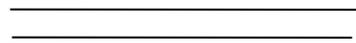


Carl Schmitt



LA DEFENSA
DE LA
CONSTITUCIÓN

*Prólogo de
Pedro de Vega*

techos

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
DE
EDITORIAL TECNOS

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *El albaceazgo en el Derecho español*, Común y Catalán.
- ALMANSO PASTOR, J. M.: *Derecho de la Seguridad Social* (2 volúmenes) (3.ª edición).
- ALVAREZ CONDE, Enrique: *El régimen político español*.
- BERNÁRDEZ CANTÓN, Alberto: *Curso de derecho matrimonial canónico* (4.ª edición).
- BERNÁRDEZ CANTÓN, Alberto: *Las causas canónicas de separación conyugal*.
- BORRAJO DACRUZ, Efrén: *Introducción al Derecho Español del Trabajo* (4.ª edición).
- BROSETA PONT, Manuel: *Manual de Derecho Mercantil* (4.ª edición).
- CARCELLER FERNÁNDEZ, A.: *Casos prácticos de Derecho administrativo* (2.ª edición).
- CARCELLER FERNÁNDEZ, A.: *Manual de disciplina urbanística*.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *Derecho Internacional Privado* (2.ª edición).
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *Soberanía del Estado y Derecho Internacional* (2.ª edición).
- CASANOVA Y LA ROSA, Oriol: *Prácticas del Derecho Internacional Público administrativo* (3.ª edición).
- CASTRO CID, Benito de: *El reconocimiento de los derechos humanos*.
- CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español, I* (2.ª edición).
- CEREZO MIR, J.: *Problemas fundamentales del Derecho penal*.
- DE LA CUÉTARA, J.M.: *La actividad de la Administración*.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (2 volúmenes).
- DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema del Derecho Civil* (4 volúmenes).
- DÍEZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público* (tomo I, 6.ª edición; tomo II, 3.ª edición).
- DÍEZ DE VELASCO, Manuel: *Prácticas de Derecho Internacional Público* (2.ª edición).
- ECHEVERRÍA, Juan: *Teoría del dinero y del comercio internacional*.
- ENTRENA CUESTA, Rafael: *Curso de Derecho Administrativo* (2 volúmenes) (7.ª edición).
- FERRANDO BADÍA, Juan: *Democracia frente a autocracia*. Hacia una democracia económica, social y política.
- FERRANDO BADÍA, Juan: *Estudios de Ciencia Política* (2.ª edición).
- GONZÁLEZ CASANOVA, José Antonio: *Comunicación humana y comunidad política*.
- GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, N.: *Tribunales constitucionales. Organización y funcionamiento*.
- GUTIERREZ ESPADA, L.: *Introducción al Derecho cinematográfico*.
- HERA, Alberto de la: *Introducción a la ciencia del derecho Canónico*.
- JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel: *Los regímenes políticos contemporáneos* (6.ª edición).
- LÓPEZ ALARCÓN, M.: *El nuevo sistema matrimonial español*.
- LÓPEZ-REY Y ARROYO, M.: *Criminalidad y abuso de poder*.
- LUCAS VERDÚ, Pablo: *Curso de Derecho Político* (3 volúmenes).
- LUCAS VERDÚ, Pablo: *Principios de Ciencia Política* (3 volúmenes).
- MARÍN PÉREZ, P.: *Derecho civil I*.
- MARÍN PÉREZ, P.: *Derecho civil II*.
- MARÍN PÉREZ, P.: *Introducción a la Ciencia del Derecho* (4.ª edición).
- MERLE, Marcel: *La vida internacional*.
- MIGUEL, Amando de: *Manual de Estructura Social de España*.
- MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del trabajo* (4.ª edición).
- OJEDA, A.: *Derecho Sindical*.
- PÉREZ VERA, Elisa: *Derecho internacional privado*. Parte especial.
- PRIETO-CASTRO, L.: *Derecho Concursal*.
- PRIETO-CASTRO, L.: *Derecho Procesal Civil* (vol. I, 3.ª edición).
- PRIETO-CASTRO, L.: *Derecho Procesal Civil* (vol. II, 3.ª edición).
- PRIETO-CASTRO, L.: *Derecho Procesal Penal* (2.ª edición).
- PRIETO-CASTRO, L.: *Modelos para la práctica jurídica procesal civil* (3.ª edición).
- PRIETO-CASTRO, L.: *Modelos para la práctica procesal penal*.
- PRIETO-CASTRO y otros: *Tribunales españoles. Organización y funcionamiento* (5.ª edición).
- TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO: *Manual de Historia del Derecho español* (3.ª edición).

LA DEFENSA
DE LA
CONSTITUCIÓN

CARL SCHMITT

LA DEFENSA
DE LA
CONSTITUCIÓN

Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades
de salvaguardia de la Constitución

PROLOGO

Por PEDRO DE VEGA

techos

Los derechos de edición de la obra
Der Hüter der Verfassung,
© Verlag Duncker Humblot, Berlin-München
son propiedad de Editorial Tecnos

Traducción directa del alemán por
MANUEL SANCHEZ SARTO

Cubierta de
J. M. DOMÍNGUEZ Y J. SANCHEZ CUENCA

©EDITORIAL TECNOS, S.A., 1983
O'Donnell, 27. Madrid-9
Depósito legal: M. 30.328 – 1983
ISBN: 84-309-1004-2

