cuando desaparece ese carácter general y puede pasar por «norma» o «Ley» cualquier mandato, cualquier medida.

II. El llamado concepto formal de Ley. El problema del concepto de Ley que corresponde al Estado de Derecho se agrava al considerar que para una Constitución no es suficiente el elemento característico del repetido Estado de Derecho; ha de existir también un concepto *político* de Ley, junto al que es propio de ese tipo de Estado.

Pero, antes de tratar esta duplicidad del concepto, hay que poner en claro la especialidad del llamado concepto formal de Ley. Pues los con-

¹ En la ojeada, en G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, págs. 113 y sigs., se encuentran numerosas noticias sobre el concepto de Ley; sin embargo, las citas de Jellinek están extraordinariamente mal entendidas e incluso inexactas; en la pág. 113, por ejemplo, aporta una manifestación de Pfister que precisamente muestra hasta qué punto se sostiene el carácter de *generalidad* de la Ley. Los malentendidos de Jellinek van tan lejos que en la pág. 30 traduce el giro *without a rule* por «sin precepto especial» (1), mientras que lo esencial está precisamente en que significa «sin regla general». «Reglas» y «voluntades» se usan indistintamente (pág. 35), y lo más asombroso es que hace aparecer a Hobbes (pág. 45) como representante del concepto aristotélico de Ley.

ceptos de Ley y de Estado de Derecho se encuentran muy oscurecidos, a causa de haberse aplicado, por razones y necesidades políticas, el procedimiento legislativo y la competencia de los órganos legislativos a otros actos del Estado, como si fueran de legislación. De aquí surge el concepto de «ley formal», que aparece, así, como contrapartida de «ley material».

1. Para el concepto formal de Ley se da la definición siguiente: Ley es lo acordado por los órganos legislativos competentes, dentro del procedimiento legislativo prescrito. Trasladar y extraher las competencias y procedimientos no es, en sí, cosa desusada, ni una formalización del concepto, en sí, nociva. Puede trasladarse, por ejemplo, el procedimiento mediante el cual se deciden los litigios jurídicos a otros asuntos, acaso al examen de actas electorales, o la canonización. Entonces podrá hablarse de un «litigio jurídico en sentido formal» y decir que el examen de actas o la canonización son litigios jurídicos. Todavía con mayor generalidad podrían designarse como «Justicia» todos los asuntos oficiales que un juez resuelve al amparo de la independencia judicial, etc. Tales determinaciones formalistas pueden producirse en diversos sectores de la práctica jurídica; definiciones semejantes tienen, en un marco muy estrecho, el valor práctico de medio auxiliar utilizable. Para un juez penal, por ejemplo, o un funcionario forestal, puede plantearse la cuestión de qué animales han de designarse como «silvestres», y cabe responder en la práctica: «Son silvestres aquellos animales que un cazador con licencia está autorizado a matar, en el ejercicio de su derecho, fuera del tiempo de veda.» O un funcionario de la Administración de trigo podría definir: «Pan es lo que el poseedor de un bono de pan está autorizado a obtener mediante su bono», etc. De esta manera surgen una serie de determinaciones de conceptos formales que tienen un cierto sentido técnico-práctico, y con los que se puede trabajar hasta un límite en un sector especial de la práctica jurídica. No son, en realidad, determinaciones conceptuales, sino, en parte, abreviaturas y, en parte, ficciones, y tienen el valor relativo y limitado de tales abreviaturas o ficciones. Pero sería absurdo ver en eso el método jurídico específico y creer que puede tratarse así, desde el punto de vista científico, un serio problema de la jurisprudencia.

2. Esto, sobre todo, por lo que se refiere a prescripciones legal-constitucionales. Si es característico de la organización de la Monarquía constitucional el que sólo pueda hacerse una ley con la cooperación de la Representación popular, que ha luchado por ensanchar el volumen de su cooperación, extendiéndola en lo posible a todos los actos políticos importantes —concesión de tributos, aprobación del presupuesto, declaración del estado de sitio, declaración de guerra, nombramientos, otorgamiento de la gracia, concesiones de empresas importantes, anexiones de municipios, cambios de territorio, etc.— no es más que un simple ardid de técnica verbal, y no otra cosa, el fijar en Ley constitucional que tales actos políticos se realicen «en forma de Ley», o cuando se establece consuetudinariamente que para tales actos haya de elegirse el procedimiento de la legislación. El sentido y significación del concepto «formal» se agotan con decir que la Represen-

tación popular (el Parlamento) tiene la misma cooperación y competencia para tales actos —si bien no son actos de Legislación, y a pesar de ello— que en los actos legislativos. Así como pueden realizarse todas las cosas posibles en «forma judicial», también cabe hacerlo en «forma de ley». Lo formal no tiene una significación en sí mismo, no hay que considerarlo como «forma» en ningún sentido especial o eminente, sino tan sólo como expresión abreviada de una ampliación de carácter extraordinario de la competencia de ciertas instancias.

