

Carl Schmitt  
Hans Kelsen

La polémica Schmitt/Kelsen  
sobre la justicia constitucional:

*El defensor de la Constitución*  
versus  
*¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*

Estudio preliminar de  
GIORGIO LOMBARDI

Traducción de  
MANUEL SÁNCHEZ SARTO Y ROBERTO J. BRIE

  
tecnos

CARL SCHMITT

EL DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

## OJEADA PRELIMINAR SOBRE LAS DISTINTAS ESPECIES Y POSIBILIDADES DE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

La demanda de un custodio y defensor de la Constitución es, en la mayoría de los casos, indicio de situaciones críticas para la Constitución. Resulta, por ello, muy interesante e instructivo comprobar que los planes y proposiciones para instituir un defensor semejante se inician, en la nueva Historia constitucional, primeramente en Inglaterra, y de modo preciso a la muerte de Cromwell (1658), es decir, después de los primeros ensayos modernos de Constituciones escritas y en una época de interna desintegración política del Gobierno republicano, ante un Parlamento incapaz de adoptar decisiones concretas y en vísperas ya de la restauración de la monarquía. Entonces se propuso, por ejemplo, una corporación especial que, a la manera del eforato espartano, viniera a mantener la ordenación existente del *Commonwealth* y a impedir la restauración de la monarquía. Las ideas referentes a un «defensor de la libertad», a un

«defensor de la Constitución», se abrieron paso, particularmente, en el círculo de Harrington<sup>1</sup>. Allí tiene su origen la idea de aquellas instituciones que, a través de las cartas constitucionales de Pensilvania, llegan hasta las de la Revolución francesa. En Francia misma, en la Constitución del año VIII (1799) aparece un Senado como defensor (*conservateur*) de la Constitución. En este caso, también, semejante instituto precede inmediatamente a una reacción política, la de la época de Napoleón I<sup>2</sup>. Por esto es doblemente interesante comprobar que el *Sénat conservateur* no desempeñó su papel tutelar de la Constitución hasta la derrota militar de Napoleón, cuando por decreto de 3 de abril de 1814 declaró que Napoleón y su familia quedaban desposeídos del trono por haber vulnerado la Constitución y los derechos del pueblo<sup>3</sup>.

Las luchas constitucionales alemanas del siglo XIX no pueden compararse con estas grandes revoluciones. No obstante, las Constituciones de la monarquía cons-

---

<sup>1</sup> F. H. RUSSEL SMITH, *Harrington and his Oceana*, Cambridge, 1914, p. 175; las expresiones del original son: «*Conservators of liberty*» y «*Conservators of the Charter*», con el fin «*to guard whatever constitution was decided on and to prevent the restoration of monarchy*».

<sup>2</sup> Acerca de las particularidades de la evolución que desde Harrington conduce a las Constituciones norteamericanas, y de éstas a Sicyés: F. H. RUSSEL, *op. cit.*, p. 208. A las afirmaciones de este autor añadiré todavía como ulteriores referencias las proposiciones de Thibaudeau, citadas por ANDRÉ BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, París, 1928, p. 177. THIBAUDEAU alude a las experiencias que se han hecho con los censores de Pensilvania.

<sup>3</sup> Decreto del Senado, de 2 de abril de 1814; sobre esta base («*Considérant que Napoléon Bonaparte a violé le pacte constitutionnel*»), resolución del *Corps législatif*, en el mismo día; cit. por DUGUIT-MONNIER, p. 177.

titucional alemana no echan en olvido, en modo alguno, el problema de la garantía constitucional. Son especialmente características a este respecto las disposiciones contenidas en la Constitución de Baviera (1818) y en la de Sajonia (1831). Bajo el epígrafe «De la garantía de la Constitución» tratan: 1.º, del juramento que el rey, los servidores del Estado y los ciudadanos prestan a la Constitución<sup>4</sup>; 2.º, del derecho de los distintos brazos o estamentos a formular quejas por infracciones de la Constitución; 3.º, del derecho de los estamentos a presentar acusaciones por el mismo motivo; 4.º, de las condiciones para llevar a cabo una reforma de la Constitución. La Constitución sajona de 1831 estudia bajo ese mismo título, por añadidura, las atribuciones del *Staatsgerichtshof* instituido para fallar las dudas que se susciten sobre interpretación de los textos constitucionales, cuando no se llegue a un acuerdo entre el Gobierno y los estamentos<sup>5</sup>. Tras de las experiencias reali-

<sup>4</sup> Acerca del juramento constitucional pueden encontrarse más detalles en el magistral trabajo de ERNST FRIESEHAIN, *Der politische Eid*, Bonn, 1928, pp. 35 ss., 112 ss.

<sup>5</sup> Cfs. para Baviera: STOERK, *Handbuch der deutschen Verfassungen*, 2.ª ed., 1913, p. 105, y además, M. v. SEYDEL, *Bayerisches Staatsrecht*, 2.ª ed. 1896, I, pp. 386, 517, etc. (es característica la distribución de las diversas garantías sobre distintos puntos del sistema, mientras que la «garantía de la Constitución» no es objeto de particular examen en la obra, y ni siquiera aparece como término de referencia en el admirable y detallado índice alfabético contenido en el volumen IV); para Sajonia, STOERK, p. 343; J. H. BESCHORNER, *Die Ministerverantwortlichkeit und der Staatsgerichtshof im Königreich Sachsen*, Berlín, 1877; OPITZ, *Staatsrecht des Königreichs Sachsen*, 1884, II, p. 246; OTTO MAYER, *Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen*, 1909, pp. 214 ss. Otros ejemplos en R. MOHL, *Die Verantwortlichkeit der Minister in Einheerstaaten mit Volksvertretung*, Tübingen, 1837, pp. 14 y 15.

zadas durante el periodo de los conflictos en Prusia, y a causa de los grandes éxitos logrados por la política de Bismarck, el problema de la garantía de la Constitución quedó naturalmente soslayado, y, en la generación siguiente, la general indiferencia por los problemas constitucionales de orden teórico fue causa de que no se concediera importancia a esta cuestión. Georg Jellinek toca el problema en el capítulo final de su «Teoría general del Estado» (1.ª edición, 1900), bajo el siguiente epígrafe: «Las garantías del derecho público». Lo que este autor comprende como tales garantías (juramento político, responsabilidad parlamentaria y acusación contra los Ministros) responde a la situación política y al criterio del siglo XIX alemán. En su *Sächsisches Staatsrecht* (1909) Otto Mayer dice lo siguiente respecto a las normas encaminadas a defender la Constitución vulnerada o falseada: «Todas ellas están destinadas a no ser puestas nunca en práctica, y hasta ahora, en la realidad, no se ha encontrado ocasión alguna para aplicarlas».

Es verosímil que, en aquel entonces, preocupada la opinión por la seguridad política y la salvaguardia del bienestar nacional, la simple cuestión referente a la defensa de la Constitución se calificara como labor «política», y fuera desechada como tal. Pero desde entonces hemos adquirido la experiencia de que es un artilugio específicamente político considerar como desapasionada o apolítica la ideología propia, y como políticos los problemas y opiniones del adversario. Sabemos, además, que los problemas de la teoría política y constitucional no se resuelven por el mero hecho de negarlos o de apartar de ellos nuestras miradas. Por ello, desde la Constitución de Weimar vuelven a interesar de nuevo las garantías especiales de la Constitu-

ción, y se demanda alguien que las proteja y mantenga. El *Staatsgerichtshof* se señala a sí mismo como custodio de la Constitución del *Reich*»<sup>6</sup>. El Dr. Simons, Presidente del Tribunal Supremo, denominó a este Tribunal «mantenedor y defensor» de la Constitución alemana<sup>7</sup>. Numerosas son las demandas de un Tribunal Político o Constitucional que actúe como protector, defensor o fiador de la Constitución. El problema ha vuelto también a suscitarse de nuevo en la bibliografía jurídica. Mi trabajo sobre «El Defensor de la Constitución», publicado en marzo de 1929 en el *Archiv des Öffentlichen Rechts* (vol. XVI, pp. 161 ss.), ha encontrado amplia y favorable acogida, dando lugar, sobre todo, a que durante los últimos años la posición constitucional del Presidente del *Reich* alemán se haya caracterizado con frecuencia como la de un defensor de la Constitución<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Sentencia de 15 de octubre de 1927, *RGZ*, 118, anexo p. 4; LAMMERS SIMONS, *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich*, vol. I, Berlín, 1929, p. 295.

<sup>7</sup> *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1924, p. 246.

<sup>8</sup> Así, especialmente, en la publicación de la «Liga para la renovación del *Reich*», titulada: *Die Rechte des deutschen Reichspräsidenten nach der Reichsverfassung*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlín, 1930, escrito que tiene el mérito extraordinario de haber difundido una concepción exacta de la posición constitucional del Presidente del *Reich*, y de señalar la improcedencia de numerosas opiniones y proyectos de reforma mezquinos e insensatos. Citaremos, además: W. SIMONS, en la introducción al volumen II de la mencionada obra de LAMMERS-SIMONS, pp. 9 y 11; H. POHL, «Die Zuständigkeiten des Reichspräsidenten», en el *Handbuch des Deutschen Staatsrechts* de ANSCHÜTZ-THOMA, vol. I, Tübingen, 1930, p. 483; F. GLUM, «Parlamentskrise und Verfassungslücke», *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1930 (15 de noviembre), pp. 1417-1418; W. JELLINEK, en su informe sobre los límites de la propiedad y la expropiación, presentado

Las proposiciones y proyectos de ley hasta ahora presentados tomaban casi en su totalidad como punto de partida la idea de que un Tribunal debía fallar, mediante procedimiento judicial, tanto los litigios constitucionales como las dudas y diferencias de opinión acerca de la constitucionalidad de las leyes del *Reich*. Bien es verdad que las distintas proposiciones acusaban una abigarrada variedad y una confusión desordenada de las supremas instancias decisivas: Tribunal Político o Constitucional, Tribunal Supremo del *Reich* (según el art. 13, apartado 2 de la RV), Tribunal Arbitral del *Reich* («Tribunal Supremo del *Reich* para la interpretación obligatoria de las leyes», en el sentido de la propuesta hecha por Zeiler)<sup>9</sup>, y Tribunal Supremo de lo Contencioso habían de agregarse conforme a relaciones de coordinación harto imprecisas a los numerosos Tribunales Supremos ya existentes en el *Reich* y en los *Länder*, esta circunstancia ha dado lugar a que R. Grau hablara con razón de una «gran variedad de defensores de la Constitución que concurren unos con otros y en circunstancias se contradicen mutuamente»<sup>10</sup>. En su conjunto, la manera usual de ser actualmente tratada esta difícil cuestión de Derecho constitucional hállase aún muy influida por las «ideas judicialistas» que se inclinan a encomendar simplemente

---

al 36.º Congreso de Juristas alemanes, 1930, pp. 319-320, y en el *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, § 72 (*Das einfache Reichsgesetz*), II, pp. 177-178.

<sup>9</sup> E. SCHUEFFER, *Die deutsche Justiz*, Berlín, 1928, pp. 257 ss.; pronúnciase en contra W. SIMONS en la introducción al vol. II de la colección *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich*, edit. con LAMMERS, Berlín, 1930, y GRÜNHUT, en *Iudicium*, 1930, p. 143.

<sup>10</sup> *Archiv des öffentlichen Rechts*, NF, vol. XI (1926), pp. 287 ss.

la solución de todos los problemas a un procedimiento de tipo judicial, y desprecian en absoluto la fundamental diferencia que existe entre un fallo procesal, y la resolución de dudas y divergencias de criterio acerca del contenido de un precepto constitucional. Ante todo se siente la necesidad de protegerse contra el legislador, es decir, contra el Parlamento, limitando, en consecuencia y con arbitrariedad notoria, el problema de la protección constitucional a la mera defensa contra leyes y decretos anti-constitucionales, y desnaturalizando también esta cuestión al buscar en el terreno de la Justicia el defensor de la Constitución, «sin detenerse a meditar sobre el asunto», como Rudolf Smend ha dicho en una crítica incidental, pero certera<sup>11</sup>. Entre los autores de los primeros años de la postguerra, sólo L. Wittmayer constituye una honrosa excepción cuando señala al Consejo del *Reich*, por razón de su derecho de veto, como defensor de la Constitución, prestando así nueva y merecida importancia a la olvidada relación que existe entre la defensa de la Constitución y los obstáculos que se oponen a la reforma constitucional<sup>12</sup>. En cambio, los planes y proyectos actualmente en curso se inclinan a encomendar a un Tribunal (Tribunal Arbitral del *Reich*, *Staatsgerichtshof* para el *Reich* alemán) la resolución de cuantas dudas y divergencias de criterio se susciten acerca de la constitucionalidad de las normas jurídicas (leyes y reglamentos). Las proposiciones formuladas por los 33.º y 34.º Congresos de Juristas alemanes (Heidelberg, 1924, Colonia, 1926) intentan, especialmente, resolver el problema proponiendo que la competencia del *Staatsgerichtshof* alemán se amplíe

---

<sup>11</sup> *Verfassung und Verfassungsrecht*, Múnich y Leipzig, 1928, p. 143.

<sup>12</sup> *Die Weimarer Verfassung*, Tübingen, 1922, p. 329.

(según el art. 19 de la RV, a los pleitos relativos al *Reich*, y no quede limitado, por el contrario, a los litigios constitucionales de un *Länder*<sup>13</sup>. Bajo la impresión de ciertos

<sup>13</sup> Después de la Revolución, fue ALFRED FRIEDMANN (Friters) el primero en demandar que se otorgara a un Alto Tribunal la posibilidad «de declarar nula una ley que contradiga a la Constitución y pretenda suprimir derechos que la Constitución ha fundado»: *Revolutionsgewalt und Notstandsrecht*, Berlín, 1919, p. 182. Entre las deliberaciones de la Asamblea de Weimar, es de interés la proposición de ABLASS (n.º 273, Prot. p. 483), según la cual el *Staatsgerichtshof*, a instancia de 100 miembros del *Reichstag*, ha de emitir fallo, con fuerza de obligar, sobre la constitucionalidad de las leyes; la proposición (lo mismo que una proposición incidental) fue, empero, rechazada. El 33.º Congreso de Juristas alemanes (Heidelberg, 1924: ponentes, H. TRIEPEL y conde de DOHNA) solicitó que se estudiara la posibilidad de dictar, antes de la promulgación de una ley del *Reich*, una decisión del *Staatsgerichtshof* acerca de la constitucionalidad de la ley respectiva, y reclamó, al mismo tiempo, una ampliación de la competencia del Tribunal mencionado (que, según el art. 19, sólo es competente para los litigios constitucionales del interior de un territorio) a cuantos pleitos constitucionales afecten a todo el *Reich*. El 34.º Congreso de Juristas alemanes (Colonia, 1926: ponentes, ANSCHÜTZ y MENDEL) recomendó igualmente una reforma del art. 19 RV; el *Staatsgerichtshof* debería decidir igualmente acerca de las cuestiones constitucionales que afectan a todo el *Reich*; además, dicho Tribunal habría de ser competente, de modo exclusivo, respecto de la constitucionalidad de las leyes del *Reich* convenientemente promulgadas; como finalidad legislativa ha de aspirarse a «unificar la interpretación del Derecho constitucional del *Reich*, localizándola en última instancia en el *Staatsgerichtshof*». El ministro del Interior, del *Reich*, publicó en 1925 (Editorial Heymann) el proyecto de una «Ley para garantizar la unidad del derecho», en virtud de la cual un Tribunal sentenciador, del *Reich*, debe fallar, según procedimiento jurídico, acerca de las cuestiones de Derecho público y, particularmente, las de Derecho constitucional. Un proyecto de ley publicado en la *DJZ*, 1926, col. 842, por el doctor KÜLZ, a la sazón Ministro del Interior, prevé que cuando existan dudas o diferencias de opinión acerca de si un precepto jurídico del derecho general del *Reich* está en contradicción con la Constitución del *Reich*, el *Reichstag*, el Consejo del *Reich* o

residuos ideológicos de la época anterior a la guerra y bajo la influencia de la «solución austriaca» que a la sazón gozaba de gran predicamento<sup>14</sup>, fatigada, además, la