Printed in Spain. Impreso en España por Velograf, Tracia, 17, Madrid-17

I N D I C E

	Pág
ABREVIATURAS	9
PROLOGO por Pedro de Vega García	11
OJEADA PRELIMINAR SOBRE LAS DISTINTAS ESPECIES Y POSIBILIDADES DE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN	27
I. LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN	43
1. EL DERECHO DE CONTROL GENERAL (ACCESORIO) EJERCIDO POR LOS JUECES, Y TAMBIÉN LLAMADO MATERIAL, NO CONSTITUYE EN ALEMANIA UNA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN	43
2. LÍMITES REALES DE TODO PODER JUDICIAL (JURISDICCIÓN PENAL EN CASO DE DELITOS POLÍTICOS CONTRA EL ESTADO Y LA CONSTITUCIÓN; ACUSACIÓN DE LOS MINISTROS)	47
3. LA DETERMINACIÓN PRECISA DEL CONTENIDO DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL DUDOSA EN CUANTO A SU CONTENIDO, ES, EN CONCRETO, MATERIA DE LA LEGISLACIÓN CONSTITUCIONAL, NO DE LA JUSTICIA	77
4. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL DEL REICH	93
a) Relación efectiva entre el concepto de Constitución y la jurisdicción constitucional; reconocimiento de los límites reales de la Justicia por el Tribunal de Justicia Constitucional del Reich; relación especial entre contrato constitucional y Justicia constitucional	93
b) El Tribunal de Justicia Constitucional como institución específicamente federal	102

c) Jurisdicción política y constitucional como expresión de la tendencia a transformar la Constitución en un contrato (compromiso) constitucional	111
II. LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL CONCRETA DE LA ACTUALIDAD	125
I. PLURALISMO, POLICRACIA Y FEDERALISMO	125
a) Evolución del Parlamento hasta convertirse en escenario de un sistema pluralista	128
b) La policracia en la economía pública	154
c) El federalismo	159
II. REMEDIO Y REACTIVOS	161
a) Ensayo de una constitución económica	161
b) El problema de la neutralidad política interior en el Estado pluralista de partidos	166
c) Insuficiencia de la mayoría de las formas de neutralización; variedad de acepciones de los conceptos de neutralidad y de despolitiquización	178
<i>Ojeada acerca de los diversos significados y funciones del concepto de neutralidad política interior del Estado.....</i>	182
d) Procedimiento del Gobierno constitucional según el artículo 48 RV. Transición desde el estado excepcional en el aspecto policíaco-militar al estado excepcional en el orden económico- financiero	187
III. EL PRESIDENTE DEL REICH COMO DEFENSOR DE LA CONSTITUCION	213
1. LA TEORÍA POLÍTICA DEL PODER NEUTRAL (POUVOIR NEUTRE) ..	213
2. ESPECIAL IMPORTANCIA DEL «PODER NEUTRAL» EN EL ESTADO PLURALISTA DE PARTIDOS EVIDENCIADA MEDIANTE EL EJEMPLO DEL ÁRBITRO OFICIAL EN LOS LITIGIOS DEL TRABAJO ..	225
3. LA BUROCRACIA Y LOAS DIVERSAS POSIBILIDADES DE LOGRAR UNA «INDEPENDENCIA» CON RESPECTO AL ESTADO PLURALISTA DE PARTIDOS	236
4. EL FUNDAMENTO DEMOCRÁTICO DEL CARGO DEL PRESIDENTE DEL REICH	245

A B R E V I A T U R A S

AöR.	Archiv für das öffentliche Rech.
DJZ.	Deutsche Juristen-Zeitung.
GVG.	Gerichtsverfassungsgesetz (Ley orgánica de los Tribunales)
JW.	Juristische Woche.
NF.	Neue Folge (Nueva Serie)
PrV.	Preussische Verfassung (Constitución prusiana)
RGB	Reichsgesetzblatt (Gaceta oficial del Reich)
RGSt.	Reichsgericht in Strafsachen (Sentencias del Tribunal Supremo en causas criminales).
RGZ.	Reichsgericht in Zivilsachen (Sentencias del Tribunal Supremo en pleitos civiles).
RV.	Reichsverfassung (Constitución del Reich alemán).
v.	Versus (Contra).

PROLOGO

PEDRO DE VEGA GARCÍA
(Catedrático de Derecho Político)

«La Defensa de la Constitución», de Carl SCHMITT, fue publicada en versión española, y en una traducción admirable de Manuel Sánchez Sarto, por la Editorial Labor, en 1931. Se recogieron en el libro, elaborados y ampliados, los materiales que habían servido a Carl SCHMITT para configurar sus tesis centrales sobre el Defensor de la Constitución, y que básicamente explicitó en lengua alemana en su escrito del año 1929: «El Tribunal del Reich como Guardián de la Constitución», («Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung», publicado en Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, t. I, Berlín, 1929), y en su trabajo de 1931 sobre «El Guardián de la Constitución», («Der Hüter der Verfassung», en Beiträge zum öffentlichen Recht der Gegenwart, número 1, Tubinga, 1931). De esta suerte el público español tuvo la oportunidad de conocer coetáneamente al público alemán el contenido de una problemática que está en la base del Derecho Constitucional contemporáneo.

Por paradójico que pueda parecer, y a pesar de ser Carl SCHMITT uno de los más inteligente y poderosos críticos del Estado Liberal de derecho, sus obras fundamentales en materia constitucional, difundidas en España en la época republicana, fueron relegadas al olvido a lo largo de la etapa franquista. El hecho, sin embargo, tiene su explicación.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

El pensamiento constitucional de SCHMITT se desarrolla en abierto diálogo con el Estado de Derecho y la Democracia Parlamentaria. En este sentido, y llevando el argumento hasta sus últimas consecuencias, lo que Carl SCHMITT hace, como ha señalado Jürgen Fijalkowski, no es otra cosa que «analizar los fundamentos ideales, los objetivos históricos y las repercusiones fácticas de los movimientos políticos-sociales orientados hacia el Estado de Derecho», para de este modo construir un modelo y formular una serie de principios sobre los que se asienta la realidad política y jurídica liberal. Nadie puede poner en duda que la sagacidad intelectual de Carl SCHMITT le lleva a producir, en este contexto, una de las exposiciones más lúcidas de la Teoría Constitucional liberal. Ahí están, para confirmarlo, entre otras, su «Teoría de la Constitución» («Verfassungslehre», Munich, 1928), su exposición sobre la «La situación histórico-espiritual del actual parlamentarismo» («Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus» Munich, 1923), su ensayo sobre «Legalidad y Legitimidad» («Legalität und Legitimität», Munich, 1932), su trabajo sobre «Derechos derivados de la libertad y garantías institucionales de la Constitución del Reich», en el que desarrolla el concepto de «garantía institucional» («Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Rechtsverfassung», Berlín, 1931), etc., etc.