Puede extenderse, según lo dicho, el procedimiento legislativo, sea por expresa prescripción de la Ley constitucional, sea por práctica consuetudinaria, a otros asuntos, como si fueran actos de legislación. La Constitución de Weimar contiene una serie de ejemplos, que en parte se corresponden con la regulación constitucional de los demás Estados modernos y, en parte, son nuevos y peculiares.

Art. 85, C. a.: «El presupuesto será fijado por una ley al comienzo del año económico.» Art. 87, C. a.: «No deben aportarse medios económicos apelando al crédito, sino por una necesidad extraordinaria y, por regla general, sólo para fines reproductivos. Sólo puede apelarse al crédito y prestar la garantía del Reich mediante una ley.» Art. 18, 1.º 2.º: «Los cambios del territorio de los Países y la formación de nuevos Países dentro del Reich tendrá lugar mediante ley de reforma de la Constitución.» Art. 45, 3.º, C. a.: «La declaración de guerra y el acuerdo de la paz tendrán lugar por ley del Reich.» Art. 51, 1.º: «En caso de impedimento del Presidente del Reich, será representado por el Canciller. Si esa circunstancia durase un tiempo que se pudiera prever largo, se regulará la representación por una ley.»

Art. 156, 1.º, C. a.: «El Reich puede, mediante ley, y a reserva de indemnización, con aplicación analógica de las prescripciones vigentes para la expropiación, transferir a propiedad común las empresas económicas privadas aptas para la socialización.»

Pero de tales extensiones y transferencias no se deduce nada más sino que ciertos actos fijados por ley constitucional o por costumbre jurídica deben ser llevados a cabo por los órganos competentes para legislar y dentro del procedimiento legislativo. Sería más que inconcebible querer deducir de aquí la ulterior consecuencia de que, por ello, pueden los órganos competentes para la legislación resolver en forma de ley todo lo posible y arbitrario, y que todo lo que se toca con la varita mágica del procedimiento legislativo se convierte en una Ley, con lo que el «imperio de la Ley» ya no significaría otra cosa que el imperio de los órganos a quienes se confía la legislación. Tal consecuencia sería tan ilógica como si se quisiera utilizar de igual manera el concepto formal de Justicia para dar al juez un poder ilimitado a favor de su independencia, y sustraerle a todo control, sólo porque hay un concepto formal de Justicia, porque el juez es también competente para asuntos distintos a la decisión de litigios jurídicos, por ejemplo, también para actos de jurisdicción voluntaria, encontrándose, para ellos también, bajo la protección de la independencia judicial. Resulta claro que el juez, pese a esa extensión de su competencia, sólo puede tratar aquellos asuntos que, o son, por su naturaleza, actos propios de la Justicia, o le han

sido atribuidos expresamente. Nadie aceptará que pueda realizar cualquier acto de gobierno en forma de proceso y que, apelando a su independencia, haga lo que políticamente tenga por necesario. Pero parece que para el concepto formal de Ley no se repara apenas en esta sencilla realidad. G. Jellinek (*Gesetz und Verordnung*, pág. 232) dice: «Todas las formas por medio de las cuales una persona puede actuar sobre otra, se encuentran a disposición del Estado.» Aún más chocantes y características, por la falta de toda consciencia del Estado de Derecho, son las frases de Laband (*Staatsrecht*, II, pág. 63): «Por una ley es posible, tanto decidir un litigio jurídico pendiente como declarar la validez o invalidez de un acto de gobierno, como reconocer o rehusar una elección, como otorgar un indulto o amnistía... No hay, en una palabra, ningún objeto de toda la vida estatal —pública— que no pueda convertirse en el contenido de una ley.» Eso es una mala inteligencia, y cuando se concibe y piensa, como por desgracia sucede, irreflexivamente, que las autoridades legislativas están autorizadas a realizarlo todo en forma de ley, ello es inexacto y falso. La vía legislativa viene al caso, prescindiendo de los trasposos antes citados, que requieren un especial título legal-constitucional, sólo para las leyes en el sentido del Estado de Derecho.