el Gobierno del mismo pueden solicitar el fallo del *Staatsgerichtshof*, aunque, al parecer, según este proyecto, no queda excluido el derecho general de control por parte de los jueces; *cf.* el artículo de KÜLZ, *DJZ*, 1926, p. 837; POETZSCH, *DJZ*, 1926, col. 1269; BÖTTCHER, *Leipzig, Z.*, 1926, p. 822; RICHARD GRAU, «Zum Gesetzentwurf über die Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Reichsgesetzen und Rechtsverordnungen», *AöR*, NF, XI, pp. 287 ss.; FRITZ MORSTEIN MARX, *Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmässigkeit des Gesetzes*, pp. 129 ss., Berlín, 1927; SCHELCHER, en la *Zeitschr. f. Verwaltungsrecht*, de FISCHERS, V. 60, p. 305; BREDT, *Zeitschr. f. d. ges. Staatsw.* vol. 82, 1927, p. 443; NAWIASKY, *AöR*, NF, XII (1927), pp. 130 ss.; HOFACKER, *Gerichtssaal*, vol. 94, p. 213 (1927). El proyecto presentado a la Comisión jurídica del *Reichstag* en 25 de marzo de 1927, recogiendo la citada publicación del ministro KÜLZ. (*Publicaciones del Reichstag*, n.º 2.855, III, 1924-1926), hace fallar, con fuerza de ley, al *Staatsgerichtshof* (a instancia de una minoría calificada del *Reichstag* o del Consejo del *Reich*, y también reconoce esa atribución a los Tribunales que vienen obligados a presentarle sus protocolos cuando consideren que un precepto jurídico es inconciliable con las prescripciones del *Reich*); *cf.* a este particular K. barón de IMHOFF, *Bayr. Verwaltungsblätter*, volumen 75 (1927), pp. 241 ss. Acerca del carácter de semejante precepto como reformador de la Constitución, *cf.* HOFACKER, *op. cit.*, R. GRAU, *op. cit.*, IMHOFF, *op. cit.* y BREDT, *op. cit.*, pp. 453 ss., todos los cuales consideran necesaria una ley que reúna los requisitos precisos para la reforma de la Constitución; pronúnciase en contra (a juicio mío sin razón), LÖWENTHAL, *DJZ*, 1927, p. 1234, «*Reichs ver Waltangsblatt*», 1930, p. 748. Por último, hagamos una referencia a los escritos en que los autores de disertaciones tratan del *Staatsgerichtshof* (tema predilecto, al parecer, para esta clase de «trabajos doctorales»), intentando resolver tan ardua cuestión con ayuda de unas cuantas fórmulas y patrones rutinarios; todo ello es disculpable en estos autores noveles.

<sup>14</sup> Arts. 89 y 139 de la Constitución federal austriaca de 1 de octubre de 1920; sobre este particular, *cf.*, por ejemplo, W. JELLINEK, *Jur. Woch.* 1925, p. 454, con la siguiente frase, expresiva del ambiente de aquella época: «Si meditamos acerca de la regulación

opinión pública por las incidencias del primer decenio subsiguiente a la Revolución, apenas se ha comentado la importancia práctica que tendría el agrandar de tal modo la esfera de la Justicia, habiéndose conformado los autores con enunciar normas de carácter formalista y abstracto.

Ahora bien, la gran extensión que desde 1925 adquirió la competencia del *Staatsgerichtshof*, especialmente en la práctica del art. 19 RV, dio pronto lugar a objeciones políticas y constitucionales que vinieron a entorpecer la expansión hacia lo judicial, estimulada hasta entonces como una solución naturalísima. La práctica del art. 19 RV ha llegado a determinar —exclusivamente sobre la base de precedentes— tanto el concepto de las cuestiones litigiosas en materia constitucional, que no se satisface con una ilimitada «definición» verbal (pleito constitucional es toda cuestión promovida acerca de un precepto de la Constitución), como el concepto de las «controversias constitucionales en el ámbito de un *Länder*», como también, finalmente, el problema decisivo de la capacidad de las partes ante el *Staatsgerichtshof*. Era muy extraño que partidos políticos, fracciones parlamentarias y simples grupos de diputados, congregaciones religiosas, municipalidades y hasta asociaciones nobiliarias pudieran citar, en cuestiones manifiestamente políticas, ante el *Staatsgerichtshof*, a un *Länder* o a su Gobier-

---

austriaca, caracterizada por su evidente congruencia... no será aventurado presumir que alguna vez penetrará también en Alemania el criterio austriaco». La presunción no se ha confirmado; desde 1925 saltan a la vista en la solución austriaca, peculiaridades que no son, precisamente, reveladoras de congruencia.

no<sup>15</sup>, e imposible prever, además, qué entidades y grupos sociales (representaciones profesionales, uniones de intereses, corporaciones de derecho público) llegarán un día a ser admitidos como parte si se sigue este criterio<sup>16</sup>. Ciertamente es que desde hace próximamente un año vuelve a manifestarse una cierta regresión, de la que es sin duda un importante indicio el fallo en la cuestión electoral prusiana de 17 de febrero de 1930<sup>17</sup>, a que más adelante nos referiremos en detalle.

Es, sin embargo, necesario examinar el problema en su relación concreta con la actual situación política y constitucional. Para probar esta necesidad bastará que

---

<sup>15</sup> Hasta 1929: *Fracciones del Landtag*: Sentencia del *Staatsgerichtshof* provisional de 12 de julio de 1921, *RGZ*, 102, p. 415; y de 21 de noviembre de 1925, *RGZ*, 112, anexo, p. 1; *Partidos políticos* (con una cauta limitación a cuestiones electorales); *RGZ*, 118, anexo p. 22, *RGZ*, 120, anexo, p. 19 (comarca Mecklenburgo-Lübeck, del Partido obrero nacional-socialista contra el *Länder* Mecklenburgo-Schwerin); casos en que ha sido denegada tal personalidad: *Partido social-demócrata* independiente, en Sajonia, contra el *Länder* de Sajonia, *RGZ*, 121, anexo, p. 8; *Iglesias de los länder*; *RGZ*, 118, anexo, p. 1; *Municipios*; Sentencia de 12 de enero de 1922, *DJZ*, 1922, col. 427, además la sentencia en litigio entablado por el *Magistrat* de la ciudad de Potsdam contra el *Länder* de Prusia de 9 de julio de 1928, *RGZ*, 121, anexo, p. 13; *id.* del grupo local Nassau de la nobleza de realengo del *Reich* (la que subsistía a la sazón: cinco familias) contra el Ministerio prusiano, Sentencia de 10 de mayo de 1924, *RGZ*, 111, anexo, p. 1.

<sup>16</sup> *Cfs.* la crítica detalladísima que acerca de la gran extensión de la competencia del *Staatsgerichtshof* hace W. HOFACKER, «Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes», *Reichverwaltungsblatt*, 1930, pp. 33 ss.

<sup>17</sup> *RGZ*, 128, anexo, p. 1, y Sentencias escogidas del *Staatsgerichtshof* (con actas de las sesiones) publicadas por el Presidente del Tribunal Supremo Dr. BUMKE, fasc. 2, Berlín, 1930; más detalles acerca de esta sentencia, en la p. 67.

recordemos, frente a las precipitadas abstracciones de los primeros intentos de solución, los diversos casos de «defensores de la Constitución» que en gran número aparecen en la larga historia del problema constitucional. En el siglo XIX todavía se alude con frecuencia al modelo clásico del eforato espartano, casi siempre con la inevitable referencia al «*quis custodiet ipsos custodes*», no sin advertir que el defensor fácilmente se convierte en árbitro y señor de la Constitución, produciéndose, así, el peligro de una doble jefatura del Estado; en ocasiones se alude también a las consecuencias deplorables de una instancia inamovible, irresponsable, que puede decidir a su arbitrio<sup>18</sup>. Otros proyectos e instituciones, como los de

---

<sup>18</sup> Acerca del eforato en el Estado lacedemonio: BUSOLT-SWOBODA, *Griechische Staatskunde (Handbuch der Altertumswissenschaft)*, IV, 1, Múnich, 1926), pp. 670 y 683 ss.; en esa obra se indican las fuentes y copiosa bibliografía. Los éforos tenían por misión defender el orden político y social existente, así como también la disciplina y las costumbres cívicas para que la νόμος fuera el único imperante en el Estado. Tomaban juramento al Rey, y a su vez, le prestaban juramento. Ante todo debían asegurar el orden existente contra una posible rebelión de los ilotas sojuzgados, dando muerte, sin contemplaciones, a los que se hicieran sospechosos. Ello significaba la guerra contra el enemigo interior; por esta razón, los éforos declaraban cada año la guerra a los ilotas con toda solemnidad. BUSOLT-SWOBODA (p. 670) manifiestan que esto era una astucia candorosa, y tienen razón, porque en la lucha contra los «enemigos interiores» existen métodos que revelan menos candor y más astucia. Sin embargo, los éforos han sido, históricamente, un organismo cuyo carácter en el aspecto político interior estaba dominado por una idea de hostilidad. De interés es también la protesta de Aristóteles, *Política*, II, 7 (B. 10, 1272 c.) (acerca de la institución de los éforos y de los *kosmos*)\*: πάντων δὲ φαυλότατον τὸ τῆς ἀκοσ-

\* *Kosmos* es el nombre dado a unos magistrados cretenses de funciones análogas a los éforos espartanos. [N. del T.]

μίας τῶν δυνατῶν, ἣν καθιστᾶσι πολλάκις, ὅταν μὴ δίκαις βούλωνται δοῦναι (en la traducción de STAHR: Lo peor de todo fue la suspensión del régimen de los *kosmos* por los imperantes, a la que con frecuencia recurrieron cuando no querían doblegarse a los fallos judiciales). Acerca de los éforos en ALTHUSIUS: G. LEIBHOLZ, *Der Begriff der Repräsentation*, Berlín, 1929, p. 84, nota; acerca del proyecto ideado por FICHTE, de un eforato, que se traducía en la existencia de un doble jefe del Estado: K. WOLZENDORFF, *Staatsrecht und Naturrecht*, 1916, p. 408; MOHL, *Encyclopädie*, 2.<sup>a</sup> ed., 1872, p. 647; DAHLMANN, *Politik*, 3.<sup>a</sup> ed., 1847, pp. 197 ss.; BLUNTSCHELI, *Allgemeines Staatsrecht*, vol. 2, 4.<sup>a</sup> ed., Múnich, 1868, cap. 10, p. 552. Los pasajes más importantes de toda esta bibliografía política y constitucional de carácter teórico que se extiende a varios siglos hallanse reunidos en la crítica que hace HEGEL de los planes de eforato imaginados por FICHTE, *Wissenschaftliche Behandlungsarten des Naturrechts*, Obras completas, I, p. 479: «Por esta razón (es decir, porque si se quiere poner de acuerdo el máximo poder con la voluntad general, haciendo que exista otro poder igual y contrapuesto, no se resuelve, en realidad, el problema de obligar al poder supremo), se cae en una distinción absolutamente formal. El poder *efectivo* se establece como uno, y se concentra en el Gobierno; lo que frente a él se coloca es el poder *posible*, y esta posibilidad, como tal, debe ser susceptible de imponerse a aquella realidad. A esta segunda manifestación, desprovista de poder, de la voluntad general, corresponderá determinar si el poder ha abandonado a la primera (es decir, a la voluntad general), si el poder no resulta ya adecuado a la libertad general.» Ella «debe controlar en términos generales el poder supremo, y cuando, en éste, una voluntad particular venga a ocupar el sitio de la voluntad general, debe ella asumir el poder; la manera de lograrlo, a partir de este momento, será una declaración pública de la nulidad absoluta de todos los actos del poder político supremo, nulidad que producirá también un efecto absoluto». A continuación se dice: este segundo representante de la voluntad general debe tener un «poder efectivo» para que pueda obligar al poder supremo. Ahora bien, como el «poder efectivo» existe en otro representante de la voluntad general, dicho poder puede impedir toda determinación concreta, «aniquilando cuantas instituciones estén relacionadas con el eforato: la inspección, la declaración pública del interdicto y cualesquiera otras formalidades que puedan arbitrarse; y todo ello con el mismo derecho... Pues estos éforos no son, a su vez, menos voluntades privadas que aque-

tribunos<sup>19</sup>, censores<sup>20</sup> y síndicos<sup>21</sup>, pertenecen igualmente a este primer grupo de defensores de la Constitución. La segunda clase se apoya en el modelo del Senado romano, que con su misión dilatoria y conservadora fue un defensor auténtico de la Constitución romana, y cuya *autoridad* —usamos aquí la palabra en su sentido más cabal, para distinguirla de *potestas*<sup>22</sup>— debía sancionar

---

llas otras, y el Gobierno puede juzgar, tan bien como el eforato, acerca de si la voluntad particular se ha distanciado de la voluntad general».

<sup>19</sup> Arts. 21 y 28 de la Constitución francesa del año VIII (1799) y numerosos senados-consulta, hasta la supresión del Tribunado por el S. C. de 19 de agosto de 1807.

<sup>20</sup> Sobre los censores de Pensilvania, *cfs.* p. 6, nota 2; otros ejemplos en R. MOHL, *Verantwortlichkeit der Minister*, pp. 223 ss., acerca de los «censores expresamente instituidos», que controlan la constitucionalidad de todos los actos de Gobierno. Acerca de los defensores bohemios va a publicar una investigación el doctor RUDOLF STANKA.

<sup>21</sup> SPINOZA, *Tractatus politicus*, VIII, pp. 920 ss.: x, §§ 2 ss.; editio Bruder, pp. 108 y 130: *quorum* (esto es, de dichos síndicos) *officium solummodo sit observare, ut imperii jura, quae concilia et imperii ministros concernunt, inviolata serventur, qui propterea potestatem habent, delinquentem quemcumque imperii ministrum, qui scilicet contra jura, quae ipsius ministerium concernunt, peccavit, coram suo iudicio vocandi et secundum constituta irura damnandi*; deben ser elegidos con carácter vitalicio, y contar a lo menos sesenta años, «*ne longa admodum dominatione nimirum superbiant*» tener militares a su disposición, poder ejercer un derecho de convocatoria respecto a la asamblea consultiva soberana, etc. Como función y labor peculiar de los síndicos se señala la de mantener la forma del Estado (*ut imperii forma servetur*).

<sup>22</sup> Acerca de la diferencia entre *auctoritas* y *potestas*, CARL SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928, p. 75, nota. Una aplicación muy interesante de esta distinción, a la situación política interior de Alemania en la actualidad, en la revista *Die Tat*, octubre de 1930, pp. 509 ss. (art. anónimo, «La revolución fría»); además, LEOPOLD ZIEGLER, *Fünf- undzwanzig Sätze vom Deutschen Staat*, Darmstadt, 1931, p. 43.

los acuerdos del pueblo, para impedir transgresiones del orden constitucional y de los compromisos internacionales<sup>23</sup>. También este modelo siguió influyendo durante largo tiempo sobre el pensamiento constitucional de los pueblos europeos. Sobre él descansa la idea de erigir una segunda Cámara como defensora de la Constitución. Según la Constitución francesa del año VIII, art. 21, por ejemplo, *un Sénat Conservateur* aprueba o anula todos los proyectos anticonstitucionales presentados por el Tribunalado o el Gobierno; análogamente procede, según la Constitución de 11 de enero de 1852, art. 29, con todos los proyectos sometidos a él por el Gobierno o en virtud de petición de los ciudadanos, por considerarlos anticonstitucionales. Según el derecho constitucional vigente en la República francesa, el Senado (la segunda Cámara) se constituye como *Haute Court de Justice* en las acusaciones contra los Ministros y en otros casos de Justicia política (art. 9 de la Ley constitucional de 24 de febrero de 1875). En la bibliografía política y constitucional de carácter teórico siempre se ha mantenido vivo el modelo de un «Senado» defensor de la Constitución. Así, en el escrito monarcómano más famoso, Junius Brutus demanda un Senado para comprobar y vigilar la interpretación y ejecución de las Leyes por el rey<sup>24</sup>. Luego, desde Harrington, una línea seguida nos conduce hasta Sieyès y al siglo XIX<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III, p. 1041; más bibliografía acerca de la *auctoritas* del Senado romano: *Verfassungslehre*, p. 75, nota; *cfs.* también más adelante, p. 168, nota.

<sup>24</sup> JUNIUS BRUTUS, *Vindiciae contra tyrannos*, edición de Edimburgo, 1579, p. 128.