Ahora bien, es de esa sublimación de los principios del Estado de derecho y de la Democracia Parlamentarias, que fundamentan la legitimidad y funcionalidad de la política liberal y de su concepción constitucional, de la que partirá justamente Carl SCHMITT para proceder a una crítica demoledora. Frente al modelo teórico colocará entonces las condiciones fácticas y los supuestos empíricos de la realidad liberal que, en su caso, no son otros que los de la realidad política de la República de Weimar. Y es en esta notable confrontación entre fundamentos ideales y experiencia histórica, donde Carl SCHMITT encontrará el argumento para proclamar la descomposición definitiva del mundo liberal. Porque las condiciones fácticas y los supuestos empíricos no se adaptan al modelo teórico previamente elaborado, los fundamentos ideales en que dicho modelo se apoyó no pasan de ser meros encubrimientos ideológicos de una práctica desdeñable. Con lo cual, la teoría constitu-

PROLOGO

cional liberal, se puede concluir sin exageración, queda relegada a una simple ficción.

No es esta la ocasión más oportuna para proceder a un riguroso enjuiciamiento del pensamiento del Carl SCHMITT. Por el momento baste indicar que su crítica hacia el Estado de Derecho y la Democracia Parlamentaria, a la que conduce en realidad es un razonamiento ad absurdum, en el que, a fin de cuentas, ante lo que nos encontramos es ante un pensamiento que se destruye a sí mismo.

Desde una lógica inmanente el propio proceso de conceptualización liberal, la crítica schmittiana hubiera resultado perfectamente válida y convincente. Cualquiera realidad político-social nuestra siempre degeneraciones y desvíos del tipo ideal conforme al cual pretende constituirse. Sin embargo, una cosa es denunciar la contraposición entre modelo teórico y realidad empírica (lo que entraría dentro de la crítica inmanente), intentando eliminar o, cuando menos, paliar las diferencias entre ambos, y otra muy distinta condenar el modelo y sus bases legitimadoras (lo que entra dentro de la crítica trascendente).

Como es obvio, es desde esta segunda óptica desde la que se desarrolla la construcción de Carl SCHMITT. Ante lo que nos situamos actualmente –dirá en «Legalidad y Legitimidad»- «no es ante la antítesis de gobierno y sociedad, autoridad y libertad, Estado de Derecho y Dictadura». Lo que hoy destaca es: «la ficción normativista de un cerrado sistema de legalidad en perentoria y flagrante contradicción con la legitimidad de una voluntad legítima realmente existente».

Pero proclamar un juicio sobre la legitimidad de un sistema equivale a pronunciar un juicio político y no científico. Por extrañas, confusas y precarias que fueran las condiciones en que se desarrollaba la República de Weimar, a lo que SCHMITT no estaba autorizado científicamente era a enjuiciar la legitimidad del sistema. Establecer cuándo en la práctica política los desvíos de un modelo teórico rebasan los límites de la legitimidad equivale a formular juicios políticos y no científicos. Y es aquí donde, al convertirse en trascendente la crítica de SCHMITT al sistema liberal, aparecen en toda su plenitud sus lacras y limitaciones. Lo que

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

desde el punto de vista inmanente hay de válido y atractivo en su planteamiento, resulta ahora inadmisibile desde el punto de vista trascendente. Los mismos argumentos que sirven a SCHMITT para condenar los principios liberales como una simple ideología, y relegar el Derecho Constitucional Liberal al mundo de la ficción, se pueden emplear contra él entendiendo su obra científica como mera elaboración ideológica al servicio de los intereses del Estado Totalitario.

Es desde estas elementales premisas desde donde no resulta difícil comprender y explicar el destino paradójico del pensamiento y de la obra de Carl SCHMITT. Nada tiene de particular que, en el contexto histórico de la problemática jurídico-política de la Segunda República española, su obra fuera objeto de especial atención. A fin de cuentas, SCHMITT forma parte de esa noble pléyade de juristas que en la época de Weimar colaboraron a forjar el pensamiento jurídico-político contemporáneo. Su nombre brilla a la misma altura que los de Kelsen, Smend, Heller, Preust, Koellreuter, etc. Por otro lado, y en la medida en que su crítica al sistema liberal se desarrolla en términos inmanentes, exponiendo los principios inspiradores y limitándose a señalar sus disfuncionalidad en el orden práctico, las enseñanzas de Carl SCHMITT no podían dejar de constituir una importante referencia en una situación como la republicana, en la que lo que se pretendía era aprovechar y corregir los defectos más notables de la herencia política liberal.

Naturalmente, la liquidación en la etapa franquista en el terreno de la praxis política de esa herencia liberal, convirtió en inútiles en el plano teórico las cuestiones formuladas por SCHMITT sobre la problemática constitucional. El SCHMITT que comienza a interesar entonces, ya no es el SCHMITT jurista y crítico del Estado Constitucional burgués, que en definitiva opera en una situación límite de diálogo con la concepción liberal del mundo, y a la que no puede dejar de reconocer una cierta grandeza, sino el SCHMITT teórico-político que, definiendo la política en términos decisionistas y de relación amigo-enemigo, contrapone al Estado Democrático y a la legitimidad democrática, un nuevo esquema de organización estatal basado en los principios y en las formas plebiscitarias legitimadoras del Estado Total de Führer.