III. El concepto político de Ley. Se explica que fuera posible la confusión de este llamado concepto formal de Ley, ante todo, porque hay un concepto político de Ley —claro está que junto al concepto de Ley propio del Estado de Derecho—. La expresión «concepto político de Ley», que aquí se usa, no está pensada como contraposición de un concepto jurídico de Ley. Jurídicamente, es decir, para la Ciencia jurídica, y sobre todo para una Teoría de la Constitución, ambos conceptos de Ley son objeto en igual medida de la consideración científica. Ambos corresponden a una Constitución moderna, porque no hay ninguna Constitución moderna sin esos dos distintos elementos —la parte política y la que es típica del Estado de Derecho— con que se corresponde el dualismo de los dos conceptos de Ley. «Político» significa aquí, en contraste con Estado de Derecho, un concepto de Ley resultante de la forma de existencia política del Estado y de la conformación concreta de la organización del dominio. Para la concepción del Estado de Derecho, la Ley es, en esencia, norma, y una norma con ciertas cualidades: regulación jurídica (recta, razonable) de carácter general. Ley, en el sentido del concepto político de Ley, es voluntad y mandato concretos, y un acto de soberanía. Ley en un Estado de principio monárquico es, por eso, la voluntad del Rey; Ley, en una Democracia, es la voluntad del pueblo: *lex et quod populus iussit*. El esfuerzo de un consecuente y cerrado Estado de Derecho va en el sentido de desplazar el concepto político de Ley para colocar una «soberanía de la Ley» en el lugar de una soberanía existente concreta, es decir, y en realidad, dejar sin respuesta la cuestión de la soberanía, y por determinar la voluntad política que hace de la norma adecuada un mandato positivo vigente. Ya se ha dicho (pág. 123) a qué embazos y ficciones conduce esto, y que todo caso serio de conflicto vuelve

a plantear el problema de la soberanía. De aquí es preciso deducir que junto al concepto de Ley propio del Estado de Derecho, y junto a la figura técnica-jurídica auxiliar del llamado concepto formal de Ley, existe todavía un concepto político de Ley que ninguna especie de Estado de Derecho es capaz de suprimir.

1. Cuando la burguesía liberal quiso, en el siglo XIX, introducir su Estado de Derecho, no podía contentarse con establecer principios y normas contra el Absolutismo. Tenía que reclamar, frente a las instituciones estatales concretas del principio monárquico, entonces existentes, otras instituciones políticas, de distinta disposición, pero también concretas. Se luchaba no sólo por el Estado de Derecho *in abstracto*, sino, ante todo, por los derechos de la «Representación popular», es decir, por una extensión y ampliación de las facultades y competencias del Parlamento. Como última consecuencia y resultado político, eso conducía a la Democracia. Pueden vincularse a diversas instituciones las garantías orgánicas del Estado de Derecho; pero también ellas conducen conjuntamente a que se exija una cooperación lo más extensa posible de la Representación popular. Era la dirección natural de una lucha política contra un fuerte Gobierno monárquico. En semejante situación política, las dos exigencias diferentes —concepto de Ley propio del Estado de Derecho y cooperación, lo más extensa posible, de la Representación popular— habían de ir enlazadas. En tanto el Gobierno del Monarca fue lo bastante fuerte por sí mismo para poner en peligro el Estado de Derecho, apenas si hubo conciencia de la peculiaridad de cada una de ambas exigencias, produciéndose la confusión de dos conceptos distintos de Ley: el que es propio del Estado de Derecho y la considera como una norma caracterizada por ciertas cualidades, y el concepto democrático de Ley como *voluntad* del Pueblo, con lo que entonces se colocaba la voluntad de la Representación popular, del Parlamento, en lugar del Pueblo, como cosa evidente y, casi siempre, de modo tácito. La cooperación de la Representación popular ha de entenderse, naturalmente, sólo como una de las características del concepto de Ley derivadas del concepto democrático-político de Ley.

2. También tiene carácter político un concepto de Ley que pasa por «material», en razón de que no es «formal»: Ley es una norma jurídica, es decir, un precepto, en que el Estado se dirige a sus súbditos, «para fijar entre ellos y él mismo los límites de lo permitido y lo que puede hacerse». «Pues es una cualidad de toda ley en sentido material el poner límites a la libertad personal en general y a la propiedad en especial» (Anschütz, artículo *Gesetz* —Ley—, en el Diccionario de Derecho político y administrativo de Stengel-Fleischmann, II, pág. 215). Según Anschütz, se daba entonces, 1848, como antes, como hoy, sólo un concepto material de Ley... que quiere envolver y envuelve la fórmula: Libertad y Propiedad». El art. 62 de la Constitución prusiana de 31 de enero de 1850 («el Poder legislativo será ejercido en común por el Rey y las dos Cámaras») la da por supuesta al declarar que se necesita una ley aprobada con la cooperación de la Representación popular para invadir la libertad y propiedad, y que