<sup>25</sup> Acerca de la línea histórica: H. F. RUSSEL SMITH, *op. cit.*, pp. 15, 205 ss.; acerca de las ideas y proposiciones de SIEYÉS: A.

También la representación nacional, es decir, la Cámara elegida por sufragio, aparece en determinadas situaciones constitucionales como defensora de la Constitución, al menos de los «derechos del pueblo», frente al Gobierno<sup>26</sup>, en particular, en forma de una Comisión de vigilancia<sup>27</sup> elegida por la representación nacional «para

---

BLONDEL, *op. cit.*, p. 173; respecto a sus efectos en Suiza: EDUARD HIS, «*Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts*», vol. 1, *Die Geschichte der Helvetik und der Vermittlungsakte 1798-1813*, Basilea, 1925, pp. 196 ss.

<sup>26</sup> Especialmente cuando el *Landtag* tramita reclamaciones constitucionales. Según el tit. VII, § 21 de la Carta constitucional bávara de 26 de mayo de 1818 (en la redacción de la ley de 19 de enero de 1872), por ejemplo, cada ciudadano, e igualmente cada municipio, podía presentar al *Landtag* reclamaciones sobre vulneración de los derechos constitucionales. Según R. MOHL, la representación nacional, en caso extremo, puede requerir al pueblo para la resistencia armada cuando se produce una infracción constitucional por parte del Gobierno (responsabilidad de los Ministros, p. 575); además también (aunque con la reserva del derecho de control judicial): acerca de la importancia jurídica de las leyes anticonstitucionales, *Monographien aus Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, vol. 1, Tübingen, 1860, pp. 85 y 86; para la crítica de esta concepción de los «Estamentos territoriales como salvaguardia de la Constitución», R. GNEIST, Informe para el 4.º Congreso de juristas alemanes, acerca de este tema: «¿Debe fallar el juez acerca del problema de si una ley se ha perfeccionado de modo constitucional?», Berlín, 1863, p. 28. Según GNEIST, la garantía genuina reside en la colaboración del monarca hereditario con una primera Cámara permanente y una segunda Cámara de carácter electivo; cierto es que en su discurso de 9 de febrero de 1866 en el *Landtag* (Informes taquigráficos, p. 128) denomina a los diputados del *Landtag* «defensores de la Constitución»; téngase en cuenta, sin embargo, que se trata de un caso de especial naturaleza; *cf.* más adelante, p. 50, nota 14. Acerca de la concepción de BLUNTSCHLI, véase más adelante p. 134.

<sup>27</sup> El art. 35, ap. 2, RV, ha incorporado al texto de la Carta constitucional la frase «para defender los derechos de la representación nacional frente al Gobierno del *Reich*», conforme a la propuesta de

defender los derechos de la representación del pueblo frente al Gobierno». Este caso revela con singular claridad que tales instituciones sólo pueden ser consideradas en el sistema concreto de la estructura constitucional. Si la Constitución descansa, según una opinión generalizada durante el siglo XIX, sobre un contrato entre el príncipe y el pueblo, entre el Gobierno y la representación nacional<sup>28</sup>, cada una de las partes contratantes puede aparecer como defensora de aquella parte de la Constitución que establece sus propios derechos y atribuciones, y se mostrará propensa a considerar que «la» Constitución descansa esencialmente sobre los preceptos constitucionales que más favorables sean a sus aspiraciones. Pero también el Gobierno, «que representa la unidad», puede ser concebido como «defensor de los organismos oficiales y protector de las instituciones del Estado»<sup>29</sup>. Otto Mayer dice en su *Sächsisches Staatsrecht*

---

HAUSSMANN, en 4 de julio de 1919. De un modo especial respondía a la tradición wurtemberguesa (*cfs.* la antigua Constitución wurtemberguesa de 1819, arts. 187 ss.) asignar a este Comité interino la misión de defender la Constitución.

<sup>28</sup> Acerca de otros efectos prácticos de este concepto de Constitución confróntese más adelante, p. 112. Un ejemplo de la historia constitucional prusiana se contiene en la protesta elevada por la Cámara de Diputados el 10 de febrero de 1866 (Legajo n.º 41, Informes taquigráficos, pp. 137, 141 ss.): «La Cámara formula protesta para la defensa de sus derechos y de los derechos del pueblo entero por ella representados, conforme al art. 83 de la Constitución», contra la moción del Fiscal para perseguir judicialmente a los diputados Twesten y Frentzel, por sus discursos en la Cámara de Diputados. Precisa, sin embargo, tener en cuenta que aquí se trata de la defensa contra una irrupción en la propia esfera, es decir, de un caso de autoprotección; *cfs.* también más adelante, p. 50.

<sup>29</sup> Así, por ejemplo, ADOLF TRENDELENBURG, *Naturrecht*, 1860, p. 375.

(1909, p. 214): «El defensor supremo de la Constitución es el Rey». También precisa mencionar en este momento la teoría del poder neutral y moderador del Rey o de un Presidente del Estado, doctrina que con más detalle examinaremos después.<sup>30</sup>

Cuando, en las Constituciones alemanas del siglo XIX, se prevé junto a otras garantías<sup>31</sup> un *Staatsgerichtshof* para la «defensa judicial de la Constitución», viene a expresarse con ello la sencilla verdad de que la protección judicial de la Constitución no es más que un sector de las instituciones de defensa y garantía instituidas con tal objeto, pero revelaría una superficialidad notoria el hecho de olvidar la limitación extrema que todo lo judicial tiene, y que por encima de esta defensa judicial existen otras muchas clases y métodos de garantizar la Constitución.

---

<sup>30</sup> El art. 71 de la Constitución portuguesa de 29 de abril de 1826 (DARESTE, p. 497) y el art. 98 de la Constitución brasileña de 26 de marzo de 1824, denominan al Rey y al Emperador, respectivamente, «clave de toda la organización política» y le asignan la misión de velar sin descanso por el mantenimiento de la independencia, del equilibrio y de la armonía de los otros poderes políticos; cfs. más adelante, p. 214, nota 1.

<sup>31</sup> La fórmula «defensa judicial de la Constitución» se encuentra, por ejemplo, en el art. 195 de la Constitución wurtemburguesa de 1819; es particularmente acertada porque distingue de las judiciales otras instituciones defensoras de la Constitución, y con ello evita una falsa y peligrosa exclusividad de la defensa judicial.

### III

## EL PRESIDENTE DEL *REICH* COMO DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

#### 1. LA TEORÍA POLÍTICA DEL PODER NEUTRAL (*POUVOIR NEUTRE*)

Las divergencias de opinión y diferencias entre los titulares de los derechos políticos de carácter decisivo o influyente no pueden resolverse, generalmente, en forma judicial, salvo en el caso de que se trate de castigar transgresiones manifiestas de la Constitución. Dichas divergencias o bien son zanjadas por un tercero, situado por encima de los litigantes y revestido de un poder político más excelso —y entonces ya no se trata del defensor de la Constitución, sino del soberano del Estado; o bien son dirimidas o resueltas por un organismo que no es superior, sino coordinado, es decir, por un tercero neutral— y entonces nos hallamos ante un poder neutral, un *pouvoir neutre et intermédiaire*, que no se halla situado por enci-

ma, sino al mismo nivel de los restantes poderes constitucionales, aunque revestido de especiales atribuciones y provisto de ciertas posibilidades de intervención. Si lo que interesa no es un efecto accesorio ejercido por otras actividades políticas, sino, más bien, organizar una institución, un órgano especial que tenga por objeto garantizar el funcionamiento constitucional de los diversos poderes y la Constitución misma, parece oportuno, en un Estado de Derecho que diferencia los poderes, no confiar la misión precitada a uno de los poderes existentes, porque en tal caso podría tener un predominio sobre los demás y sustraerse a su vez a todo control, convirtiéndose como consecuencia en árbitro de la Constitución. Por esta causa es necesario estatuir un poder neutral específico junto a los demás poderes, y enlazarlo equilibrarlo con ellos mediante atribuciones especiales.

En la historia constitucional del siglo XIX aparece una teoría especial del *pouvoir neutre, intermédiaire y régulateur* en Benjamin Constant<sup>1</sup>, con motivo de la lu-

---

<sup>1</sup> Primeramente en las «*Reflexions sur les constitutions et les garanties*», publicadas en 24 de mayo de 1814, impresas en la *Collection complete des oeuvres* de BENJAMIN CONSTANT, París, 1818, pp. 14 ss., además en el *Cours de politique constitutionnelle*, edición de 1818, n.º 1, pp. 13 ss., edición de LABOULAYE, n.º 1, pp. 18 ss. *Oeuvres politiques*, edición de CHARLES LOUANDRE, París, 1874, p. 18. Falta hasta ahora un estudio monográfico de esta interesante cuestión. Ello se explica en cuanto a Francia por el sino político de la monarquía francesa y del jefe del Estado, y para la evolución de Alemania, hasta el presente, por la falta de una teoría constitucional. CONSTANT mismo alude, sin indicación más precisa de tiempo y lugar, a las ideas constitucionales de CLERMONT-TONNERRE (p. 14, nota), pero se conforma con decir que allí se encuentran «los gérmenes» de su doctrina (*on en trouve les germes*, etc.). Este ha sido el único fundamento para la referencia a CLERMONT-TONNERRE en GEORG JELLINEK, *Allg. Staatslehre*, p. 590. Por lo demás, la relación

cha sostenida por la burguesía francesa para lograr una Constitución liberal frente al bonapartismo y a la Constitución monárquica. Esta teoría pertenece esencialmente al grupo de las teorías constitucionales del Estado burgués de Derecho, y no sólo ha influido en las dos Constituciones por las que fue literalmente recogida<sup>2</sup>,

---

histórica del *pouvoir neutre* con las construcciones constitucionales de CLERMONT-TONNERRE no ha sido minuciosamente investigada hasta el presente. Ciertamente es que la teoría de CONSTANT corresponde a la concepción liberal moderada de una monarquía que descansa sobre la distinción de poderes, tal como ya se encuentra en Mounier y en CLERMONT-TONNERRE; también caracteriza este último la posición del rey como *pouvoir régulateur* (*Oeuvres complètes* de STANISLAS DE CLERMONT-TONNERRE, t. IV, París, año III, p. 316), pero hasta ahora no he podido dilucidar en concreto de qué manera CONSTANT está influido por CLERMONT-TONNERRE, y si este último ha empleado ya la importante y característica fórmula *pouvoir neutre*. Por lo que respecta a los datos biográficos ni en el libro de RUDLER, *La jeunesse de Benjamin Constant* (1767-94), París, 1909, ni en la detallada *Bibliographie critique des oeuvres de Benjamin Constant*, de RUDLER, París, 1909, se contiene ninguna referencia a CLERMONT-TONNERRE. Tampoco aportan más datos sobre el particular las biografías de LÉON y DUMONT-WILDEN, publicadas en 1930.

<sup>2</sup> Constitución brasileña de 25 de marzo de 1824, artículo 98: El poder moderador es la clave de toda la organización política, y se delega exclusivamente en el Emperador como jefe supremo de la nación y primer representante suyo para que vele incesantemente por la conservación de la independencia, del equilibrio y de la armonía de los otros poderes políticos. Igualmente la Constitución portuguesa de 29 de abril de 1826, artículo 71: El poder moderador es la clave de toda la organización política y pertenece exclusivamente al rey, etc. También en Italia y en España fue muy grande la influencia de la teoría de CONSTANT, como he podido confirmar en conversaciones con colegas italianos y españoles; falta, sin embargo, acerca de esta cuestión un trabajo monográfico. En el proyecto de Constitución española publicado en julio de 1929 por el Gobierno dictatorial se instituía un Consejo del Reino como: instrumento del Poder armónico; garantía de la independencia judicial; modera-

sino que a ella se refiere el catálogo típico de prerrogativas y atribuciones del jefe del Estado (Monarca o Presidente del Estado), imaginadas todas ellas como elementos y posibilidades de intervención de semejante *pouvoir neutre*: inviolabilidad o, por lo menos, posición privilegiada del Jefe del Estado, refrendo y promulgación de las leyes, prerrogativa de indulto, nombramiento de Ministros y funcionarios, disolución de la Cámara de elección popular. En casi todas las Constituciones de los Estados más extensos, en cuanto corresponden al tipo burgués de Estado de Derecho, lo mismo en las monarquías que en las repúblicas, puede percibirse de uno u otro modo esta construcción, independientemente de si la situación política permite o no su ejercicio. Tanto en el orden constitucional como en la teoría política es esta doctrina de máximo interés. Descansa sobre una acepción política, que reconoce claramente la posición del rey o del presidente de la República en el Estado constitucional, y la expresa en una fórmula certera. Corresponde en absoluto a la teoría clásica del Estado burgués de Derecho, y también a ella puede aplicarse lo que Lorenz von Stein ha dicho acerca de esta época decisiva (1789-1848) no sólo para Francia, sino para toda la historia constitucional del Continente europeo: «En ningun-

---

dor de la Cámara legislativa; salvaguardia de la Constitución frente al Gobierno y a las Cortes; posible órgano de soberanía en circunstancias culminantes; clave y ornamento de todo el organismo político al cual presta estabilidad y decoro. Tratábase de un interesante ensayo de asociar el rey (cuya misión esencial era, según el art. 43, la función moderadora) con la autoridad políticamente neutral de un Consejo de Estado y de la Corona. En las Constituciones españolas anteriores (1812, 1837, 1845, 1869, 1876) no se emplean todavía los mencionados giros.

na otra parte conoce el mundo una fuente más profunda e inagotable de verdades más grandes acerca de la Constitución y de la Sociedad»<sup>3</sup>. Su creador merece por esta teoría, en plena justicia, el elogio que Georg Jellinek ha hecho de él cuando alaba su «perspicacia, libre de prejuicios doctrinarios» y le reconoce el innegable mérito de «haber señalado por vez primera a la evolución europea el camino de la exacta posición constitucional de los Ministros»<sup>4</sup>. Barthélemy admira la claridad de su pensamiento (*l'admirable lucidité du raisonnement*) y dice con razón que Constant fue el verdadero paladín del parlamentarismo liberal, el hombre que educó a los ciudadanos franceses para el parlamentarismo<sup>5</sup>. Es un síntoma muy estimable que, tras de largo olvido, su nombre vuelva a ser mencionado en Alemania, y en un documento tan importante de la ciencia jurídica germana como el Informe de H. Triepel para el 5.º Congreso

<sup>3</sup> «Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage», vol. I, *Der Begriff der Gesellschaft*, ed. de G. SALOMON, Múnich, 1921, n.º I, p. 502; STEIN cita expresamente la teoría de CONSTANT acerca del poder neutro, *cf. op. cit.*, n.º II, p. 51, y dice que el poder neutro ha aparecido en Francia con la monarquía de Julio, que para él representa en absoluto la forma clásica del verdadero constitucionalismo.

<sup>4</sup> «Entwicklung des Ministeriums in der konstitutioneller Monarchie», *Zeitschrift für das private und öffentliche Recht*, n.º X (1863), pp. 340, 342. *Cfr.* también *Allgemeine Staatslehre*, página 590. Considero injusto el juicio que G. JELLINEK pronuncia en esa ocasión acerca de SIEYÉS, porque implicó un desconocimiento de la obra de este asombroso constructor constitucional.

<sup>5</sup> *L'introduction du régime parlementaire en France*, París, 1904, pp. 184 ss. Con exactitud se expresa también HENRY MICHEL, *L'idée de l'Etat*, París, 1896, p. 304: «On n'a jamais mieux défini, avec plus de délicatesse et de sûreté dans l'expression, le rôle d'un roi constitutionnel.»

de Profesores de Derecho político<sup>6</sup>. Para la historia de los conceptos políticos de naturaleza teórica considero de especial interés el hecho de que la distinción entre *auctoritas* y *potestas*, que a mi juicio es una de las divisiones cardinales del pensamiento político europeo, se reconozca también en esta teoría de Constant<sup>7</sup>.