PROLOGO

No deja de ser sintomático el hecho de que la crítica a los principios jurídicos liberales realizada por SCHMITT pudo ser aprovechada incidentalmente como arma ideológica por los teóricos del Estado total, su obra como jurista fuera a la postre olímpicamente despreciada. Su negación de la Teoría de la Constitución liberal («llena de conceptos –son sus propias palabras– tradicionales que dependen de situaciones anteriores, y no son ya viejos odres para el vino nuevo, sino sólo etiquetas anticuadas y falas») no se vio sustituida en las dictaduras fascistas por una formulación teórica distinta, nueva y original. En su lugar, lo que se colocó fue una simple realidad política en la que el constitucionalismo, como sistemas de garantía de la libertad, carecía en absoluto sentido. La polémica contra el legalismo y juridicismo liberal tomó así una dimensión patética en la que, el propio SCHMITT, se vio obligado a abandonar su más que notable condición de jurista.

Es desde esta desdichada experiencia histórica y personal desde la que, a mi juicio, hay que interpretar el hecho de que a partir de 1940, en que se publica una selección de sus diversos trabajos menores, bajo el título «Posiciones y conceptos» («Positionem und Begriffe im Kampf mit Weimr, Bonn, Versailles, 1929-1939»; Hamburgo, 1940), la obra SCHMITT se haya desarrollado básicamente en el campo del pensamiento y la teoría política. Razones de una lógica personalmente dramática le condicionaron a tener que abandonar el terreno de la teoría jurídica y del Derecho Constitucional.

Ahora bien, con independencia de sus posiciones ideológicas y del lamentable destino a que la historia sometió a sus formulaciones jurídicas, es lo cierto que la obra constitucional de Carl SCHMITT es la expresión rotunda de una corpulenta máquina razonadora en la que se suscitan problemas y se exponen conceptos que, por estar en la base de la más inmediata realidad contemporánea, no pueden ni deben ser relegados con facilidad al olvido. Es esta razón por la que ahora se reedita nuevamente «La Defensa de la Constitución», y que me cabe el honor de presentar.

Como es sabido, cuando SCHMITT publica la «Defensa de la Constitución» -en la que subyace como gran interrogante: ¿quién debe ser el guardián de la Constitución?- la realidad política

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

constitucional liberal presenta ya una solución práctica al problema, con la creación en la Constitución austríaca de 1920 por mediación del gran jurista Hans Kelsen, del primer Tribunal Constitucional. Será, pues, contra esa solución kelseniana, como racionalización jurídica máxima del aparato institucional liberal, contra la que reacciones Carl SCHMITT. Su tesis es de sobra conocida: ningún Tribunal de Justicia puede ser el Guardián de la Constitución. En su lugar, y sobre las huellas de la formulación del «pouvoir neutre» de Benjamín Constant, sostendrá que es el Jefe del Estado. Esto es, el Presidente del Reich, quien únicamente puede ostentar ese noble y honroso título.

No hace al caso recordar ahora pormenorizadamente las razones en que SCHMITT fundamenta su postura como tampoco vamos a exponer los argumentos que contra ella levantara Kelsen en su memorable artículo sobre «¿Quién debe ser el Guardián de la Constitución?», («Wer soll der Hüter der Verfassung sein?»), en Die Justiz 1930-31, Helt 11-12, Bd. VI, 576-628). Lo que importa es señalar la situación histórico-social en la que la discusión se produce, porque es en ella y desde ella donde adquiere la plenitud de su sentido.

Como el propio SCHMITT reconoce en el comienzo de su libro «la demanda de un defensor de la Constitución es, en la mayoría de los casos, indicio de situaciones crítica para la Constitución». Y qué duda cabe de que en el momento en que, en el plano teórico, tiene lugar la querrela entre Kelsen y SCHMITT, la práctica constitucional liberal se ve sometida a los embates más graves y peligrosos de toda su historia. Es el ocaso de la República de Weimar y el comienzo de las modernas dictadura totalitarias fascistas. Sin embargo, existe un dato nuevo, que históricamente no se puede desconocer, y que es, justamente, el que presta significación y originalidad a la polémica.

Es bien cierto que, en Europa, las Constituciones irrumpen en el seno de una sociedad dividida social, económica e ideológicamente. La burguesía pretende introducir con ellas un sistema de valores que dé al traste con la concepción del mundo aristocrático feudal del Antiguo Régimen. La tensión aristocracia-burguesía se traduce, en el orden de consideraciones que ahora nos interesan, en

PROLOGO

el hecho de que los ataques a la Constitución sean, ante todo, ataque políticos. Se trata de negar políticamente, desde una concepción diferente del mundo, el sistema de valores y los principios democrático-liberales que, a nivel jurídico, el constitucionalismo pretende establecer. Nada tiene de extraño que, en estas circunstancias, porque los ataques a la Constitución toman básicamente un carácter existencial e ideológico, la defensa de la misma se proyecte también en una dimensión existencial, o lo que es lo mismo, la defensa de la legalidad constitucional se plantea y se resuelve por medios políticos. Son múltiples los textos y testimonios, desde la publicación en la época de la Revolución francesa del periódico con el expresivo título de Le défenseur de la Constitución, que corroboran este aserto. Como es obvio, una defensa política de la Constitución exige que sólo pueda haber un único e insustituible defensor: el pueblo.

Ahora bien, cuando a lo largo del siglo XIX, como consecuencia del pacto del doctrinarismo liberal entre monarca y pueblo las tensiones ideológicas desaparecen, los ataques políticos a la Constitución también se esfuman. Se entra entonces en una especie de utopismo constitucional mágico conforme al cual, porque la Constitución no es atacada, tampoco necesita ser defendida.

No obstante, que los valores y principios que políticamente inspiran toda la ideología constitucional no se discutan, no significa, en modo alguno, que tengan una rotunda efectividad histórica. La confrontación y el distanciamiento entre realidad constitucional y realidad política representan una constante de la pasada centuria. Y será, justamente, en los momentos convulsivos que suceden a la Primera Guerra Mundial, cuando, al llevarse al extremo esa confrontación y ese distanciamiento entre realidad jurídica y realidad política, el sistema político liberal, y su correspondiente organización constitucional, sufrirán la crisis más grave de toda su historia.