para esto no basta una Ordenanza real. Para entender este concepto de Ley (Ley = límite de la libertad o de la propiedad) es necesario comprender la situación política de donde surgió. En la lucha política por un fuerte Gobierno monárquico, la cooperación de la Representación popular tenía que ser acentuada cada vez con más fuerza, como criterio adecuado, hasta convertirse en lo decisivo. Al exigirse para la Ley, ante todo, políticamente, la cooperación de la Representación popular, se explica esta inversión de términos, sencilla desde el punto de vista político, pero lógicamente falsa: lo que aparece mediante la cooperación de la Representación popular es Ley. Imperio de la Ley significa entonces cooperación, o, en definitiva, trípudio de la Representación popular. La burguesía trataba de preservar las invenciones en la libertad personal y propiedad privada, y plantear como cosa del Estado de Derecho, la exigencia de que tales invenciones sólo pudieran verificarse «a base de una Ley». Ley era, en este sentido, la cooperación de la Representación popular, de la representación de los afectados por la invasión de que se trataba. Al contrario, una *Ordenanza* emitida por el Rey solo —aun cuando, por lo demás, sea recta, razonable y cierta, y corresponda a todas las cualidades de una verdadera norma jurídica— no será considerada como Ley. «Políticamente, el movimiento liberal perseguía una doble finalidad: pretendía ganar para la burguesía un adecuado influjo en la formación de la voluntad política del todo estatal, y después, también, guardar con eficacia la esfera de libertad individual del ciudadano, que todavía seguía siendo cuestionable como objeto del obrar político. Ambas cosas creía realizarlas al asegurarse el influjo correspondiente en la legislación» (G. Holstein, *Die Theorie der Verordnungs im französischen und belgischen Verwaltungsrecht*, Homenaje a E. Zitelmann, en Bonn, 1923, página 362). El interés capital de la literatura jurídico-política se movía en derredor a esa distinción política entre Ley y Ordenanza. Se intentaba «regular por Ley todas las colisiones del Poder público con persona y propiedad», si bien ya R. Gneist (*Rechtsstaat*, pág. 159) había reconocido con acierto que el límite entre Ley y Ordenanza es casual en gran medida; que todavía no se encuentran reguladas por Ley en ningún Estado todas las inferencias en la libertad personal y la propiedad. La situación política requería una fórmula simple para delimitar Ley y Ordenanza, es decir, poder de la Representación popular y poder del Rey. Por este interés hacia una característica secundaria, pero políticamente utilizable, se perdieron los criterios fundamentales, cualitativos, del concepto de Ley peculiar del Estado de Derecho. El libro antes citado de G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung* (1887), es un ejemplo de esta postergación del interés teórico.

En las luchas constitucionales del siglo XIX llega, pues, a establecerse que las invasiones en la libertad y en la propiedad privada sólo pueden tener lugar «a base de una Ley». Aquí también resultaba, políticamente, sencilla, pero lógicamente falsa, la inversión de términos: Ley es una invasión en la libertad y en la propiedad privada. Todas las explicaciones de G. Anschütz, por ejemplo, sobre el concepto «material» de Ley se desmenuven bajo este punto de vista. Se apoyan en la idea cierta de que toda regulación

de organización, sino en este supuesto central, escriba lo que con palabras de Rodolfo Geist puede designarse como «punto de Arquímedes del Estado de Derecho».

1. El sistema de la llamada división de poderes, es decir, de la distinción de Legislación, Administración y Justicia, sólo tiene sentido en tanto que se entienda por Ley una norma general. Cuando ciertos órganos son competentes por la regulación constitucional para emitir leyes dentro de un cierto procedimiento, es claro que se da por supuesto un previo concepto de Ley. Sería un abuso político y una prestidigitación lógica invertir la relación y designar como Ley («Ley en sentido formal») sencillamente, todo lo que hagan dentro del procedimiento legislativo los órganos competentes para legislar. El concepto de Ley en sentido formal tiene, como hubo de mostrarse arriba (II), su justificación relativa y limitada. Pero en todo caso es ilícito olvidar los supuestos objetivos de la división de competencias entre Legislación, Administración y Justicia. Cuando se fija por Ley constitucional quién debe dar leyes, esto no significa, es claro, que este Legislador deba utilizar el procedimiento legislativo para fallar procesos y ejecutar actos administrativos y de gobierno. En un Estado de Derecho debe imperar «la Ley» y estar colocada la total actividad del Estado bajo la reserva de la Ley. Con eso quiere impedirse precisamente que las instancias competentes para legislar coloquen su propio imperio en el lugar del imperio de una norma, al no distinguirse mandatos arbitrarios, medidas y órdenes, de las «leyes». Un simple concepto formal de Ley: Ley es lo que disponen los órganos legisladores en vías del procedimiento legislativo, haría del imperio de la Ley un absolutismo de los órganos legislativos, suprimiendo toda distinción entre Legislación, Administración y Justicia. Si eso fuera el Derecho constitucional vigente hoy, toda la lucha del Estado de Derecho contra el absolutismo del Monarca habría terminado, introduciéndose, en lugar del absolutismo monárquico, el absolutismo de mil cabezas de los partidos políticos que en cada momento se encontrasen en mayoría.