El valor práctico de la teoría de un Jefe del Estado que ocupe una posición neutral, mediadora, reguladora y tutelar radica, en primer término, en el hecho de que ahora puede contestarse ya a la pregunta de qué significa todavía el Jefe del Estado en un Estado burgués de Derecho —sea monarquía constitucional o democracia constitucional— y cuál es el sentido de sus atribuciones, si la legislación compete absolutamente a las Cámaras, y los Ministros nombrados por el Jefe del Estado, dependen por completo de la confianza de los cuerpos legislativos, y el Jefe del Estado mismo está obligado al refrendo de los Ministros, pudiendo decirse de él: *il règne et ne gouverne pas*<sup>8</sup>. En Alemania no se comprendió la distinción entre *régner* y *gouverner*; ni teóricamente, porque estaba olvidada desde hacía mucho tiempo la distinción entre *auctoritas* y *potestas*, ni prácticamente, porque el monarca de la monarquía constitucional de tipo germá-

<sup>6</sup> Fascículo 5 de las Publicaciones, *op. cit.*, pp. 10 y 19: «Como se ve, Benjamin Constant tenía razón: no importa tanto castigar a los Ministros como hacerlos inofensivos.»

<sup>7</sup> *Cfr.* más adelante, p. 246, nota 13.

<sup>8</sup> La frase de THIERS, del año 1829, dice así: «*Le roi règne, les ministres gouvernent, les chambres jugent*» (en que la palabra *jugent* no implica naturalmente la Justicia). Acerca del origen de esta famosa fórmula *cfr.* G. JELLINEK en la revista de GRÜNHUT, 1883, *op. cit.*, p. 343, ESMEIN-NÉZARD, *Eléments du droit constitutionnel*, 7.<sup>a</sup> ed., n.º 1, p. 231.

nico reinaba y «governaba» realmente. Según la conocida distinción de F. J. Stahl, descansaba precisamente en esto la antítesis entre monarquía constitucional (es decir, la que gobernaba efectivamente) y parlamentaria, antítesis que asocia hábilmente una adecuación a las exigencias y formas expresivas de la época con la inocuidad de las mismas, y que sólo ha de comprenderse como distinción política teleológica<sup>9</sup>. Contra la construcción de los liberales franceses, la teoría política del siglo XIX hizo valer desde un principio la idea de que el rey debe también obrar y ejercer realmente su poder, pues de otro modo no sería más que una sombra<sup>10</sup>. Max von Seydel ha formulado la argumentación más característica de esta doctrina: el monarca debe reinar efectivamente y tener un poder real en todo caso, pues al *régner* no le queda nada cuando se le quita el *gouverner*<sup>11</sup>. Con frecuencia

<sup>9</sup> *Rechts und Staatsphilosophie*, 2.<sup>a</sup> ed., cap. 97 ss.; para explicar la antítesis de lo constitucional y lo parlamentario *cfr.* C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, p. 289. Las dificultades irreductibles se revelan en el trabajo de BINDING acerca de la responsabilidad ministerial, que es inconcebible e imposible de construir sin la teoría de la posición neutral del Jefe del Estado.

<sup>10</sup> Así, por ejemplo, C. V. ROTTECK, *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. 2, Stuttgart, 1840, p. 219: sin esfera propia de poder, sin aptitud para obrar y ejecutar, el rey no sería más que una «mera sombra».

<sup>11</sup> MAX VON SEYDEL, «Ueber konstitutionelle und parlamentarische Regierung» (1887); en *Staatsrechtliche und politische Abhandlungen*, Friburgo y Leipzig, 1893, p. 140; además, por ejemplo, SAMUELY, *Das Prinzip der Ministerverantwortlichkeit*, Berlín, 1869, p. 15; FRISCH, *Die Verantwortlichkeit der Monarchen und höchsten Magistrate*, Berlín, 1894, p. 186; contra la opinión de los precitados autores es más acertada la de L. C. DOLMATEWSKY, «Der Parlamentarismus in der Lehre B. Constants», *Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft*, vol. 63 (1907), p. 608.

se citaba una frase bastante tosca de Napoleón<sup>12</sup>, y razón había para ello porque la monarquía constitucional alemana hasta 1918 era, en realidad, un poder más alto y más fuerte que justificaba la distinción entre Estado y Sociedad, y no un mero «tercer elemento neutral». Mas con esto no se resuelve el problema general de teoría política inherente a la distinción entre *auctoritas* y *potestas*, ni la cuestión de la neutralidad política del Estado, ni el problema constitucional del Jefe del Estado en el Estado parlamentario constitucional, ni, finalmente, el problema especial de la posición del Presidente del *Reich* en la vigente Constitución de Weimar. En términos generales puede contestarse a la citada pregunta de Seydel de qué queda si al *régner* se le quita el *gouverner*; diciendo que en semejante Constitución el Jefe del Estado representa, por encima de las atribuciones que le están asignadas, la continuidad y permanencia de la unidad política y de su homogéneo funcionamiento, y que por razones de continuidad, de prestigio moral y de confianza colectiva, debe tener una especie de autoridad que es tan consustancial a la vida de cada Estado como la fuerza y el poder imperativo que diariamente se manifiestan de modo activo<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Semejante hombre no sería otra cosa que un «*cochon engraissé*»; citado, por ejemplo, por BLUNTSCHILI, *Allgemeine Staatslehre*, n.º I, p. 483; GEORG JELLINEK, *op. cit.*, p. 341.

<sup>13</sup> Acerca de la antítesis existente entre *potestas* y *auctoritas*, *cfr. Verfassungslehre*, p. 75, nota; respecto a la construcción (difícil, pero adecuada a la realidad social y política) de la posición del Jefe del Estado en el Estado parlamentario con distinción de poderes; LORENZ VON STEIN, *Begriff der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 498, vol. I, además (respecto a la teoría de CONSTANT) II, p. 51. A este respecto es de advertir que en sus comentarios sobre el *pouvoir neutre*, B. CONSTANT cita también como ejemplo la *auctoritas* del Senado romano (*Oeuvres*, I, pp. 17 ss.). Acerca del Senado como protector

Respecto de la teoría del poder neutral, esta posición reviste particular interés, porque la función peculiar del tercero neutro no consiste en una actividad continua, imperante y reglamentadora, sino fundamentalmente en una actuación mediadora, tutelar y reguladora, que sólo en casos de necesidad se produce activamente, porque

---

de la Constitución *cfi.* anteriormente, p. 18. El hecho de que aluda al *pouvoir neutre* y al poder neutral se explica porque la distinción entre *auctoritas* y *potestas* ha desaparecido de la teoría política, y *pouvoir* se ha convertido en un concepto incoloro. CONSTANT mismo, en un pasaje muy importante, emplea el término *autorité* y no *pouvoir*: «*Le Roi est au milieu des ces trois pouvoirs (législatif, exécutif, judiciaire) autorité neutre et intermédiaire*» (*Cours de politique constitutionnelle*, I, p. 15). Por lo demás, este autor no es muy consecuente en la terminología, circunstancia que no es de extrañar si se tiene en cuenta que la distinción apenas era aún conocida en el siglo XVIII. En el párrafo varias veces citado por mí, de HOBBS, *Auctoritas, non veritas facit legem* (*Leviathan*, edición latina, cap. 26), todavía puede distinguirse *auctoritas* de *potestas*, pero el mismo HOBBS refiere exclusivamente esta *auctoritas* a la *summa potestas*. En una frase muy comentada declara MONTESQUIEU que la *puissance de juger* es «*en quelque facon nulle*» (*Esprit des lois* xi, 6); ello implica una cierta relación de hecho con aquella distinción según la cual el Juez tiene más bien *auctoritas* que *potestas*; sin embargo, MONTESQUIEU no se da cuenta de ello. La tradición asigna muchas veces al Senado un concepto específico de la *auctoritas*, en el que la antítesis que aquí nos interesa se transforma en otra antítesis entre *deliberare* y *agere*. Con la idea de un Senado se asocian diversas especies de autoridad: la de la edad, la de la experiencia y la de la sabiduría, esto es, la de la pericia que asocia simplemente. BODIN, *Six livres de la République* (III, cap. 7, pp. 265 ss. de la segunda ed. 1580) conoce todavía perfectamente esta distinción: «*et quoy qu'on dit de la puissance du Sénat Romain, ce n'estoit que dignité, autorité, conseil et pas puissance*»; para él esa antítesis se convierte en otra: la de *conseil* y *commandement*. Sólo desde la Revolución francesa encuentro pruebas de que se ha perdido todo sentido de distinción real; especialmente característica es una frase de GAUTIER (1792) en el *Dictionnaire de la Constitution*, palabra: *Autorité*: «*Ce mot signifie pouvoir, puissance, empire*». Con ello

no debe competir con los demás poderes realizando una expansión del poder propio, y aun en su ejercicio debe ser, por naturaleza, normalmente serena y cauta. A pesar de ello existe, y por lo menos resulta indispensable en el sistema del Estado de Derecho con distinción de poderes. Como ya sabía Constant —aunque también esta parte de su doctrina ha sido desatendida— esa función neutral es en dicho Estado un *pouvoir préservateur*. Ciertamente, para ejercer semejante función autoritaria hace falta tanto tacto, como intuición mostró Benjamín Constant para su descubrimiento y formulación: este autor ha caracterizado con dicha teoría la posición del Jefe del Estado, y ha sabido mantener viva una antigua experiencia, fundada en la tradición de la estructura política romana. La mayoría de los grandes jefes de Estado de los siglos XIX y XX han tenido habilidad para situarse detrás de sus Ministros, sin perder por ello autoridad. Una ley constitucional no puede prescribir e imponer las cualidades personales que son necesarias para cumplir a satisfacción el papel de *pouvoir neutre*, del mismo modo que tampoco puede prescribir que el Canciller del *Reich* sea un gran jefe político y determine por sí mismo las líneas directrices de la política. Ello no significa, sin embargo, una negación de la importancia práctica y aun teórica de semejantes cualidades.

Según el derecho positivo de la Constitución de Weimar, la posición del Presidente del *Reich*, elegido por la

---

empiezan también las cómodas distinciones con que se encubre la falta de tradición de la moderna teoría política: autoridad y libertad, autoridad y democracia, etc., hasta que, finalmente, en la confusión de la terminología política no puede distinguirse ya entre dictadura y autoridad o autocracia y autoridad.

nación entera, sólo puede construirse con ayuda de una teoría muy desarrollada de un poder neutral, mediador, regulador y tutelar. El Presidente del *Reich* está dotado con atribuciones que le hacen independiente de los órganos legislativos, aunque simultáneamente está obligado al refrendo de los Ministros, quienes, a su vez, dependen de la confianza del Parlamento. Las atribuciones que le están asignadas por la Constitución (nombramiento de funcionarios según el artículo 46, derecho de indulto según el artículo 49, promulgación de las leyes según el artículo 70) corresponden típicamente al repertorio de atribuciones del Jefe del Estado, que formuló ya B. Constant<sup>14</sup>. El equilibrio peculiar y frecuentemente comentado entre el elemento plebiscitario y el parlamentario, la asociación de una independencia frente al *Reichstag*, basada en ciertas atribuciones autónomas, y una dependencia fundada en el requisito general del refrendo por los Ministros (art. 50 RV), la ejecución por el *Reich*, es decir, la defensa de la Constitución del *Reich* frente a los *Länder*; y, por último, la defensa de la Constitución (a diferencia de los simples preceptos constitucionales) según el artículo 48 RV, todo esto sería una mezcla contradictoria e insensata de preceptos inconciliables si no resultara estructurado por esta doctrina. Los autores de la Constitución de Weimar tuvieron perfecta idea de ello, desde el momento que emprendieron su obra con un sentido sistemático. Hugo Preuss decía en la Comisión constitucional (Prot. p. 277) que es «solamente una de las funciones del Presidente del *Reich*» la de procurar un contrapeso contra el *Reichstag*. «Junto a ella surge la función más importan-

---

<sup>14</sup> *Oeuvres politiques, op. cit.*, p. 18.

te: crear un cierto centro, un polo fijo en la Constitución.» A continuación de esta frase, Preuss consigna esta otra, que es un presagio de la desintegración automática propia del Estado pluralista, y de la necesidad de un eficaz remedio: «Cuanto más organismos colectivos arbitréis para que colaboren, cuanto más numerosas sean las votaciones colectivas ya sea por referéndum, en el Consejo del *Reich*, en los Consejos obreros, etc., tanto mayor será la necesidad de disponer, además de todo esto, de un punto fijo, al cual concurren todos los hilos, ideológicamente por lo menos.» F. Neumann declara a continuación (Prot. pp. 277-78), que «opinaba lo mismo respecto a la cuestión presidencial». Y preveyendo todavía con mayor claridad que Preuss el Estado pluralista de coaliciones de partidos dice textualmente: «El derecho a la representación proporcional vigente para las elecciones del *Reichstag*, así como la diversidad de los partidos, dan lugar a que el Canciller del *Reich* sea Ministro de coalición. Precisamente por esta causa se siente con intensidad mayor la necesidad de una persona que con una visión general abarque todo el conjunto.» Por este motivo se señala al Presidente del *Reich* como una «potencia mediadora», como un *pouvoir intermédiaire*, y se alude a la posibilidad — que en el interin ha llegado a tener realización práctica — de un *Reichstag* que no sea apto para lograr mayoría: «La razón que tengo para creer que nosotros necesitamos un Presidente, estriba ante todo en el hecho de que dada la diversidad de resortes que existen en Alemania no podríamos lograr sin Presidente una unidad completa. Alguien debemos tener que cumpla los deberes representativos, que establezca relaciones con todas las partes de la Nación, con todos los partidos y

con los Estados extranjeros (!), viniendo a ser un poder intermediario entre el Parlamento y el Gobierno. Existe la posibilidad de que en el *Reichstag* no pueda lograrse una mayoría, y que, por consiguiente, no sea posible formar un Gobierno. En tal caso debe actuar el Presidente... Toda la cuestión presidencial es una cuestión de técnica y armonía política, y no un problema de partidos.»

Esta opinión se ha confirmado hasta la saciedad incluso en la realidad práctica de la vida política. Una gran parte de la actividad desarrollada tanto por el Presidente Ebert (quien se consideró a sí mismo como defensor de la Constitución en un momento político importantísimo) como por el actual Presidente Hindenburg puede caracterizarse como arbitraje neutral y mediación en los conflictos; fuerza es reconocer que ambos Presidentes, cada uno a su manera, han llenado su difícil misión mejor que muchos jefes de Estado, incapaces de comprender lo que resta de *régner* cuanto se les priva de *gouverner*. A los comentarios hechos en mi «Teoría de la Constitución» debo añadir todavía que desde este punto de vista era muy justificable la conducta seguida por el doctor Simons, Presidente del Tribunal Supremo, cuando, en su conflicto con el Gobierno del *Reich* en diciembre de 1928, solicitó la intervención del Presidente del *Reich*. Este no era, en efecto, «competente» para cursar las «reclamaciones» formales presentadas por el Presidente del Tribunal Supremo contra el Gobierno, ni para emitir un fallo; si el Presidente del *Reich* hubiera querido juzgar según los puntos de vista de un juez leguleyo, no hubiera podido dar otra contestación sino la de que ni era admisible la reclamación ni adecuada, tampoco, su intervención en este asunto. Se

dice en ocasiones que el Presidente del *Reich* hubiera debido indicar al reclamante «los trámites ordinarios» recomendándole dirigirse al Ministro de Justicia o al Ministro del Interior del *Reich*, y haciendo notar al mismo tiempo el carácter anticonstitucional de la reclamación. Incluso en diarios que por otra parte muestran una gran simpatía hacia la personalidad y las aspiraciones del doctor Simons, Presidente del Tribunal Supremo, se advierte que «la invocación del Presidente del *Reich* por el Presidente del Tribunal Supremo no corresponde al procedimiento constitucional»<sup>15</sup>. Cuando el Presidente del

<sup>15</sup> A. FEILER, *Frankfurter Zeitung*, 10 de enero de 1929, n.º 24. Por el contrario, es exacto lo que dice GIESE, *DJZ*, 34, 1929, col. 134, cuando afirma que «no es posible denegar — al Presidente del Tribunal Supremo — como jefe de uno de los organismos supremos del *Reich*, el derecho a formular reclamaciones, sin sujeción al formalismo judicial, respecto a transgresiones efectivas o presuntas de la Constitución». Pero, decimos nosotros, ¿por qué precisamente al Presidente del *Reich* si no se considera a éste «protector de la Constitución»? El anterior Presidente del Tribunal Supremo, SIMONS, ha adoptado un criterio en la introducción al vol. 2 de la colección editada por él, en unión con H. H. LAMMERS, *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich* (pp. 9 y 11). Sus comentarios culminan en la acertadísima frase siguiente: «La posición del Presidente del *Reich* no se halla tan estricta y precisamente delimitada en la Constitución que en virtud de una norma jurídica pueda prohibírsele una actividad ulterior como mediador; por el contrario, según los artículos 42 y 48 RV — conforme a los cuales el Presidente del *Reich* es el protector supremo del derecho de éste y de su Constitución — dicha actividad viene a responder en absoluto a la finalidad y al sentido de este órgano.» Con tal afirmación y con las contenidas en el texto que antecede, pueden considerarse solventadas las objeciones que suscita F. GLUM, «Staatsrechtliche Bemerkungen zu dem "Konflikt" zwischen dem Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich und der Reichsregierung», *Zeitschr. für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1 (1919), p. 466. El mismo GLUM, en su trabajo:

*Reich*, en lugar de proceder en la antedicha forma, indica en su contestación que «por razones de derecho constitucional no se considera competente para emitir un fallo formal acerca de la reclamación», a pesar de lo cual adopta un criterio sobre el asunto y da la razón al Gobierno del *Reich*, contestando al mismo tiempo al Presidente del Tribunal Supremo en una forma personalmente afectuosa, ello responde a una concepción exacta de la posición neutral, mediadora, reguladora y tutelar del Jefe del Estado, y puede comprenderse y justificarse sobre la base de esta doctrina<sup>16</sup>. Ello priva también de valor a las críticas que se han formulado contra el hecho de que el Presidente del *Reich* haya llegado, en cierto

---

*Parlamentskrise und Verfassungslücke*, DJZ, de 15 de noviembre de 1930, pp. 1417-1418, designa al Presidente del *Reich* como «defensor de la Constitución» y extrae de ello consecuencias prácticas tan amplias, que en comparación con ellas podría parecer como de una naturalidad casi anodina la actividad mediadora del Presidente del *Reich* en diciembre de 1928.