Es entonces cuando se plantea de nuevo la necesidad de un Guardián de la Constitución que frente, a las corruptelas políticas del poder legislativo, y frente a los abusos posibles del poder ejecutivo, garantice el sistema de libertades y asegure, a su vez, que la Constitución se cumpla y no pierda el carácter de Ley Suprema. Surge así en Austria, debido a la formidable intuición de Kelsen, el

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Primer Tribunal Constitucional. Con lo cual, la temática de la defensa de la Constitución toma una dimensión radicalmente innovadora. Kelsen acepta como un dato previo e indiscutible la legitimidad del sistema democrático y los valores subyacente al constitucionalismo moderno. De lo que se trata, por lo tanto, no es de “procurar la defensa ideológica de la idea liberal de Constitución, sino de lograr su realización efectiva y concreta. Esto significa que, si en el primer momento del constitucionalismo moderno, lo que se propicia es una defensa de la legalidad constitucional liberal con medios políticos, lo que va suscitar ahora en una defensa de los valores políticos, que se admiten como evidentes, por medios y mecanismos jurídicos.

Contra ese máximo y formidable intento kelseniano de racionalización del Estado de Derecho, al convertir la Justicia Constitucional en Guardián de la Constitución, será contra el que SCHMITT lance su crítica acerba y audaz, mostrando los problemas y contradicciones que el mismo encierra. Para ello, no duda en situarse, inicialmente, en el propio ámbito jurídico en el que Kelsen realiza su planteamiento.

Conforme al principio orgánico de la distribución del poder de la Teoría Constitucional clásica era claro que, a cada uno de los poderes del Estado –Legislativo, Ejecutivo y Judicial-, la venía asignada una función distinta. En ese contexto, entiende SCHMITT, la nota definidora de la Función Judicial no es otra cosa que la decisión de «casos» en virtud de «leyes», y no la discusión del contenido de las normas. «Es propio de la naturaleza de la decisión judicial –escribe- que pueda ser derivada materialmente de la norma que le sirve de fundamento [...] Cuando la norma se vacía de contenido y deja de hacer posible la subsunción fáctica [...] desaparece la base de una posible forma judicial.» De todos modos, SCHMITT es consciente de que, a veces, los hechos claros y contundentes, no son tan fácilmente subsumibles en el contenido de una norma, bien porque ese contenido sea oscuro, bien porque no exista norma alguna. Como en tales supuestos el juez puede negarse a fallar, la función judicial se convierte –vulnerando su sentido- en una función que crea derecho y no se limita a discutir, tipificar y subsumir los hechos en la norma. Sin embargo, se trata del caso

PROLOGO

excepcional y que, en cuanto tal, puede justificarse. Lo que, a sensu contrario, no puede hacerse es convertir la excepción en regla, ya que si las dudas sobre el contenido de la ley fuesen generales, quedarían destruidos los fundamentos de toda Justicia vinculada a la Ley.

La cuestión presenta singular relieve cuando nos colocamos ante la Justicia Constitucional, tal y como fue configurada por Kelsen, estableciendo un modelo diferente de control de constitucionalidad al consagrado en la tradición americana, a partir de 1803, por el juez Marshall en el caso Marbury versus Madison. SCHMITT no niega el llamado derecho material de examen judicial. Esto es: cuando se trata de contradicciones evidentes entre leyes ordinarias y la Ley Constitucional, la justicia ordinaria puede, en virtud del principio de supremacía constitucional, dejar sin aplicar la ley ordinaria. Pero una cosa es este control difuso de constitucionalidad, y otra muy distinta que la ley considerada inconstitucional, según el sistema kelseniano, quede automáticamente suprimida del ordenamiento jurídico.

El problema se agudiza más aún cuando la confrontación entre ley ordinaria y ley constitucional dista mucho de ser evidente. Que en este supuesto un Tribunal Constitucional pueda dictaminar libremente sobre la validez o invalidez de las leyes, aunque «su decisión se adopte conforme a un procedimiento judicial» constituye una invasión clara de la justicia en la legislación, que da al traste con el principio orgánico de distribución del poder.

A estas apreciaciones sobre la naturaleza de la función judicial, añadirá SCHMITT una serie de consideraciones derivadas del análisis de la situación política concreta, y que afectan a las estructuras reales de poder en que se desenvuelve toda la actividad estatal. Y será desde esta perspectiva, desde la que sus ataques teóricos al modelo kelseniano adquirirán una dimensión práctica importante. Ya no se trata tan sólo de discutir sobre la lógica interna del sistema, sino de poner en tela de juicio su efectividad concreta. Así las cosas, constituye para SCHMITT cuestión harto dudosa, por ejemplo, que en un Estado de partidos una función tan relevante, como la que corresponde al Guardián de la Constitución, pueda ser asumida como verdadera y efectiva independencia por un Tribunal

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Judicial. Del mismo modo, resulta también problemático que, en un sistema de legitimidad democrática, se vaya a ceder tan fácilmente «a las decisiones de la aristocracia de la toga» la definición de los valores fundamentales de todo el ordenamiento constitucional y del régimen político por él establecido.

En cualquier caso, la conclusión tácita que se desprende de su razonamiento parece evidente: porque la conversión de la Justicia Constitucional en Guardián de la Constitución, frente a los posibles ataques del poder legislativo, lo que termina virtualmente condicionado en una politización de la justicia y una disfunción más que notable en el esquema de la distribución del poder, se hace necesario buscar otro Guardián que resulte en el plano doctrinal más coherente con la Teoría Constitucional clásica, y en el plano real más efectivo. La solución la encontrará SCHMITT, como indicábamos anterior, en la figura del Jefe del Estado que, al ser plebiscitado directamente por el pueblo, podría actuar con independencia de los partidos como instancia verdaderamente suprema y neutral.