2. La construcción protectora, peculiar del Estado de Derecho, se basa en la distinción entre regulaciones legales de carácter general y la aplicación de esas reglas por el juez o por una autoridad administrativa. La invasión en la Libertad y Propiedad tiene lugar, *no por medio de una ley*, sino *con arreglo a una ley*. La garantía de la propiedad privada, por ejemplo, como uno de los fundamentos del Estado burgués de Derecho, se ha desarrollado en la práctica de la vida estatal en forma de un derecho de expropiación, cuyo sentido decae, cuando decae la distinción entre ley general y aplicación especial de la ley. La regulación contenida en la ley de expropiación determina bajo qué supuestos y dentro de qué procedimientos se puede expropiar; esta norma general se aplica al caso concreto de expropiación, y la expropiación tiene lugar por un acto de las autoridades administrativas (separadas de la Legislación). La Ley es fundamento, supuesto general, pero no instrumento de la invasión. Por eso, la garantía de los derechos individuales de libertad contiene siempre el giro de que las intervenciones en la esfera de libertad garantida sólo son lícitas *con arreglo a*

constitucional de las facultades del Legislador *presupone* un concepto material de Ley; pero acepta como supuesto, no el concepto de Ley que auténticamente corresponde al Estado de Derecho: norma dotada de ciertas cualidades, sino el concepto político que acaba de citarse. Y claro está que no puede ser la esencia de la Ley el invadir la libertad y propiedad privada, pues todos los demás actos posibles —permitidos y no permitidos— las invaden. Por eso, a lo que se llegaba entonces, en 1848, con este concepto de ley, era sólo a asegurar por ley constitucional la cooperación de la Representación popular para tales invasiones, impidiendo que el Gobierno monárquico las realizase por Decreto, es decir, sin dicha cooperación. La garantía verdadera del Estado de Derecho consiste en que, no pudiendo verificarse tales invasiones sino por medio de una ley, la ley se corresponde con ciertas *cualidades* objetivas. Con esta garantía se une la garantía democrático-política, dirigida contra el absolutismo del Príncipe, y consistente en la cooperación de la Representación popular. La garantía del Estado de Derecho va dirigida contra *todo* absolutismo, y pone límites objetivos a *todo* concepto político de ley, sea el monárquico, sea el democrático, impidiendo que se considere como ley cualquier invasión en la libertad y propiedad realizada por el legislador, es decir, por el órgano competente para emitir leyes; ley será, por el contrario, una norma con ciertas cualidades. Pero en la realidad de la lucha política se combatió siempre contra el absolutismo entonces existente. Y la lucha contra el absolutismo monárquico entonces existente (1848) significaba una lucha por la Democracia.

3. El ideal del Estado de Derecho trata de encerrar todas las posibilidades de actuación estatal, sin residuo, en un sistema de normaciones, limitando así el Estado. En la realidad práctica, sin embargo, da lugar a que se desenvuelva un sistema de actos apócrifos de soberanía (arriba, § 1^o, II, página 118). Si esta práctica es generalmente reconocida hoy en todos los casos de Estado burgués de Derecho, esto no se debe a una regulación legal constitucional consciente, sino a que, frente al concepto de Ley propio del Estado de Derecho, se revela más fuerte un concepto político de Ley. En el sentido del Derecho constitucional democrático, por ejemplo, es lo consecuente que la Representación popular, en tanto pueda identificársela sin objeción con el Pueblo, lleve a cabo tales actos de soberanía. El respeto hacia el concepto de Ley propio del Estado de Derecho pretende manifestarse entonces haciendo que se guarden las formas prescritas para una ley de reforma constitucional (art. 76, C. a.). A la teoría de la Constitución le interesa, sin embargo, distinguir en esto; y la distinción es también significativa en la práctica, sobre todo, porque en una Democracia consecuentemente llevada a ejecución, las conexiones que le son propias se hacen conscientes poco a poco, y, en realidad, no es el Parlamento, sino el cuerpo electoral, quien actúa como sujeto de la voluntad política.