<sup>16</sup> H. POHL, *Hdb. deutsch. Staatsrechts*, I, p. 502. Como ejemplo de la época del mandato presidencial de EBERT, *cf.* la carta al Gobierno bávaro en 27 de julio de 1922 (conflicto entre el *Reich* y Baviera en el verano de dicho año); allí dice de sí mismo el Presidente del *Reich*: «Mi misión como defensor de la Constitución del *Reich* y de la idea nacional me impone el deber de intervenir conforme al artículo 48 de la Constitución del *Reich* para la derogación del decreto bávaro» (este escrito, así como la contestación del Presidente del Consejo de Ministros de Baviera, está reproducido en R. JOECKLE, «Bayern und die grosse politische Krise in Deutschland im Sommer», *Politische Zeitfragen*, fasc. 7-11, p. 237, Múnich, 1922). También en este caso resulta característico de la lógica de callejón sin salida que es propia del formalismo, decir que el Presidente del *Reich* hubiera debido negar la razón a Baviera, y después hacer uso de sus atribuciones constitucionales según artículo 48, o bien que debió tolerar la conducta de Baviera y abstenerse de enviar semejante carta.

caso, a ejercer influencia sobre el curso de las negociaciones mediante cartas particulares, no refrendadas por el Canciller del *Reich*, o por otros procedimientos. En un Estado con la complicada organización del *Reich* alemán, y en la actual situación concreta de la vida constitucional —el *Reich* alemán no es solamente una estructura federalista, sino también, y al mismo tiempo, un ente pluralista y policrático—, la función mediadora y reguladora del *pouvoir neutre* adquiere una central importancia, que no se satisface ni con un formulismo subalterno ni con argumentos procedentes de la época monárquica anterior a la Guerra<sup>17</sup>.

## 2. ESPECIAL IMPORTANCIA DEL «PODER NEUTRAL» EN EL ESTADO PLURALISTA DE PARTIDOS, EVIDENCIADA MEDIANTE EL EJEMPLO DEL ÁRBITRO OFICIAL EN LOS LITIGIOS DEL TRABAJO

La posición que actualmente ostenta el Presidente del *Reich*, según el derecho positivo de la Constitución de Weimar, en el sistema integral de la organización del

---

<sup>17</sup> El artículo 50 RV (refrendo por el Canciller del *Reich* o por el Ministro competente) no resulta aplicable, en la mayoría de los casos, por la naturaleza del asunto, respecto al ejercicio del *pouvoir intermédiaire*, porque no se trataba de «órdenes y disposiciones» del Presidente del *Reich*, sino de influencias, sugerencias e intervenciones personales; *cf.*: E. barón mariscal VON BIEBERSTEIN, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. 1, p. 531. Sería ilógico sacar del artículo 50 la conclusión de que el Presidente del *Reich*, como tal, sólo debe formular declaraciones que sean «disposiciones y órdenes». *Cf.*: H. POIL, *op. cit.*, p. 484 (de un modo impreciso) R. THOMA, *id.*, p. 508.

*Reich*, puede explicarse, por consiguiente, con ayuda de la teoría de un «poder neutral, mediador, regulador y tutelar». Más allá todavía de este sector, la fórmula de un «poder neutral», imaginado inicialmente de modo exclusivo para el Jefe del Estado (respecto del cual posee una importancia específica en el Derecho constitucional), puede ampliarse el ámbito general de la teoría política y aplicarse al Estado en su conjunto. En cierto sentido, y por lo menos en algunos Estados, el sino del Estado ha seguido la suerte del Jefe del Estado mismo, y éste se ha convertido, en términos generales, en una instancia meramente «neutral» frente a las antítesis sociales y económicas de la sociedad. Esto es consustancial a la consiguiente «autoorganización de la sociedad» que ha dado un giro nuevo a la cuestión de la unidad política, convirtiendo al mismo tiempo la «neutralidad» en un problema nuevo. Los «métodos de integración funcional» (elecciones, votaciones, coaliciones), así llamados por R. Smend, se han impuesto en el actual Estado legislativo, en el sector de la legislación, con la eficiencia a que hemos hecho alusión anteriormente. Los órganos legislativos son un reflejo de la pluralidad de los complejos sociales de poder organizados. Si el Estado no fuera otra cosa que este sistema pluralista, sería en la realidad un compromiso constante, y nada más que eso; su Constitución vendría a ser un contrato entre los complejos sociales de poder que constituyen el sistema pluralista, y descansaría sobre el principio *pacta sunt servanda*; las partes contratantes mantendrían el control de su propia obra, la Constitución, serían árbitros del contrato constitucional, que por medio de nuevos compromisos podrían modificar en la misma forma que lo han estipulado, y se hallarían unas con respecto a otras situadas frente a fren-

te como poderes políticos autónomos. Así, lo que todavía existe de unidad política no sería sino el resultado de una alianza, estipulada (como todas las alianzas y contratos) con reservas sociales. «El contrato sólo tiene entonces el sentido de un tratado de paz entre grupos que pactan, y un tratado de paz, quiéranlo o no las partes contratantes, tiene siempre en cuenta la posibilidad, aunque remota, de una guerra»<sup>18</sup>. Esto significaría una guerra civil, si las agrupaciones de amigos y enemigos, que son decisivas, se plasmaran en la política interior en lugar de plasmarse en la internacional. En semejante situación ¿qué es el «Estado»? ¿qué es el «conjunto» de la unidad política de una nación?

La respuesta inmediata dada en la actualidad, de modo inconsciente, muchas veces, desde el punto de vista de los diversos partidos, responde a una construcción liberal que ha encontrado su expresión clásica en J. Stuart Mill (en el capítulo VI de las *Considerations on representative Government*, 1861). Con su plausible claridad y su sistemática consecuencia conforme a la manera de pensar de una metafísica liberal, la tesis de Mill constituye un punto de partida muy adecuado para un comentario teórico-político. Según él, dentro de cada sociedad surgen, por decirlo así, espontáneamente, dos partidos o coaliciones de partidos, aproximadamente equiparados en poder, que se equilibran. Los intereses y pasiones partidistas y egoístas se compensan mutuamente y crean un equilibrio, con la particularidad de que un tercero neutral, y débil en comparación con los otros complejos de intereses poderosos y contra-

---

<sup>18</sup> CARL SCHMITT, «Staatsethik und pluralistischer Staat», *Kant-Studien*, vol. XXXV, Berlín, 1930, p. 41.

puestos, en posesión de un cierto espíritu de objetividad y de una cierta amplitud de miras, se halla en condiciones de inclinar la balanza en favor de lo que relativamente es justo y equitativo, y de colaborar al triunfo de la razón. El mismo J. St. Mill dice que en la moderna sociedad industrial los patronos (*employers of labour*) y los obreros (*labourers*) constituyen dos grupos que se compensan mutuamente, y por ello resulta posible una decisión neutral. Su teoría típicamente liberal del equilibrio está muy difundida todavía en la actualidad, y no sólo entre los liberales burgueses. Friedrich Engels había hablado ya de que (aunque sólo excepcionalmente) existen en la lucha de clases ciertos periodos «en que los partidos en lucha se hallan en situación de equilibrio». Otto Bauer desarrolló, después del año 1919, la teoría de la «estructura del equilibrio social» en el moderno Estado industrial<sup>19</sup>, utilizada por Otto Kirchheimer en una construcción teórica muy interesante en los aspectos político y constitucional<sup>20</sup>. La si-

<sup>19</sup> OTTO BAUER, *Bolschewismus und Sozialdemokratie*, 3.ª ed., Viena, 1921, p. 114; *Die österreichische Revolution*, Viena, 1923, p. 196 (la época del equilibrio de las fuerzas de clase); *Der Kampf*, XVII, pp. 57 ss., K. KAUTSKY, *Die proletarische Revolution und ihr Programm*, Berlín, 1929, p. 100; MAX ADLER, *Politische oder soziale Demokratie*, Berlín, 1926, pp. 112 ss.; en el aspecto crítico, especialmente ARKADIJ GURLAND, *Marxismus und Dictatur*, Leipzig, 1930, pp. 95 ss. Lo mismo que ocurre con la citada definición liberal de la democracia, de KELSEN (p. 25), esta construcción socialdemocrática del equilibrio ha olvidado desde hace mucho tiempo sus nexos sistemáticos, y carece ya de aquella «ofensiva claridad» que caracterizaba a MILL.

<sup>20</sup> «Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus», *Zeitschrift für Politik*, XVII (1928), pp. 596-597: «La paradoja se ha convertido en realidad, el valor de la decisión radica en ser una deci-

tuación de los partidos en Alemania y la proporción numérica de las diversas agrupaciones de interesados parecen confirmar el cuadro de un equilibrio, ya sea entre obreros y patronos, ya sea entre burgueses y socialistas, tanto en el *Reich* como en los *Länder*<sup>21</sup>. En este sentido, los litigios entre obreros y patronos pueden ofrecernos un típico reflejo de la estructura política en su conjunto. En efecto, la «Sociedad» que en el siglo XIX se desarrolló frente al Estado y llegó a imponerse victoriosamente, era una «sociedad industrial» como ya sabían Saint-Simon y Lorenz von Stein. A consecuencia de esto, los jueces y árbitros imparciales en los litigios del trabajo tienen, frente a los vocales que son representantes de obreros y patronos, una significación casi simbólica, en la que se trasluce la situación del Estado entero (y del conjunto estatal).

---

sión jurídica, pronunciada por una institución reconocida por todos, pero, a pesar de esto, es lo menos posible una decisión concreta».

<sup>21</sup> La comprobación estadística resulta algo difícil por la distribución entre muchos partidos y por los fenómenos de mistificación, pero el hecho se advierte siempre claramente; *cfi*: A. DIX, «Reichstagswahlen und Volksgliederung», *Recht und Staat*, n.º 77, Tübingen, 1930, p. 37; E. SAEMICH, «Wer vertritt das Volk?», en la revista *Die Tat*, marzo de 1930, pp. 920 ss. Respecto de Sajonia, que como país industrial reviste especial interés, se consigna en el trabajo de THÖRNIG, *Das sächsische polizeiwesen*, Berlín, 1928, p. 38 —aunque no con intención sistemática, pero más importante todavía, por esta causa—, lo siguiente: «Sajonia es un Estado industrial con población extraordinariamente densa. En una gran parte pertenece ésta a la clase obrera, y defiende las ideas marxistas. Sus partidarios se cuentan en número tal, que pueden equilibrar aproximadamente a los de los demás partidos juntos. Este hecho trasciende de modo especial en las elecciones. Según las circunstancias políticas y momentáneas, alterna en el *Landtag* sajón una débil mayoría de las izquierdas, con otra análoga del centro».

Si prescindimos del Tribunal sentenciador del Trabajo, porque un procedimiento que es en realidad judicial difícilmente puede tener una importancia típica para la estructura estatal de nuestros días, y nos limitamos al árbitro, aparece éste en el primer estadio como mero auxiliar y propulsor de las negociaciones comunes y de la inteligencia común entre los complejos contrapuestos de intereses, pero que en realidad se compensan entre sí. Mientras dura este estadio y conduce al resultado de la inteligencia de ambos partidos, es decir, a una autoconciliación; el representante del Estado es tan sólo un agente mediador, y su neutralidad compensadora es la de tal agente. Todavía no existe una superioridad específica del Estado ni actúa una autoridad; esta neutralidad es de signo negativo, la neutralidad del tercero imparcial que trata de evitar todos los impedimentos que se oponen a la autoconciliación, adquiriendo por ello posibilidad y aptitud para convertirse en un factor de «buenos servicios» (*bons offices*) y para la «mediación» (*médiation*). En el Derecho internacional, cuyas analogías con el Derecho obrero son innegables<sup>22</sup>, este proceso ha dado lugar a una copiosa bibliografía y a una jurisprudencia amplia, en la que los buenos oficios representan el primer estadio inferior, a saber, el de la mera reunión de las partes en litigio, con objeto de que sea posible la negociación entre ellas, mientras que el mediador ejerce ya un cierto

<sup>22</sup> Anteriormente, en las pp. 92 y 113, se han destacado las analogías existentes entre Derecho internacional y Derecho constitucional. Ha llamado la atención acerca de las relaciones entre Derecho internacional y Derecho obrero, DIETRICH-SCHINDLER, Tübingen, 1927, pp. 400 ss. (*Werdende Rechte. Betrachtungen über Streitigkeiten und Streiterledigung im Völkerrecht und Arbeitsrecht*).

control, desde el momento que dirige los debates y fórmulas propuestas. Ambas misiones competen al árbitro oficial, y en la estructura típica de su situación corresponde a un determinado concepto del Estado que no es precisamente el de la vigente Constitución del *Reich*. Las deliberaciones de arbitraje tienen, por consiguiente, en el actual Estado industrial, una significación análoga a la que en el Estado burgués constitucional del siglo XIX se asignó al Parlamento, a saber, la de servir de base a la formación de la voluntad nacional, mediante deliberaciones y mutuo convencimiento: su elemento esencial es el convencimiento, y no la sentencia.