Se ha mantenido, y acaso no sin fundamento, que la conversión del Jefe del Estado en Defensor de la Constitución, lo que en realidad comporta es una opción ideológica muy clara que, lejos de colaborar al mantenimiento y defensa del sistema de valores del constitucionalismo, para lo que efectivamente sirve es para precipitar su destrucción. Detrás de ella estaban las circunstancias concretas de la República de Weimar, el famoso artículo 48 y los poderes de excepción, que sirvieron a Hitler para desmontar un sistema, sin necesidad de tener que derogar formalmente su ordenamiento constitucional.

Ahora bien, que la crítica jurídica a la obra de Kelsen termine convirtiéndose en crítica política y negación trascendente del sistema, al introducir la figura del Presidente del Reich como Defensor de la Constitución, no significa en modo alguno que las afirmaciones y la crítica de SCHMITT, en cuanto crítica inmanente del sistema, en la que se denuncian las posibles incoherencias y arbitrariedades de la justicia constitucional, sin que ello suponga la negación de los valores y estructuras que con la misma se pretenden amparar, carezca en absoluto de validez. De ahí la significa-

PROLOGO

ción y la importancia que su obra presenta todavía en la actualidad.

Ya el propio Kelsen no pudo por menos de reconocer que, aun admitiendo que la función del Tribunal Constitucional no es una función política, sino judicial, como la de cualquier otro tribunal, existe una diferencia importante entre ellos. «Desde el punto de vista teórico – escribe- la diferencia entre un tribunal constitucional y uno ordinario (civil, penal o administrativo) consiste en que si bien ambos producen y aplican derecho, el segundo produce sólo actos individuales, mientras que el primero, al aplicar la Constitución a un acto de producción legislativa, y al proceder a la anulación de la norma inconstitucional, no produce, sino que anula una norma general, realiza el acto contrario a la producción jurídica, es decir, que actúa como legislador negativo». Y he aquí la cuestión: ¿No podría un Tribunal Constitucional como «legislador negativo», en nombre de la Constitución, y a través de una interpretación discrecional de la misma, convertirse en una especie de órgano sustitutivo del Parlamento? Kelsen, que es consciente del problema, no lo elude, y para que esa hipótesis no se produzca aventura una especie de solución. De lo que se trata es de evitar la discrecionalidad de los jueces constitucionales. Lo que significa que la Constitución debe eliminar las fórmulas vagas, imprecisas y genéricas que den pábulo a la interpretación libre del Tribunal. Proceder de otra manera supondría que la Justicia Constitucional asumiría una «plenitud de poderes absolutamente inadmisibles».

Por la relevancia del problema, y a pesar de la extensión de la cita, quizá convenga recordar las propias palabras de Kelsen: «La existencia de fórmulas vagas en los textos constitucionales puede desempeñar una función peligrosa cuando se trata de controlar la constitucionalidad de las leyes. Si la Constitución invita al legislador a desarrollar su actividad conforme a la “justicia”, la “libertad”, la “equidad”, la “moralidad”, etc., se podrían entrever en estas palabras directrices determinantes del contenido de las leyes futuras. Sin embargo, de directrices sólo se puede hablar cuando la Constitución establece un mandato concreto, un criterio objetivo claro. El límite, no obstante, entre esas fórmulas vagas y la normal definición del contenido de las leyes futuras en el catálogo de

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

los derechos fundamentales y de libertad pueden ser impreciso; de tal suerte que no es de excluir la posibilidad de que un Tribunal Constitucional, encargado de decidir sobre la constitucionalidad de una determinada ley, proceda a su anulación en base a una fórmula imprecisa y vaga como, por ejemplo, la justicia. Lo que equivaldría a conferir a dicho tribunal una plenitud de poderes absolutamente inadmisibles. Lo que la mayoría de sus jueces considera justo bien podría estar en contradicción con lo que estima justo la mayoría de la población y el propio Parlamento que aprobó la ley. Es evidente que la Constitución no puede depender cada ley votada por el Parlamento de la discrecionalidad de un colegio cuya composición política es más o menos arbitraria, mediante el empleo de términos equívocos como la “justicia” u otros similares. Para evitar precisamente el traslado del poder del Parlamento a un órgano situado fuera de él y que puede convertirse en expresión de fuerzas políticas distintas de las que en el propio Parlamento se expresa, la Constitución, cuando establece un Tribunal Constitucional, debe abstenerse de la fraseología de las formas vanas, y si quiere establecer principios, directrices y límites al contenido de las leyes, debe definirlos del modo más preciso posible. »

Como se comprende fácilmente, este conjunto de consideraciones de Kelsen, a lo que conduce directamente es a una afirmación que está en la base de la metodología jurídica de SCHMITT. A saber: que un tratamiento adecuado de la Justicia Constitucional obliga a considerar los presupuestos políticos y constitucionales desde los que forzosamente aquella ha de operar. Dicho en otros términos, antes de discutir lo que la Justicia Constitucional debe garantizar, se hace necesario esclarecer las condiciones que un sistema de Justicia Constitucional coherente debe presuponer. Y es precisamente, en este contexto, en el que la problemática jurídico-política fundamental de los Tribunales Constitucionales sigue constituyendo uno de los caballos de batalla del Derecho Constitucional contemporáneo.

Bien es verdad que, a partir de la Segunda Guerra Mundial, las tesis de Kelsen se imponen en la praxis constitucional de la mayoría de los estados democráticos con resultados positivos y encomiables. Ahí está el ejemplo de la Corte Constitucional italiana,

PROLOGO

del Tribunal Constitucional alemán o del todavía reciente Tribunal Constitucional español. Sin embargo, no es menos cierto que las cuestiones sobre la legitimidad, funcionalidad y coherencia de la Justicia Constitucional distan mucho de haber sido definitivamente dilucidadas.

Baste simplemente señalar que, paralelamente al aparatoso despliegue de medidas de garantía, se han producido en el constitucionalismo moderno dos características que lo diferencia claramente del clásico constitucionalismo liberal. Por un lado, aparece la ambigüedad de sus declaraciones dogmáticas, como consecuencia de la nueva composición sociológica de los poderes constituyentes, y por otro, se genera la conversión de un constitucionalismo básicamente garantista y asegurador de las esferas de acción privada frente al poder, en un constitucionalismo programador y pretendidamente transformador de las estructuras sociales y económicas.