IV. La significación del carácter general de la norma jurídica.

La ejecución orgánica del Estado de Derecho depende de que el carácter general de la norma jurídica quede garantido. No en particularidades

las leyes. El art. 114, C. a., dice, por ejemplo: «La libertad de la persona es inviolable; sólo será lícito al Poder público menoscabar o privar de la libertad personal con arreglo a leyes»; o el artículo 115: «El domicilio de todo alemán es, para él, un reducto libre; es inviolable. Las excepciones sólo serán lícitas con arreglo a leyes.» De igual manera se dice en el art. 153, C. a.: «La expropiación sólo podrá tener lugar con base legal.» Con esto se excluye que la invasión concreta, por ejemplo, el acto mismo de expropiación, adopte la forma de ley y que, por ejemplo, pueda expropiarse *por medio* de una ley en sentido formal. Si excepcionalmente fuera lícita una tal «ley», estaría empleado con acierto el giro «por medio de ley»; por ejemplo, cuando en el art. 156, C. a., se dispone por ley constitucional, respecto a la socialización de empresas económicas, que el Reich puede transferir a propiedad común, *mediante ley*, empresas económicas privadas aptas para ello.

Comp. los ejemplos, arriba, II, 2, pág. 153. Por lo que se refiere al derecho de expropiación, observa M. Lohse, *Prinzipien des Enteignungsrechtes*, Leipzig (Disertaciones de Derecho político e internacional editadas por G. Jellinek y G. Anschütz), 1902, pág. 177: «En la medida en que el interés público era la razón jurídica de la expropiación, ésta venía traída también, ciertamente, por el Absoluto; pero ahora lo es una *norma legal*, lo que ya presenta una gran diferencia.» Un caso, interesante para la teoría y la práctica, de esta distinción típica del Estado de Derecho, entre Ley y aplicación de la Ley, se encuentra en el § 22, 4, de la Ley prusiana de Montes de 24 de junio de 1865 y 18 de junio de 1907. Brassert-Gottschalk, comentario a esta Ley de Montes, 2.ª ed., 1913, pág. 34, sobre las deliberaciones del § 22, 4. La Cámara de Diputados quería elegir el texto: «el traspaso tiene lugar por ley». Ese texto fue cambiado en la Cámara alta, a propuesta de Dernburg, de este modo: «La ordenación del traspaso tiene lugar por ley», porque «está en el fondo de todas las reflexiones, tanto de orden práctico como también constitucionales, el que cada traspaso se regule por ley, penetrando de esta manera en la competencia del poder ejecutivo» (*Informes stenográficos*, 1907, págs. 294, 341 y sigs.). El giro «con arreglo a la ley» (a distinción de «por ley») es esencial para estructurar en el Estado de Derecho el derecho de expropiación, resultando característica la forma de expresión del § 164 de la Constitución de Francfort de 28 de marzo de 1849: «Sólo puede verificarse una expropiación por consideraciones del bien común, y sólo con arreglo a una ley y con justa indemnización.» Es sintomático respecto a la disolución de la conciencia del Estado burgués de Derecho el que un giro tan claro no sea entendido ya, y no se distinga hasta ahora en ninguno de los Comentarios a la Constitución de Weimar una expropiación con arreglo a una ley, de una expropiación por ley. Incluso un jurista tan agudo y con tanto sentido del Estado de Derecho como Ricardo Grau ha combatido el intento de restablecer la vieja y evidente distinción (Carl Schmitt, *Unabhängigkeit der Richter, Gewährleistung des Privatigentums, Gleichheit vor dem Gesetz*, Berlín, 1926), aportando, para refutarlo, el que en las regulaciones de la Ley constitucional de Weimar se ha querido dar al Reich un derecho material de expropiación (*Der Vorrang der Bundeskompetenz*, Homenaje a Heinitz, 1926, pág. 403); se refiere a una manifestación contenida en los *Protocolos*, pág. 74. La manifestación allí impresa del diputado Delbrück enuncia tan sólo que para muchos casos, «por ejemplo, cuando un ferrocarril debe ir por varios Estados», puede ser necesario regular en vías de la legislación del Reich el derecho material de expropiación, con lo que, evidentemente, «el derecho material de expro-

piación» significa cosa distinta a la facultad de realizar el acto concreto de expropiación. Delbrück habla sólo de «regulación legal». Beysie propone en ese lugar que se deje el derecho de expropiación a la legislación del Reich, sólo en tanto «que sea necesario para emitir preceptos del Reich con carácter igual»; en ese lugar habla (con el asentimiento de Delbrück) del Reich, sólo como *Legislador*. M. Spahr dice: «El derecho de expropiación tiene que ser, indispensablemente, regulado con unidad, sobre todo en la cuestión de la indemnización.» La mala interpretación de Grau es muy característica en su confusión típica de derecho material de expropiación y acto concreto de expropiación.