Si este estadio no conduce a un resultado positivo, el árbitro estatal desarrolla una segunda función: él da la pauta, cuando los dos complejos de intereses igualados entre sí no llegan a un acuerdo, sino que se mantienen mutuamente en situación de equilibrio. Entonces el árbitro provoca una decisión, inclinándose a uno u otro lado de la balanza. Actúa entonces como tercero generador de una mayoría. Esta función puede ser, a su vez, de doble naturaleza. En primer lugar parece corresponder a la citada construcción política de J. Stuart Mill: los dos poderes contrapuestos, determinados como partidos, se equilibran mutuamente; por esta razón, un tercero objetivo e imparcial, aunque carezca de una superioridad de poder sobre las partes, puede emitir un fallo a favor del que tenga una razón relativa. La fuerza o autoridad que este género de decisión implica puede ser muy pequeña y hasta mínima, porque las potencias efectivas, es decir, los dos complejos de fuerzas e intereses en litigio, se neutralizan mutuamente, y sus más y sus menos, aritméticamente compensados, se traducen en un cero. El procedimiento de obtener una decisión

creando una mayoría de votos es naturalmente, desde el punto de vista de las partes, un procedimiento coercitivo, especialmente cuando el tercero que determina la mayoría se agrega a las partes desde fuera<sup>23</sup>. La fórmula de arreglo así lograda es, según el concepto fundamental de H. Triepel, una «conciliación obligatoria». Bajo la influencia de la concepción pluralista del Estado, idea cada vez más generalizada, el Estado que forma mayoría se convierte esencialmente en un tercero que impone sus decisiones desde fuera. La concepción democrática (no la liberal) del Estado debe insistir sobre el axioma democrático, tantas veces aludido, de que el Estado es una unidad indivisible, y que la parte vencida en la votación no ha sido obligada y violentada realmente, sino conducida a este resultado por su propia y efectiva voluntad. En este caso no se trata, pues, de una victoria por los votos, sino de un convenio que existe siempre y que por medio de la votación queda liberado de sus posibles aberraciones. Ahora bien, esta idea que-

---

<sup>23</sup> Sobre este particular son de gran interés las distinciones formuladas por CARL BILFINGER acerca de la conciliación o arbitraje, constantemente necesario en un Estado federal, para fallar las cuestiones entre la Confederación y los Estados confederados, y entre éstos entre sí: la representación en el Consejo federal como compensación de intereses y como representación. En BILFINGER hallamos también la acertada idea, a que ulteriormente aludiremos, de que en una constelación semejante, el principio de la mayoría en la votación representa un elemento de coacción, de manera que en el caso de llegar a formar una mayoría puede hablarse ya de una «conciliación forzoza» en el sentido de TRIEPEL. Lo único que no comprendo es por qué razón BILFINGER agrega a esta afirmación objetiva y exacta el aditamento de «formalmente comprendida» (*Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, vol. 1, Tübingen, 1930, p. 550, nota 30).

da cada vez más trastornada por el sistema pluralista que es oligárquico en lugar de democrático, pues para dicho sistema el Estado no es más que un complejo de poder junto a otros complejos sociales de poder, uniéndose unas veces con uno de ellos y otras con otro, y provocando así una decisión. La formación de la mayoría se convierte de este modo en un medio de predominio y de violencia exterior; el Estado ya no es neutral en el sentido de la objetividad y de la razón, como según la teoría de J. St. Mill es el tercero que decide, sino a la manera de un factor adicional de poder que ayuda a una de las partes a obtener la victoria sobre la otra.

El Tribunal Supremo de Trabajo ha insistido fundamentalmente en la idea de la soberanía política, y no se resigna en modo alguno a hacer del Estado el único tercero capaz de formar mayoría. Ahora bien, en la famosa sentencia de 22 de enero de 1929 (en el pleito de la Federación patronal del distrito Düsseldorf, del grupo noroeste de la Asociación de industriales alemanes del hierro y del acero, contra las tres Asociaciones de obreros metalúrgicos) se ha considerado al Presidente de la Cámara arbitral como el único elemento capaz de formar mayoría; fúndase esta opinión en que, según los preceptos arbitrales vigentes (art. 1, párr. 5, ap. 4 del Decreto sobre conciliación de 23 de octubre de 1923, *RGBI*, I, p. 1043), la Cámara arbitral, como Colegio, tiene que proponer un convenio de conjunto, y en que, según los principios generales de toda decisión colegial, para que falle el Colegio como tal es necesario la mayoría de los vocales que a él pertenecen («órganos individuales»), salvo el caso en que la ley determine lo contrario. Con ello se localiza el problema de la decisión colegial y, al parecer, pierde importancia de principio. Por lo demás, y preci-

samente en esta sentencia, manifiesta el Tribunal Supremo del Trabajo que según el proyecto de la nueva reglamentación arbitral (art. 83 del Proyecto de reglamentación arbitral presentado al *Reichstag* en 11 de marzo de 1922; véase, además, la exposición de motivos del Gobierno) no puede ser dudoso que el Presidente, sin tener en cuenta la proporción de votos expresados para las distintas opiniones, decida con el suyo; expresamente se rechaza la concepción manifestada, tanto en la literatura científica como en la práctica, de que el Presidente procura siempre con su voto la victoria a la opinión de los vocales patronales o a la de los obreros.

Desde el momento en que se tienen en cuenta los principios generales de toda decisión colegial, el problema se desplaza, pero no deja de ser típico en principio y para la teoría política en general. Si se parte de la tesis de que los vocales nombrados por los grupos de intereses en un Colegio de composición paritaria, son «órganos» igualmente oficiales que el Presidente imparcial y apolítico, se da la cuestión por resuelta, haciendo uso de la confusa palabra «órgano», y recurriendo a una oficialidad y a una objetividad ficticias, con una precipitación semejante a la que caracteriza la solución del parlamentarismo actual, cuando se dice simplemente que «jurídicamente» cada diputado no representa a un «partido» sino que, más bien, según el artículo 21 RV, es representante de la nación entera, es decir, un «órgano individual», y el Parlamento, un «órgano», y el Estado, un «organismo». En este caso vemos cómo las teorías orgánicas pueden asociarse con un formalismo sin contenido, para negar, con ayuda de ficciones, el problema, en lugar de resolverlo. Con razón ha manifestado Erwin Jacobi, oponiéndose a la sentencia del Tribunal Supremo del Traba-

jo que en el laudo dictado por la Cámara arbitral no se trata de una decisión jurídica, sino de una conciliación de intereses, y que la provisión colegial de un puesto de este género tiene un sentido distinto de la provisión colegial de los cargos de un Tribunal de Justicia. Pero al mismo tiempo Jacobi reprocha a F. Haymann que éste considere a los vocales de la Comisión arbitral «con unilateralidad excesiva, como representantes de las partes»<sup>24</sup>. Haymann advierte, sin embargo, la efectiva importancia del hecho, y subraya, por esta causa, con razón, que el arbitraje, aparte de su misión de «mediación honorable», tiene todavía una segunda función autónoma que cumplir: la de «preparar eventualmente una paz forzosa»; por tal razón, el voto del Presidente oficial,

---

<sup>24</sup> E. JACOBI, *Jur. Wochenschrift*, vol. 58, 1929, p. 1278; E. HAYMANN, *Die Mehrheitsentscheidung in Rechtsprechung und Schlichtung und der Schiedsspruch im Ruhreisenstreit*, Berlín y Leipzig, 1929, pp. 9, 14 ss. D. SCHINDLER, *op. cit.*, p. 416. La serie propuesta por H. HERRHAARDT: administración autónoma, comunidad de trabajo, régimen arbitral, tiene la ventaja de destacar el nuevo problema político; sin embargo, no la considero revelante y exhaustiva, y en particular resulta imprecisa la frase «régimen arbitral». Respecto a la sentencia del Tribunal Supremo de Trabajo en 22 de enero de 1929, *cf.* también la col. de documentos publicados por GRAUERT, MANSFELD y SCHOPPEN, *Der Rechtsstreit im Arbeitskampf*, Mannheim, 1929. El aspecto teórico-político del problema se elude en la mayoría de los trabajos. Lo que HOENIGER dice (*Magazin der Wirtschaft*, 14 de febrero de 1929, p. 223) de que «son muchas las cosas que pueden afirmarse en pro y en contra de la fundamentación jurídica formal» es cierto, pero revela que por este procedimiento no puede relevarse la cuestión. La propia referencia de HOENIGER al artículo 196, ap. 2 GVG, adolece de semejante «formalismo», porque en el cómputo de la mayoría de votos de un colegio judicial se parte de la igualdad y equiparación de los votos emitidos, pero no de una agrupación de intereses preestablecidos dentro del «Colegio», con un Presidente «neutral».

neutral, es decir, no delegado por los intereses de las partes, es el de un «órgano imparcial de la legalidad», ofreciéndose así una garantía «de que la opinión de la mayoría representa una justa compensación de intereses». Esto es absolutamente exacto y acertado. Ahora bien, en gracia al esclarecimiento general del problema para la teoría política, frente a esta división bipartida de las misiones del árbitro, me permito señalar, en total, cuatro etapas: después de la primera, la del mediador honorable, viene una segunda etapa, la del tercero creador de una mayoría, que según la idea de Mill, resulta un órgano decisivo por razón de su neutralidad (en el sentido de la objetividad). Viene, a continuación, una tercera etapa en la que el Estado aparece de otro modo como tercero formador de mayorías, a saber, como tercero en el sentido de un sistema de concepción pluralista; agrégase el Estado a los complejos sociales de poder ya existentes como un nuevo complejo de poder, y en especial sentido es también creador de mayorías y factor decisivo. Esta última interpretación contradice ciertamente la opinión dominante todavía en el pensamiento político alemán, pero apenas si cabe negar que prácticamente es consustancial a la conducta —determinada de un modo exclusivo en sentido partidista— de los partidos que dominan el Estado, los cuales, sin atender a principio alguno, y teniendo sólo en cuenta el interés táctico del momento, unas veces proclaman al Estado como autoridad, cuando favorece sus intereses de partido, para tildarlo luego de intruso que perturba la autonomía de las luchas económicas y laborales, cuando el Estado se le cruza en el camino y le impide aprovechar las ventajas del momento. Este método de absurda contradicción consigo mismo y de aparente falta de principios, no carece, sin embargo, de una nor-

ma propia: constituye uno de los típicos recursos del Estado pluralista que, como anteriormente indicábamos, no tiene interés alguno en declararse abiertamente y en proclamar su propia norma de conducta, pero que en cambio explota, en la forma más exhaustiva y eficaz para los intereses del partido, su influencia en la formación de la voluntad política<sup>25</sup>.

Cuando este sistema logra imponer en el procedimiento de conciliación los mismos resultados que en el parlamentarismo, esto es, cuando consigue convertir

---

<sup>25</sup> La tesis aquí expuesta de las estructuras típicas en el orden teórico-político, que se simboliza en la posición del árbitro oficial, no se contradice por el mero hecho de que en la prensa de partido y en otras manifestaciones partidistas se aluda a presuntas contradicciones. Es muy natural que en un Estado pluralista de partidos, cada uno de ellos haga valer la «autoridad» del Estado, cuando tiene a éste de su parte en el momento en cuestión, y que, por el contrario, se desencadene todo el apasionamiento del libertarismo liberal, y se hable de dictadura, de Estado de superioridad, de reacción, de fascismo o de bolchevismo, cuando la decisión política favorece al partido enemigo. Todo esto es consustancial a la naturaleza del Estado pluralista de partidos que permite a los titulares del sistema pluralista manifestarse como organizaciones meramente sociales, no políticas, no oficiales, es decir, irresponsables, con plena conciencia de su egoísmo de partido, y sin exponerlas a ningún riesgo político; dispuestas, además, desde el sector de Estado que ya poseen, a identificarse con el Estado mismo, a manifestarse de repente como autoridad estatal y a tratar al partido adversario como enemigo del Estado. Esta arma política de dos filos tiene para las organizaciones interesadas la gran ventaja de que en todo momento aparentan actuar por algo distinto de la política (por la economía, por la propiedad privada, por la cultura, etc.) y, sin embargo, pueden aprovechar de modo exhaustivo todas las ventajas que la política ofrece. Ciertamente todo ello sólo es posible en tanto que no sobreviene, en cualquier forma, una decisión, ya sea por parte de las energías todavía existentes del conjunto estatal, ya sea por la transición al estado de un solo partido, que carga sobre éste el riesgo de lo político.

los organismos arbitrales, lo mismo que el Parlamento, en escenario del pluralismo, haciéndolos, por consiguiente, incapaces para toda acción, plantéase al Estado una ineludible alternativa: o cesar de existir como unidad y como conjunto, o intentar la necesaria resolución tomando como base las energías del conjunto y de la unidad. Es entonces cuando se alcanza la cuarta etapa de la neutralidad, la de una decisión franca, lograda por obra del Estado, en la que tanto la propuesta formulada por el Tribunal arbitral como la declaración de su obligatoriedad son exclusivamente obra del Estado. Para la esencia de este procedimiento, nada implica que dicha labor revista la forma de una mayoría, y que, como en el Decreto del Presidente del *Reich* en 9 de enero de 1931 (*RGBI*, 1, p. 1), se prefiera aumentar en caso necesario el número de los vocales neutrales de la Cámara arbitral, agregando al Colegio otros dos vocales imparciales: lo esencial es que se trata de una decisión política, que no es el resultado de la inteligencia entre los litigantes, y que tampoco se ha producido por una mera formación de mayorías entre el Estado y los interesados. El hecho de que la designación de elementos imparciales, con objeto de llegar a la formación de mayoría, solamente deba producirse cuando «aparece como ineludiblemente necesario para los intereses del Estado» (por ejemplo, en el caso del Decreto de 9 de enero de 1931) y que, como se dice en la exposición de motivos, «sólo haya de utilizarse en casos excepcionales», comprueba precisamente la relación que guarda con la decisión política, cuya imparcialidad sólo puede tener su punto de apoyo en el terreno de la unidad y de la totalidad política, y cuya fuerza se pone a prueba en casos de excepción.

Semejante criterio es posible, en tanto que el sistema pluralista no haya provisto todavía todos los resortes del conjunto estatal, y en tanto, además, que los múltiples partidos se cohiban y limiten mutuamente, y que su heterogeneidad filosófica, económica y de otra índole robustezca todavía esta recíproca limitación; pero, sobre todo, en tanto que en una nación existan todavía otras energías distintas de las captadas y utilizadas por la organización de los partidos, y que estos elementos de reacción queden relacionados por la Constitución política con un sistema de instituciones relativamente estables. La vigente Constitución del *Reich* ha intentado esto con ayuda de los elementos plebiscitarios de su sector de organización. Ya anteriormente aludimos a ello al hablar de las tendencias centrífugas que se ocultan bajo la palabra «neutralidad», a la cual se contrapone la unidad política del pueblo, inmediatamente existente, presupuesta y querida por la Constitución y el Presidente del *Reich*, elegido por la nación entera.

### 3. LA BUROCRACIA Y LAS DIVERSAS POSIBILIDADES DE LOGRAR UNA «INDEPENDENCIA» CON RESPECTO AL ESTADO PLURALISTA DE PARTIDOS

Cuando la burocracia política aparece en un lugar decisivo, tanto en el conjunto de los elementos «neutrales» como también respecto a la unidad política —pues conviene tener en cuenta que lo mismo los árbitros que los jueces de la jurisdicción del trabajo y del sistema arbitral alemán se seleccionan generalmente entre la burocracia— se pone de manifiesto la gran transformación fun-

cional, inevitablemente operada en este sector. La antítesis tradicional y estática entre el Estado, es decir, el Estado burocrático y monárquico de una parte, y la Sociedad, es decir, la esfera biológica «libre», fundamentalmente distinta del Estado, por otra, queda destruida. La burocracia ya no está situada por encima de una «Sociedad» separada de ella; ya no puede tener, como en el Estado monárquico, una posición trascendental frente a la Sociedad. Sin embargo, se mantiene deliberadamente como elemento imparcial; según el criterio de la Constitución, tampoco debe quedar situada por debajo de la Sociedad. La Constitución del Reich contiene en los artículos 129-130 una garantía de la burocracia como institución profesional, y crea, por consiguiente, un factor constitucional de permanencia y estabilidad, que no debe ser alterado por el antedicho método de la «integración funcional». Los funcionarios son «servidores de la colectividad», pero su neutralidad no es la de un mero «Civil Services», o la de un funcionario técnico. Más bien ha de proseguir en el Estado democrático la gran tradición de la burocracia profesional alemana<sup>26</sup>. Eliminado el

---

<sup>26</sup> Acerca de la «nueva misión de la burocracia» en Alemania; A. KÜTTGEN, *Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie*, Berlín, 1928, p. 243; *Sächsische Schulzeitung*, año 96 (Dresde, noviembre de 1929) pp. 757 ss. y 825 ss. (contra la resolución de la relación burocrática en una relación de contrato de trabajo, asegurada en el orden político social, como defiende H. POTTHOFF); y *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, vol. II (1930), p. 15; además E. ZWEIFERT, «Der Beamte im neuen Deutschland», en *Volk und Reich der Deutschen*, edit. por B. HARMS, Berlín, 1929, vol. V, p. 467: «Nuestra ética profesional no ha disminuido a consecuencia de la Constitución de Weimar; antes por el contrario, se ha hecho más profunda y depurada por la idea de dedicación a la colectividad». ZWEIFERT habla allí tam-

fundamento monárquico y suprimida también la distinción entre Estado y Sociedad, dicha continuidad sólo es posible sobre nuevas bases. Estas se hallan establecidas