Respecto al primer supuesto es claro que, como consecuencia del sufragio restringido, que opera a lo largo del siglo XIX, al tener sólo acceso a las Asambleas Constituyentes una clase social única y homogénea, las Constituciones podían presentarse como una especie de programa político nacional, en el que sin excesivo utopismo cabría predicar esa claridad que reclamaba Kelsen para sus formulaciones dogmáticas. Naturalmente, al extenderse el derecho de sufragio, y al acceder a las Asambleas Constituyentes representantes de clases sociales diversas, las Constituciones no han podido por menos de ser el resultado de un consenso, en el que confluyen intereses dispares, y a consecuencia del cual surge, como lógico correlato, una buena dosis de ambigüedad en el enunciado de bastantes de sus principios ordenadores básicos.

A su vez, como acabamos de indicar, la transformación del Estado Liberal de Derecho clásico en Estado Social de Derecho, hace que el constitucionalismo moderno deje de ser sólo un instrumento protector del individuo frente al poder. Junto al elemento y a la función garantizadora aparecen el elemento y la función transformadora de las Constituciones, En este sentido, la llamada cláusula Lellio Basso del artículo 3 de la Constitución Italiana, trasladada al artículo 9.2 de la Constitución Española representa, por su contundencia, uno de los ejemplos más significativos.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Pues bien, ¿cómo se puede compaginar la Justicia Constitucional, como Guardián de la Constitución, que requiere y presupone –según las propias palabras de Kelsen– una normativa constitucional clara y precisa, con estas características que son comunes a los nuevos y más modernos ordenamientos constitucionales? Es aquí donde aparece en todo su dramatismo el dilema de la Justicia Constitucional contemporánea. Dilema que no ofrece otra alternativa que la de: o bien considerar que los Tribunales Constitucionales, como guardianes y supremos intérpretes de la Constitución, asumen con independencia absoluta la interpretación de una norma ambigua, en cuyo caso, en cuanto legisladores negativos, en buena medida pasan a ocupar el lugar del Parlamento, lo que el mismo Kelsen criticaba con dureza; o bien, entender que los Tribunales Constitucionales, condicionados por presiones políticas, o autolimitados por renunciias propias, establecen un modus operandi de compromiso con el resto de los poderes del Estado, en cuyo supuesto su condición de órganos independientes y Guardianes de la Constitución queda definitivamente lastimada.

Es en estas circunstancias en las que, a mi juicio, se puede afirmar que las cuestiones y problemas que afectan a la fundamentación, legitimidad y coherencia de la Justicia Constitucional con el resto del sistema político democrático, distan mucho todavía de haber logrado una solución definitiva. De ahí la actualidad de la obra de SCHMITT, muchas de cuyas críticas a la gran creación de Kelsen conservan plena vigencia y validez.

P R O L O G O

El estudio «La defensa de la Constitución», publicado en marzo de 1929 («*Archiv des öffentlichen Recht*», Nueva serie, XVI, páginas 161 a 237) aparece ahora, elaborado y ampliado, en la presente obra. Además, contiénnense algunas notas de artículos y conferencias de los años 1929 y 1930, que han sido incorporados al conjunto sistemático que desarrolla el tema de este libro.

La elaboración científica de semejante tarea no es posible sin tener una idea precisa de la situación constitucional contemporánea. Lograr tal idea implica, ciertamente, una labor difícil y peligrosa. Y no sólo por las falsas interpretaciones partidistas que son de esperar, pues éste es un riesgo genérico, inherente a la libertad del espíritu: más bien a causa de la confusión extraordinaria que presenta la situación constitucional de Alemania en nuestros días situación que se halla en los comienzos de una transformación profunda. Quien actualmente pretenda hablar en pocas páginas *de Statu Imperii Germanici* y aspire a ofrecer un cuadro de conjunto, debe tener presente una contradictoria multitud de sistemas, fragmentos de sistemas y tendencias. En la mayoría de los Estados de la tierra la Constitución se ha convertido, actualmente, en un problema nuevo, e incluso en Francia J. Barthélemy ha podido partir recientemente (e una Conferencia pronunciada en la *Union des Intérêts Economiques*) del hecho de que la demanda de una reforma política es el tema más actual de nuestros días. Con una mera «reforma del Reich»

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

entendida como una modificación del actual sistema federalista, el problema no quedaría resuelto en Alemania. Lo que más dificulta la comprensión de la situación constitucional concreta de la Alemania actual es la concurrencia y entrecruzamiento abigarrado de la organización federalista con otros factores de formación de la voluntad política. En la presente obra he intentado caracterizar esa situación mediante los conceptos de «Estado pluralista» y «policracia», y he procurado estudiar el problema subsiguiente de la «neutralidad política del Estado»; y conste que no he procedido así por el placer de desarrollar una tesis «sagaz» o «sugestiva», sino por la fuerza misma de una necesidad que emana de la naturaleza misma del asunto.

Res dura et regni novitas me talia cogunt moliri.

C.S.

Berlín, marzo de 1931.

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

La demanda de un protector, de un 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 protector 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 Harrington¹. Allí tiene su origen la idea de aquellas

¹ F.H. RUSSEL SMITH, *Harrington and his Oceana*, Cambridge 1914, página 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*»

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

instituciones que, a través de las caras constitucionales de Pensilvania, llegan hasta la Revolución francesa. En Francia misma, en la constitución del año VII (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 I². 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 1814 declaró que Napoleón y su familia quedaban desposeídos del trono por haber vulnerado la Constitución y los derechos del pueblo³.