3. Para la Constitución de Weimar, la distinción de la Ley, frente a los actos de la Administración o de la Justicia, tiene un otro significado, porque en la organización del Reich alemán están garantizados los elementos federales. La Constitución de Weimar distribuye las competencias entre Reich y Países de tal manera que en su primera sección se designan las materias para las cuales el Reich es competente en cuanto a la legislación; en cuanto a la Administración, por el contrario, dispone el postulado fundamental del art. 14, C. a.: «Las leyes del Reich serán ejecutadas por las autoridades de los Países», en tanto no determinen otra cosa las leyes del Reich.» En una organización federal en que la distribución de competencias entre el Reich y el Estado particular no está regulada, en términos generales, por materias, sino dentro de una misma materia, por legislación, Administración y Justicia, conduciría a un trastorno completo del sistema constitucional el hecho de que el legislador del Reich, competente para una materia, pudiera aplicar abusivamente la forma de la Ley para medidas particulares, actos administrativos, decisiones, etc.

Según el art. 7.º, cif. 16, C. a., por ejemplo, el Reich tiene la competencia legislativa para la materia de minas. Con esto, recibe la facultad de emitir una Ley de Minas; puede, por ejemplo, derogar la Ley prusiana de Minas de 24 de junio de 1865, al emitir una Ley de Minas del Reich; pero no otra cosa. No puede, en el caso particular, empleando la forma de Ley del Reich, invadir «por Ley» el dominio eminente de los Estados en materia de minas y disponer, acaso, en un Estado (prescindiendo del caso expresamente permitido del art. 156), la concesión de una mina; no ha recibido ningún *dominio eminente en materia de minas*. Tampoco se lo reserva con la competencia legislativa en materia de ferrocarriles, según el art. 7.º, núm. 19. Tampoco aquí la competencia legislativa en materia de ferrocarriles fundamenta un dominio eminente sobre los ferrocarriles, que, en cambio, está fundamentado en el art. 90, C. a. Emitir una disposición particular en el terreno de la Administración no es, pues, un «ejercicio» del derecho a legislar en el sentido del art. 12, C. a., sino, según la situación de las cosas, una violación del art. 15, C. a. Contra el empleo indebido de la legislación para finalidades de inspección, H. Triepel: *Die Reichsaufsicht*, 1917, pág. 129.

4. El Estado burgués de Derecho se basa en la libertad y en la igualdad de los ciudadanos. Ya se dijo antes, en 2, que el concepto de libertad burguesa presupone el concepto de Ley que aquí hemos designado como propio del Estado de Derecho. Pero también el concepto de *igualdad*, bien entendido, conduce a la misma concepción de la Ley. Casi todas las Cons-

tituciones dicen hoy que «todos los ciudadanos son iguales ante la Ley». La Constitución de Weimar pronunció ese postulado en el artículo 109, 1: «Todos los alemanes son iguales ante la Ley.» Igualdad ante la Ley significa, no sólo aplicación igual de la ley emitida, sino protección contra quebrantamientos, dispensas y privilegios, cualquiera que sea la forma en que surjan. Del amplio campo de las cuestiones litigiosas a que ha conducido el postulado de la igualdad ante la Ley, interesa recoger aquí una: *la igualdad ante la Ley es immanente al concepto de Ley propio del Estado de Derecho*, es decir, Ley es sólo la que contiene en sí misma la posibilidad de una igualdad, siendo, así, una norma general. Ante un mandato particular no hay igualdad ninguna, porque está determinado en su contenido por la situación individual del caso concreto, mientras que la Ley en el sentido del Estado de Derecho significa una regulación normativa, dominada por la idea de la Justicia, y cuya igualdad significa Justicia. El concepto bien entendido de igualdad está inseparablemente ligado al concepto bien entendido de Ley. Dondequiera que se adoptan mandatos especiales o simples medidas, se excluye con eso la consideración de ley y de igualdad. La disposición: El señor X. será expulsado del país, no es cosa en que pueda hablarse de «igualdad»; sólo afecta a una persona individual, a un hecho aislado, y se agota en ese mandato. Es absurdo decir, ante el mandato concreto de que el señor X. sea expulsado del país, que todos los alemanes podrían serlo igualmente. Ni el señor X., a quien afecta el mandato, ni cualesquiera otras personas no afectadas por él, pueden ser designadas en este caso como «iguales». La igualdad sólo cabe allí donde, al menos, puede quedar afectada una mayoría de casos, esto es, se produce una regulación general.