---

bién de la «íntima conexión con la colectividad, que no sólo es de categoría más alta que la conexión con el partido, sino que también se halla éticamente en un nivel más elevado que la conexión que anteriormente unía al funcionario con la persona del monarca», y que no queda alterada por la subordinación del funcionario a los «poderes políticos variables» H. LEISEGANG, *Die Ethik des Berufsbeamtentums* (en la serie de conferencias: *Burocracia. Estado nacional y Ética*, Leipzig, 1931, p. 32) llega a decir lo siguiente: Esta ética de la burocracia profesional «es la única sustancia moral que mantiene la cohesión del Estado, ya que todo lo demás que enlaza a los hombres entre sí, especialmente el criterio filosófico y la religión, son cuestiones privadas». Las dos conferencias de WALTER KASKEL, *Beamtenrecht und Arbeitsrecht*, Berlín, 1926, y de FR. GIESE, *Das Berufsbeamtentum im deutschen Volksstaats*, Berlín, 1929 (publicadas ambas por la editorial de la Liga Alemana de Funcionarios) merecen especial mención en este momento. También reviste interés máximo el trabajo de ERNST MICHEL, «Das Beamtenproblem», en la revista *Deutsche Republik*, año III (agosto 1929), pp. 1501 ss., porque MICHEL reconoce y advierte la transformación anteriormente descrita (pp. 140-141) que radica en la «autoorganización de la Sociedad», y no se hace ilusiones acerca de la posibilidad de vivir en un «Estado social paulatinamente politizado». En este «Estado total», como yo diría, considera que la burocracia está llamada «a ser, en medio de la revolución social, órgano de la paz en las luchas económicas, sociales y políticas, desarrollando en detalle, mediante una colaboración cotidiana y responsable, una gigantesca labor de *pacificación* (el subrayado es mío). Respecto a la cuestión tratada con nuevos y muy interesantes argumentos en el comentario hecho por A. KÜTTGEN, de la obra de G. LEIBHOLZ, «Der Begriff der Repräsentation», *Arch. d. öff. Rechts*, vol. 19 (1930), p. 307, de si los funcionarios alemanes son en la actualidad representantes del Estado, me propongo adoptar un criterio especial. Provisionalmente insisto en que los funcionarios, como dice la Constitución, son servidores: *cf.* *Verfassungslehre*, p. 213.

por el hecho de que es el Presidente del *Reich* quien, según el artículo 46 RV, nombra y separa los funcionarios. Estos dos preceptos constitucionales —artículo 130 y artículo 46— son, por consiguiente, complementarios. En la práctica, constituye un visible obstáculo contra los métodos de provisión de cargos por los partidos políticos la circunstancia de que los funcionarios no sean nombrados por el correligionario convertido en Ministro, sino por un Jefe de Estado, independiente del Parlamento, y, como consecuencia, de los partidos. Pero todavía más importante que esta ventaja práctica es la relación que existe entre el Estado burocrático, garantía del Derecho constitucional y un Presidente del *Reich*, elegido por vía plebiscitaria que domina el elemento plebiscitario de la Constitución.

De este modo se crea la única posibilidad imaginable en una Constitución democrática, de una institución independiente sin la cual no puede existir ningún defensor de la Constitución. «Independencia» es la premisa fundamental, y todas las propuestas que se hacen de un defensor de la Constitución se basan en la idea de crear una institución independiente y neutral. Ahora bien, en la mayoría de los casos no se percibe con claridad y de modo bastante sistemático cuántas «independencias» existen en la vida política contemporánea, y por qué deben ser extraídas siempre nuevas instituciones del régimen de la política de partidos y del sistema pluralista. Existen, en efecto, muy diversas clases de independencia: una independencia del juez, otra distinta independencia del funcionario profesional, y una, compuesta de las dos anteriores, de los funcionarios judiciales de carrera; al lado de éstas hallamos también una independencia del Presidente y de los miembros

del Tribunal de Cuentas del *Reich* alemán<sup>27</sup>. Tenemos, además, la independencia del diputado parlamentario, según el artículo 21 RV<sup>28</sup>, y la independencia y libertad, de peculiarísima naturaleza, del profesor de las Escuelas superiores, al cual se garantiza la libertad de cátedra a tenor del artículo 142 RV<sup>29</sup>; además, una independen-

<sup>27</sup> Artículos 118, 119 de la Ordenanza de presupuestos del *Reich*.

<sup>28</sup> *Cfr.* a este particular *Verfassungslehre*, p. 255.

<sup>29</sup> KARL ROTHENBÜCHER, en el informe para el Congreso de profesores alemanes de derecho político en Múnich, 1927, publicaciones de la Asociación de profesores alemanes de derecho político, fasc. 4, pp. 32 ss.; R. SMEND, id. pp. 56 ss.; W. A. E. SCHMIDT, *Die Freiheit der Wissenschaft* (estudios relativos a la Constitución del *Reich*, editados por W. JELLINEK, fasc. 3), Berlín, 1929, pp. 126 ss.; F. barón mariscal VON BIEBERSTEIN, «Die Gefährdung der deutschen Universität», en la revista *Die Tatwelt*, Jena, julio-septiembre, 1929, pp. 92 ss. Muy instructivo para el problema del Estado religiosa y filosóficamente neutral, y para su relación con la educación y con la escuela es el trabajo de G. GIESE, «Staat, Staatsgedanke und Staatserziehung», en la revista *Die Erziehung*, año 5 (1929), especialmente p. 153; sin embargo, convendría distinguir con más precisión las diversas especies de imparcialidad, ultraparcialidad y neutralidad anteriormente aludidas, pp. 203 ss. Acerca de la *ratio* de la ciencia autónoma, se expresa muy acertadamente E. SPRANGER, «Das Wesen der deutschen Universität» (*Akademisches Deutschland*, 1930, III, 1, p. 5): «Mejor dicho, trátase de la libertad de la ciencia no como un derecho fundamental individualista, como por ejemplo es el de la libre expresión de opiniones, sino del derecho transindividual y obligatorio que resulta de la objetividad superindividual de la investigación de la verdad». La garantía de la libertad científica de enseñanza en el artículo 142 RV es una garantía institucional (*Verfassungslehre*, p. 172, y de acuerdo con ella ANSCHÜTZ, *Kommentar*, p. 572, F. GIESE, *Kommentar*, p. 299; A. KÖTTGEN, *Mitteilungen des Verbandes der Deutschen Hochschulen*, enero de 1931). Acerca de la relación de esta libertad de enseñanza académica con el principio de la libre discusión y con el privilegio del estipendio, *cfr.* las interesantes manifestaciones de LORENZ VON STEIN, *Lehrfreiheit, Wissenschaft und Kolleggeld*, Viena, 1875 (li-

cia del asesor y del experto, como resulta de la naturaleza de su función<sup>30</sup>. Las tendencias neutralizadoras anteriormente aludidas y las estructuras autónomas, independizadas de la soberanía del Estado, como el *Reichsbank* y la Sociedad de Ferrocarriles del *Reich*, han suscitado igualmente formas y garantías propias de la independencia, entre las cuales pueden citarse, además de las incompatibilidades y otros casos especialísimos, ante todo el complemento del Consejo general del *Reichsbank* mediante cooptación, y el fallo de litigios entre el Gobierno del *Reich* y la Sociedad de Ferrocarriles del *Reich*, por un Tribunal ferroviario. Existe, finalmente, la independencia del Jefe del Estado, ya sea la del monarca, en la monarquía constitucional, cuya independencia descansa sobre la sucesión hereditaria en el trono y sobre la inviolabilidad de su persona, ya sea la independencia del Presidente del Estado en una democracia constitucional, tal como en la Constitución de Weimar está asegurada por la elección realizada por el pueblo alemán entero (art. 41 RV), mandato presidencial de siete años (art. 43, ap. 1 RV), y por las trabas que se oponen a su revocación (art. 43, ap. 2 RV).

---

bertad de enseñanza como libertad de discusión, estipendio como garantía de la independencia y de la libertad).

<sup>30</sup> A. BERTRAM, *Zeitschrift für Zivilprozess*, vol. 28, p. 421, 1928: «En el ámbito de la administración el asesoramiento adquiere, en absoluto, una posición especial, en cuanto que el informe, por naturaleza, no tolera indicaciones previas. Ciertamente que el organismo superior puede indicar cuestiones más o menos generales y precisas al subordinado para que emita su informe; pero no puede, sin quebrantar el concepto del informe mismo, indicar la conveniencia de llegar a un determinado resultado; es decir, que el contenido del informe es siempre materia del libre arbitrio del asesor».

La independencia judicial sólo es, por consiguiente, un caso especialmente caracterizado, y en modo alguno la única forma de independencia; además es, como ya hemos indicado, un caso de independencia compuesta. Ordinariamente se piensa a este respecto en la independencia del funcionario judicial con carácter profesional. Mediante las garantías de su posición jurídicamente asegurada, disfruta de su cargo por toda la vida o durante un largo período de tiempo, y es un funcionario profesional que no puede ser depuesto o separado arbitrariamente, y queda apartado de la lucha desatada entre los elementos económicos y sociales. Es «independiente», y por tal causa se halla en condiciones de ser neutral e imparcial, como de él exige el artículo 130 de la Constitución. La independencia del juez en el Estado moderno descansa en una peculiaridad que todavía robustece las garantías profesionales de carácter general, desde el momento que el artículo 104 RV prescribe que los jueces de la jurisdicción ordinaria sean nombrados con carácter vitalicio, que contra su voluntad, sólo en virtud de sentencia judicial y con los fundamentos y en las formas prescritas por la ley, pueden ser despojados definitiva o temporalmente de su cargo, trasladados a otro o jubilados. De este modo, en la independencia judicial garantizada por la Constitución de Weimar se hallan enlazadas entre sí dos especies de independencia. De una parte, la independencia específicamente judicial, con respecto a todo género de sugerencias y mandatos en el ejercicio de la actividad judicial (artículo 102), independencia de que también gozan los juzgadores que no son de carrera (adjuntos, jurados, jueces de paz y hombres buenos) y, en segundo lugar, la independencia aún más excelsa del funcionario judicial. La independencia del funcionario

judicial colocado con carácter vitalicio, que sólo puede ser depuesto de su cargo mediante procedimiento que tramitan sus colegas, no debe comprenderse solamente como garantía de la independencia judicial aludida en primer término. En efecto, no se aplica a los jueces privados (adjuntos, etc.), y por su contenido sólo significa una intensificación de las garantías que los artículos 129-130 RV prevén para todos los funcionarios, incluso los no judiciales. Esta parte de la independencia judicial es tan sólo un caso calificado de la independencia general del funcionario. Nadie consideraría independiente y neutral un Tribunal de Justicia integrado por elementos políticos, aunque estos miembros «no estuvieran sujetos a mandatos ni sugerencias en el ejercicio de su actividad juzgadora»; todos recordarían el sino de la independencia de los diputados según el artículo 21 RV, y presumirían que semejante Tribunal judicial, tanto en su provisión como en sus actividades, sería un escenario del sistema pluralista como lo es el Parlamento, y como lo ha sido también todo organismo influido por la confianza del Parlamento.

Un Colegio integrado por jueces profesionales con garantías especiales de independencia judicial y con carácter inamovible aparece, naturalmente, como una instancia independiente, neutral y objetiva, y fácilmente se comprende que se incurra en el error de considerar despolitizadas todas las cuestiones o litigios constitucionales, en cuanto su resolución se encomienda a un Colegio de jueces profesionales. Ahora bien, cuando por tales causas se demanda un Tribunal de Justicia Política o Constitucional para todas las cuestiones constitucionales, se olvida en la mayoría de los casos que la independencia judicial no es más que el reverso de la

sujeción del juez a las leyes, y que la Constitución no puede imponer en general semejante sujeción<sup>31</sup>. Se olvidan habitualmente también las experiencias que durante los últimos diez años se hicieron en el sector de los litigios del trabajo, que han dado lugar a una clara diferenciación entre juez y árbitro. Pero, en realidad, no se aspira tanto a una institución judicial como a una institución neutral e independiente, pues sólo se desea utilizar el carácter judicial como el medio más seguro y evidente de conseguir una independencia garantizada por los preceptos constitucionales. Esta es la causa de que en la mayoría de los casos no se piense de modo exclusivo en la independencia judicial en sentido estricto, es decir, en la independencia frente a las sugerencias de otro organismo en cuanto a su actividad judicial, sino en la independencia del funcionario judicial de carrera, robustecida por la independencia de la burocracia profesional. Al formular semejantes demandas se piensa, por lo común, en aumentar en lo posible las garantías de la burocracia judicial de carrera. Un Tribunal de Justicia Política o Constitucional de esta naturaleza debería estar, por el contrario, protegido contra la posibilidad de que el número o la composición del Colegio judicial o el procedimiento pudieran ser alterados por una ley ordinaria, evitándose así posibles imposiciones a los jueces u otro género de influencias que en la práctica han ocurrido con ocasión de ciertos litigios políticamente importantes y que son muy conocidos, en particular, en la historia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos<sup>32</sup>. Sería, final-

---

<sup>31</sup> *Cfr.* anteriormente.

<sup>32</sup> Así, el caso DRED-SCOTT, de la época de las luchas para la abolición de la esclavitud (CHARLES WARREN, *The Supreme Court*

mente, muy oportuno requerir que los cargos de un Tribunal de tal género sólo fueran provistos a propuesta del Presidente o del Colegio entero<sup>33</sup> o que en absoluto sólo pudiera completarse por el método de cooptación<sup>34</sup>. El hecho de que cada vez se exijan garantías más firmes no prueba otra cosa sino que con la jurisdicción y la judicialidad, al proponer la institución de un Tribunal Constitucional, no se persigue en realidad otra cosa que fundar, frente a los apetitos y a los negocios de la política de partido, una institución neutral y política, creando una cierta «permanencia»<sup>35</sup>, es decir, una esta-

---

*in the United States*, Boston, 1924, III, pp. 22 ss.), o los *Legal Tender Cases* de la época de la depreciación monetaria durante las guerras de Secesión (*op. cit.*, p. 244), *cfi.* anteriormente, p. 45; también es muy digno de tenerse en cuenta el juicio que acerca de los funcionarios formula GNEIST sobre este particular (*cfi.* anteriormente, p. 76, nota 52).

<sup>33</sup> Derecho de propuesta del Presidente del Tribunal de Cuentas del *Reich*; Ordenanza de presupuestos del *Reich*, artículo 119, ap. 2. Respecto al Tribunal administrativo del *Reich* recientemente planeado (proyecto de ley sobre el Tribunal administrativo del *Reich*, de 26 de agosto de 1930. Publicaciones del Consejo del *Reich*, n.º 155) ha recomendado G. LASSAR un derecho análogo de propuesta, en su trabajo *Das Reichsverwaltungsgericht, eine Kritik des Regierungsentwurfs*, Berlín, 1930, p. 14. El derecho de proposición de las facultades en los casos de nombramiento de profesores es un residuo de la autonomía consustancial a la independencia de la ciencia.

<sup>34</sup> KELSEN en su *Informe*, Publicaciones de los Profesores alemanes de Derecho político, fasc. 5, p. 56. Hasta ahora, en el *Reich* alemán únicamente se ha implantado semejante cooptación para el Consejo general del *Reichsbank*, y sólo bajo la presión exterior de los Estados acreedores. Acerca de otro intento (fracasado) que se realizó en Francia para implantar el régimen de cooptación, *cfi.* nota 36 de la p. 244.

<sup>35</sup> Expresión de R. GNEIST en su *Informe sobre el derecho de control judicial*, *op. cit.*, p. 23. GNEIST rechaza el control que los jueces llevan a cabo en los Estados Unidos de Norteamérica acerca de la ra-

bilidad<sup>36</sup>. El defensor de la Constitución debe ser ciertamente independiente y políticamente neutral. Pero se trastornan los conceptos de judicialidad y jurisdicción, como también la garantía institucional de la burocracia profesional alemana, cuando, en todos los casos en que por razones prácticas aparece como oportuna o necesaria la independencia y la neutralidad, se pretende im-

---

cionalidad y equidad de las leyes con las siguientes razones, que son de interés para nuestro objeto: «Como en los factores de la legislación falta aquí (es decir, en los Estados Unidos) la necesaria permanencia para procurar una garantía contra los acuerdos precipitados e inspirados en intereses variables, que adoptan los acuerdos legislativos, se ha tratado de conservar, mediante la superordenación de los Tribunales como salvaguardia de ciertas barreras tradicionales, algunas de las ventajas de la monarquía hereditaria. Para la organización de los Tribunales alemanes seguramente no es adecuado este poder trascendente del Tribunal Supremo. La última garantía precitada radica más bien acaso en la monarquía hereditaria, en un segundo organismo permanente y en un tercero de carácter electivo, que colaboren en la legislación; y en ellos continuará radicando mientras las instituciones humanas puedan procurar semejante garantía».

<sup>36</sup> Este fin podría alcanzarse del modo más seguro mediante una segunda (o primera) Cámara de carácter hereditario. Pero como apenas es posible en los actuales Estados democráticos, instituir una Cámara de los Pares inspirada en el modelo inglés, solamente cabría repetir el ensayo de un Senado total o parcialmente inamovible, que se completará por cooptación. El intento ha fracasado en la Francia republicana. Según la ley constitucional de 24 de febrero de 1875, de los 300 senadores fueron nombrados por la Asamblea Nacional setenta y cinco con carácter vitalicio, que habían de completarse mediante cooptación, mientras que, por lo demás, la mayoría del Senado se proveía por elección. Una ley constitucional de 9 de diciembre de 1884 suprimió esta limitación del principio democrático de la elección. Conservaban todavía su cargo inamovible los senadores nombrados con carácter vitalicio, pero sus puestos ya no volvieron a ser provistos cuando vacaron. El último de estos senadores inamovibles falleció hace algunos años.

plantar una judicialidad y un Tribunal constituido por juristas oficiales de profesión. Tanto la justicia como la burocracia profesional resultan recargadas de modo insoportable cuando sobre ellas se amontonan obligaciones y resoluciones políticas, para las cuales se solicita una independencia y una neutralidad con respecto a la política de partidos. Pero, además, la institución de semejante defensor de la Constitución sería diametralmente opuesta a la consecuencia política del principio de la democracia. Frente al derecho del rey a promulgar decretos, el derecho de control judicial pudo tener éxito en el siglo XIX, tanto en Francia como en las monarquías constitucionales alemanas<sup>37</sup>. En la actualidad, el frente de la Justicia no se dirige ya contra un monarca, sino contra el Parlamento. Ello significa una trascendental transformación de funciones de la independencia judicial. También en este caso se ha eliminado la antigua separación de Estado y Sociedad, y no es posible transferir simplemente a la situación política y socialmente distinta del siglo XX, las fórmulas y argumentos del siglo XIX. La necesidad de instituciones estables y de un contrapeso al Parlamento representa en la Alemania actual un problema de naturaleza distinta que anteriormente el control del monarca. Ello puede aplicarse tanto al derecho de control general, difuso, de los jueces, como al control concentrado en una sola instancia. Mediante la concentración de todos los litigios constitucio-

---

<sup>37</sup> Respecto de Francia, *cf.*: la observación extraordinariamente acertada de MÁXIME LEROY, *Les transformations de la puissance publique*, Paris, 1907, p. 97: «los tribunales franceses ocuparon en 1829 el lugar que dejó vacante el *Sénat conservateur*»; respecto de Alemania, *cf.*: el informe varias veces mencionado de R. GNEIST, especialmente el pasaje citado en la p. 279, nota 35.

nales en un solo Tribunal constituido por funcionarios profesionales inamovibles e independientes por tal causa, se crearía una segunda Cámara cuyos miembros serían funcionarios profesionales. Ningún formalismo judicial podría encubrir el hecho de que semejante Tribunal de Justicia Política o Constitucional viniera a ser una instancia política suprema con atribuciones para formular preceptos constitucionales. Esto significaría algo apenas imaginable desde el punto de vista democrático: trasladar tales funciones a la aristocracia de la toga.

#### 4. EL FUNDAMENTO DEMOCRÁTICO DEL CARGO DE PRESIDENTE DEL *REICH*

La independencia de los jueces no tiene, empero, en el Estado actual, la misión de crear un titular para la generación auténtica de la voluntad del Estado, sino la de delimitar y asegurar, dentro de un sistema estatal ordenado, una esfera de la Justicia sujeta a la ley. Otras especies de independencia tienen a su vez otras funciones, entre ellas, como indicamos anteriormente, precisamente la de hacer posible una robusta generación de la voluntad política, superando los métodos desintegradores propios de Estado pluralista de partidos. Esta circunstancia suele pasarse por alto con frecuencia a causa de la confusión que existe entre neutralización, despolitización y eliminación de la política de partidos<sup>38</sup>, pero se patentiza en seguida tan pronto como se

---

<sup>38</sup> El tratado escrito por L. WITTMAYER, «Reichsverfassung und Politik», Tübingen, 1923 (*Recht und Staat*, fasc. 24) adolece especialmente de la desdichada equiparación entre «despolitización» y

tiene en cuenta que a las distintas independencias corresponden diversas inamovibilidades, inmunidades e incompatibilidades (manifestación esta última a la que Alemania muestra escasa propensión), aunque no siempre están meditadas y practicadas con carácter sistemático<sup>39</sup>. El Derecho político alemán conoce, ante todo, la incompatibilidad del cargo de Presidente del *Reich* con el de diputado del *Reichstag* (artículo 44). Su sentido político radica en que viene a expresar la independencia del sistema plebiscitario implantado por la Constitución, frente al sistema parlamentario. Refiérese, pues, a una independencia política con respecto a los partidos, pero no a una independencia apolítica<sup>40</sup>.

Por el contrario, la incompatibilidad establecida para los miembros del Tribunal de Cuentas (art. 118 de la Ordenanza de Presupuestos del *Reich*) se propone evitar los riesgos de una contaminación política. En otros casos, ya tratados, de incompatibilidades, se tien-

---

«eliminación de la política de partidos»; acerca de esta equiparación, *cf.* anteriormente. También es un error la creencia de WITTMAYER de que los «anclajes» en la Constitución son «despolitizaciones», cuando precisamente pueden dar lugar a una nueva especie de actividad política de los partidos; sobre este particular J. POPRTZ, «Verfassungsrecht und Steuervereinlichungsgesetz», *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1929, p. 20. Política y política de partidos no son precisamente lo mismo.

<sup>39</sup> Interesan principalmente las incompatibilidades parlamentarias, de las que se ha ocupado WERNER WEBER, *Arch. d. öff. Rechts*, NF, vol. 19, 1930, pp. 161-254.

<sup>40</sup> Muy acertadamente se manifiesta W. WEBER, *op. cit.*, p. 205, nota 116: «En Alemania, las ideas de distinción de poderes y las tendencias de neutralización vienen a equilibrarse cuando se trata de justificar la incompatibilidad del Presidente; pero ambos elementos no aparecen aislados y contrapuestos, sino que se completan y condicionan mutuamente».

de a sustraer a los interesados a la influencia de los partidos políticos; tal sucede con el *Reichsbank* y con los Ferrocarriles del *Reich*. Mientras que en otras democracias existe, con carácter bastante natural, toda una serie de incompatibilidades para los funcionarios, en Alemania son éstas poco conocidas. Sin embargo, merece citarse el hecho de que por parte de un autor distinguido se hayan hecho ciertas proposiciones de incompatibilidad parlamentaria general<sup>41</sup>. Naturalmente, para los componentes del *Staatsgerichtshof* se han establecido incompatibilidades muy severas incluso en aquellos casos en que, por otra parte, tan poco desarrollado está el sentido de las divisiones claras y precisas<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> EUGEN SCHIFFER, *Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des deutschen Rechtswesens*, 1928, p. 1 (párr. 16): «Los jueces no son elegibles ni para el *Reichstag* ni para un *Landtag*. No pueden ser ni miembros de una organización política ni elementos políticamente activos de un modo manifiesto»; *cf.* además, la fundamentación desarrollada en la página 53 acerca de la independencia del cargo de juez respecto de la política. *Cf.*, además, A. KÖTTGEN, *Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie*, Berlín, 1928, pp. 105 ss., y *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, vol. 2, pp. 17 ss. Otras referencias bibliográficas en W. WEBER, *op. cit.*, pp. 208 ss.

<sup>42</sup> Artículo 4, ap. 2 de la Ley general sobre el *Staatsgerichtshof*, de 9 de abril de 1921, *RGBl*: «Son elegibles todos los alemanes que han cumplido los treinta años. Los miembros del Gobierno del *Reich*, del *Reichstag*, del Consejo del *Reich*, del Consejo Supremo de Economía del *Reich*, de un Gobierno territorial, de un *Landtag* o de un Consejo de Estado, no pueden pertenecer a dicho Tribunal». Además, *cf.* artículo 61 de la Constitución de Baden, artículo 67 de la Constitución de Mecklemburgo-Schwerin, la ley checoslovaca de 9 de marzo de 1921 sobre el Tribunal Constitucional, artículo 1, párrafo 6: «Pueden ser miembros del Tribunal Constitucional, y suplentes suyos, sólo aquellas personas peritas en Derecho, elegibles para el Senado, que no sean miembro de una de las citadas cor-

En los distintos casos de «independencia», se ha de tener en cuenta la circunstancia de si la independencia sólo ha de procurar de modo defensivo y negativo una protección contra la formación de la voluntad política, o si, por el contrario, pretende asegurar una participación autónoma y positiva en la orientación o influencia sobre la voluntad política. La independencia judicial es solamente el otro aspecto de la sujeción del juez a las leyes, y, por esta razón, es apolítica<sup>43</sup>. Tiene, sin embargo, gran importancia el hecho de que tanto la independencia de los funcionarios profesionales como la de los diputados parlamentarios, y, en definitiva también, la posición misma del Jefe del Estado, asegurada por la dificultad de su remoción y por especiales privilegios, estén íntimamente enlazadas con la idea del conjunto de la unidad política. La Constitución de Weimar dice: «Los funcionarios son servidores de la colectividad, no de un partido» (art. 130), «Los diputados son representantes de todo el pueblo» (art. 21), «El Presidente del *Reichstag* es elegido por todo el pueblo alemán» (art. 41) «y

---

poraciones legislativas». (EPSTEIN, p. 21); artículo 147, ap. 4 de la Constitución federal austriaca, en su redacción de 7 de diciembre de 1929 (*Bundesgesetzbl.*, 1929, p. 1323). De otro modo se expresan el artículo 70 de la Constitución bávara y el artículo 2, n.º 3 de la ley 11 de junio de 1920.

<sup>43</sup> A mi juicio, RUDOLF SMEND va demasiado lejos cuando dice (*Verfassung und Verfassungsrecht*, pp. 69 ss.), que, a diferencia de la actividad desarrollada por otros órganos políticos, la actividad del juez no colabora en la integración de la comunidad política, sino, en primer término, en la integración de una comunidad jurídica especial. También esto daría lugar a una desintegración pluralista del Estado. Las numerosas ramas y sectores del Derecho material, a las que, a su vez, corresponden innumerables jurisdicciones especiales, representarían, así, otras tantas colectividades.

representa al *Reich* en las relaciones internacionales» (art. 45). La referencia al conjunto de la política implica siempre una contraposición a las agrupaciones pluralistas de la vida económica y social, y ha de permitir el logro de una superioridad sobre las agrupaciones de este género. Cuando así no ocurre, la observancia puramente externa de tales formas constitucionales es una ficción huera o a lo sumo solamente expresa la objetividad del asesor imparcial; así sucede con los miembros del Consejo Supremo provisional de Economía, acerca del cual el artículo 5 del Decreto de 4 de mayo de 1920 determina, igualmente, que estos miembros son «representantes de los intereses económicos de la nación entera»<sup>44</sup>.

Sólo mediante el cotejo de tales disposiciones se puede percibir la posición característica del Presidente del *Reich* según la Constitución de Weimar. El Presidente del *Reich* se halla en el centro de todo un sistema—construido sobre fundamentos plebiscitarios—de neutralidad e independencia respecto de los partidos políticos. A él está condicionada la ordenación política del actual *Reich* alemán, en la misma medida en que las tendencias del sistema pluralista dificultan y aún llegan a hacer imposible un normal funcionamiento del Esta-

---

<sup>44</sup> A diferencia de F. GLUM, «Der deutsche und der französische Reichswirtschaftsrat, *Beiträge zum öffentlichen Recht und Völkerrecht*, fasc. 12, pp. 25 ss., Berlín, 1929, no considero esto como un caso de representación matemática ni tengo a los intereses económicos como «representables» en el sentido específico de la palabra. Cfr. también, anteriormente, p. 123, nota. Acerca del Consejo Supremo de Economía como órgano asesor y consultivo (en oposición a un Parlamento económico) cfr. W. HAUBOLD, *Die Stellung des Reichswirtschaftsrates in der organisation des Reiches*, Disertación de la Escuela Superior de Comercio de Berlín, 1931.

do legislativo. Antes de instituir un Tribunal para cuestiones y conflictos de alta política, como defensor de la Constitución, antes de gravar y poner en peligro la Justicia con estas contaminaciones políticas, mejor sería recordar, en primer término, el contenido positivo de la Constitución de Weimar y de su sistema de preceptos. Según el contenido efectivo de la Constitución de Weimar existe ya un defensor de la Constitución, a saber: el Presidente del *Reich*. Tanto su estabilidad y permanencia relativa (mandato por siete años, dificultad de su revocación, independencia con respecto a las cambiantes mayorías parlamentarias) como también el género de sus atribuciones (las que le competen según los artículos 45 ss. RV, de la facultad de disolver el Reichstag, según el artículo 25, la de promover un plebiscito, según el artículo 73 RV, el refrendo y promulgación de las leyes según el artículo 70, la ejecución por el *Reich* y la protección de la Constitución según el artículo 48) tienen por objeto en el orden político, como consecuencia de su relación inmediata con el conjunto del Estado, crear una institución neutral que como tal sea defensora y garante del sistema constitucional y del funcionamiento adecuado de las instancias supremas del *Reich*, institución que además se halla dotada, para caso de necesidad, con atribuciones eficaces que le permitan realizar una defensa activa de la Constitución. Expresamente se dice en el juramento que el Presidente del *Reich* tiene que prestar según el artículo 42, que el Presidente está obligado a «salvaguardar la Constitución». El juramento político a la Constitución se orienta, según la tradición alemana del Derecho constitucional, a la salvaguardia de la Constitución, y el texto escrito de los preceptos constitucionales vigentes señala al Presi-

dente del *Reich*, con claridad suficiente, como defensor de la Constitución. Independientemente del valor que, en otros aspectos, se conceda al juramento político, no es posible ignorar el sentido de esta auténtica frase constitucional.

Que el Presidente del *Reich* sea el defensor de la Constitución corresponde también, empero, al principio democrático sobre el cual descansa la Constitución de Weimar. El Presidente del *Reich* es elegido por el pueblo alemán entero, y sus facultades políticas frente a los organismos legislativos (particularmente la de disolver el *Reichstag* y la de promover un plebiscito) son, por naturaleza, una «apelación al pueblo». Haciendo al Presidente del *Reich* centro de un sistema de instituciones y atribuciones tanto plebiscitarias como neutralizadoras en orden a la política de partidos, la vigente Constitución del *Reich* trata de crear, partiendo de principios precisamente democráticos, un contrapeso al pluralismo de los grupos sociales y económicos del poder, y de garantizar la unidad del pueblo como conjunto político. Acaso quepa dudar si será posible por mucho tiempo sustraer la posición del Presidente del *Reich* al mecanismo de los partidos políticos y mantenerla en una neutralidad, en una objetividad imparciales e inspiradas en el criterio del conjunto estatal; acaso debamos temer que en la Europa republicana el sino del Jefe del Estado suceda al sino del Monarca, y el sino del Presidente plebiscitario del *Reich* al sino del plebiscito basado en la iniciativa popular, contra la cual se ha inmunizado ya en la actualidad. Mas es lo cierto que la Constitución de Weimar emprende su intento muy conscientemente y con elementos específicamente democráticos. Presupone la nación alemana entera como una unidad apta

para la acción de un modo directo y no por intermedio de las organizaciones o grupos sociales, una unidad que puede expresar su voluntad y orientarse e imponerse en los momentos decisivos, aún sobre las disensiones pluralistas. La Constitución procura especialmente dar a la autoridad del Presidente del *Reich* posibilidades para enlazarse de modo directo con esta voluntad política del conjunto del pueblo alemán y para proceder en consecuencia como defensor y guardián de la unidad constitucional y de la integridad de la nación. Sobre el éxito de este intento se ha de fundamentar la existencia y la permanencia prolongada del actual Estado alemán.