El art. 109, C. a., prohíbe, pues, leyes de excepción en sentido propio, es decir, leyes dirigidas, por razones individuales, contra una persona determinada o una pluralidad de personas determinadas. Esta prohibición obliga también al legislador. Sobre la controversia de este punto, cuad. 3 de las *Publicaciones de la Unión de Profesores Alemanes de Derecho Político*, con los informes de E. Kaufmann y H. Nawiasky, 1927; H. Triepel: *Geldbilanzverordnung und Vorzugsketten*, Berlín, 1924, págs. 26 y sigs.; comp. Anschütz: *Komm.*, pág. 304; Leibholz: *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, Berlín, 1925, y *AöR*, nueva serie, 12, págs. 1 y sigs.; Aldag: *Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung*, 1925; Carl Schmitt: *Unabhängigkeit der Richter*, 1926, y la discusión del comentario de Anschütz: *JW*, 1926, pág. 2271; E. v. Hippel: *AöR*, nueva serie, 11, págs. 124 y sigs.

5. Todas las demás configuraciones del Estado de Derecho, y todas las garantías específicas del mismo, presuponen el carácter general de la Ley. La *independencia del juez* respecto de mandatos oficiales, por ejemplo, tiene su esencial correlato en la *dependencia* del juez respecto de la Ley. Dependencia de la Ley significa otra cosa que depender de mandatos y órdenes especiales de un superior; significa una cosa contrapuesta. Si el legislador puede adoptar la forma de la Ley para dirigir mandatos al juez, éste deja de ser independiente; depende de los órganos competentes para legislar; y si éstos pueden usar su competencia legislativa para dirigir al juez órdenes especia-

les y «decretos», ellos son precisamente los superiores jerárquicos del juez. Sólo en tanto se mantiene el carácter general de la Ley son independientes los jueces. Otro ejemplo: el vicio postulado del Estado de Derecho: *nulla poena sine lege*, presupone una norma general, y se convertiría en lo contrario de la protección dicha si por un acuerdo mayoritario del cuerpo legislativo el señor X. pudiera ser condenado a muerte o enviado a presidio. La *tipicidad* de una conducta es hoy, en general, supuesto de la pena; el concepto del «hecho típico» puede convertirse en concepto fundamental de un sistema jurídico-penal, como ocurrió en Beling con la *Teoría del delito* (1906). Tipicidad e ideas análogas significan, ante todo, la posibilidad de subsumir bajo una norma general. Un modo análogo de aplicación característica del Estado de Derecho ha encontrado el concepto del «hecho típico» en el sistema de Derecho tributario de Alberto Hensel (*Steuerrecht*, en la *Enzyklopädie der Recht- und Staatswissenschaften*, 2.^a ed., 1927, págs. 34, 42 y sigs.); aquí sirve para presentar la situación de sometimiento al poder en que se encuentra el contribuyente —*Steuerpflichtiger* (el deudor del tributo, *Steuerschuldner*, como dice Hensel)—, como una consecuencia de hallarse afectado por la norma (general); el «poder de imposición de contribuciones» del Estado se explica porque el Estado «está facultado, aquí como en los otros sectores de la legislación, a establecer normas que, además (¡pero siempre que haya surgido mediante la realización de un «hecho típico» una pretensión concreta!), ejecuta la voluntad de la Ley con aplicación de su propio poder coactivo, por sus propios órganos». Todas estas construcciones desaparecen si falla el supuesto de una norma general, y muestran que la vinculación de las autoridades estatales a la Ley, que toda ejecución orgánica de la defensa de la libertad burguesa y toda exigencia propia del Estado burgués de Derecho, se apoyan en este concepto de la Ley como una norma general. Todas las otras características de la Ley, como disposición racional-substancial, justa y razonable, se han hecho hoy relativas y problemáticas; la fe jusnaturalista en la Ley de la Razón y la Razón en la Ley ha declinado en gran medida. Lo que preserva al Estado de Derecho de su completa disolución en el absolutismo de las cambiantes mayorías parlamentarias es el resto de respeto que todavía se da en la totalidad hacia ese carácter general de la Ley. No es que eso sea una completa y exhaustiva definición de la Ley en sentido material. Pero es el *mínimum* general, lógico, indispensable. «La Ley no puede ser mala, injusta; pero a consecuencia de su condición general y abstracta se reduce al *mínimum* ese peligro. El carácter protector de la Ley, su misma razón de ser, estriba en su carácter general» (Duguit, *Manuel de Droit constitutionnel*, t. II, 1923, págs. 145 y sigs.).