Las luchas constitucionales alemanas del siglo XIX no pueden compararse con estas grandes revoluciones. No obstante, las Constituciones de la monarquía constitucional alemana no echan en olvido, en modo alguno, el problema de la garantía constitucional. Son especialmente características a este respecto las disposiciones contenidas de la Constitución de Baviera (1818) y en la de Sajonia (1831). Bajo el epígrafe « De la defensa de la Constitución» tratan: 1.º del juramento que el rey, los servidores del Estado y los ciudadanos prestan a la Constitución⁴; 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 motivo; 4.º, de las condiciones para llevar a cabo una reforma de la Constitución. La Constitución sajona de 1831 estudia bajo ese

² Acerca de las particularidades de la evolución que desde HARRINGTON conduce a las Constituciones norteamericanas, y éstas a SIEYÉS: F. H. RUSSEL, op. cit., pág. 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*, Paris 1928, pág. 177. THIBAudeau alude a las experiencias que se han hecho con los censores de Pensilvania.

³ 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, pág. 177.

⁴ Acerca del juramento constitucional pueden encontrarse más detalles en el magistral trabajo de ERNST FRIESENHAHN, *Der politische Eid*, Bonn 1928, páginas 35 y ss., 112 ss.

LAS POSIBILIDADES DE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

mismo título, por añadidura, las atribuciones del Tribunal de Justicia Constitucional instituido para fallar las dudas que se susciten sobre interpretaciones de los textos constitucionales, cuando no se llegue a un acuerdo entre el Gobierno y los estamentos⁵. Tras de la experiencias realizadas durante el período de los conflictos en Prusia, y a causa de los grandes éxitos logrados por la política de Bismarck, el problema de la defensa de la Constitución quedó naturalmente soslayado, y, en la generación siguiente, la general indiferencia por los problemas constitucionales de orden teórico fue una 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) dice lo siguiente respecto a las normas encaminadas a proteger 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

⁵ Cfs. para Baviera: STOERK, *Handbuch der deutschen Verfassungen*, 2.ª edición 1913, pág. 105, y además, M. y SEYDEL, *Bayerisches Staatsrecht*, 2.ª ed. 1896, I, págs. 386, 517, etc. (es característica la distribución de las diversas garantías sobre distintos puntos del sistema, mientras que la «defensa 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, pág. 343; J.H. BESCHORNER, *Die Ministerverantwortlichkeit und der Staatsgerichtshof im Königreich Sachsen*, Berlín 1877; OPITZ, *Staatsrecht des Königreichs Sachsen* (1884), II, página 246; OTTO MAYER, *Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen* (1909), páginas 214 y ss. Otros ejemplos en R. MOHL, *Die Verantwortlichkeit der Minister in Einherrschaften mit Volksvertretung*, Tübingen, 1837, págs. 14 y 15.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

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 Constitución, y se demanda alguien que las proteja y mantenga. El Tribunal de Justicia Constitucional del Reich se señala a sí mismo como protector de la Constitución del Reich»⁶. El Dr. Simons, Presidente del Tribunal Supremo, denominó a este Tribunal «mantenedor y protector» de la Constitución alemana⁷. 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 Protector de la Constitución», publicado en marzo de 1929 en el «Archiv des Öffentlichen Rechts» (vol. XVI, págs. 161 y 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 »⁸.

⁶ Sentencia de 13 de octubre de 1927, RGZ. 118, anexo pág. 4; LAMMERS-SIMONS, *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich*, volumen I, Berlín 1929, pág. 295.

⁷ «Deutsche Juristen-Zeitung», 1924, pág. 246.

⁸ Así, especialmente, en la publicación de la «Liga para la renovación del Reich» titulada: *Die Rechte des deutschen Reichspräsidenten nach der Reichsverfassung*, 2.^a 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. SIMMONS, introducción al volumen II de la mencionada obra de LAMMERS-SIMONS, página 9, 11; H. POHL, *Die Zuständigkeiten des Reichspräsidenten*, en el *Handbuch des Deutschen Staatsrechts* de ANSCHÜTZ-THOMA, vol. I, Tübingen 1930, página 483; F. GLUM, *Parlamentskrise und Verfassungslücke*, «Deutsche Juristen-Zeitung», 1930 (15 noviembre), págs. 1417-1418; W. JELLINEK, en su informe sobre los límites de la propiedad y la expropiación, presentado al 36.º Congreso de Juristas alemanes, 1930, págs. 319, 320, y en el *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, § 72 (*Das einfache Reichsgesetz*), II, págs. 177-78.

LAS POSIBILIDADES DE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Las proposiciones y proyectos de la ley hasta ahora presentados tomaban casi en su totalidad como punto de partida la idea 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 Zeile)⁹, y Tribunal Supremo de lo Contencioso habían agregarse conforme a las relaciones de coordinación harto imprecisas a los numerosos Tribunales Supremos ya existentes en el Reich y en los Territorios, esta circunstancia ha dado lugar a que R. Grau hablara con razón de una «gran variedad de protectores de la Constitución que concurren unos con otros y en circunstancias se contradicen mutuamente»¹⁰. En su conjunto, la manera usual de ser actualmente tratada esta difícil cuestión de Derecho Constitucional hallase aún muy influida por las «ideas judicialistas» que se inclinan a encomendar simplemente 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 anticonstitucionales, y desnatura-

⁹ E. SCHIFFER, *Die deutsche Justiz*, Berlín 1928, págs. 257 y ss.; pronúnciase en contra W. SIMMONS 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, pág. 143.

¹⁰ «Archiv des öffentlichen Rechts», N. F. vol. XI (1926), págs. 287 y ss.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

lizando también esta cuestión al buscar en el terreno de la Justicia el protector de la Constitución, «sin detenerse a meditar sobre el asunto», como Rudolf Smend ha dicho en una crítica incidental, pero certera¹¹. Entre los autores de los primeros años de la postguerra, solo L. Wittmayer constituye una honrosa excepción cuando señala al Consejo del Reich, por razón de su derecho de veto, como protector 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 constitucional¹². En cambio, los planes y proyectos actualmente en curso se inclinan a encomendar a un Tribunal (Tribunal Arbitral del Reich, Tribunal de Justicia Constitucional para el Reich alemán) la resolución de cuantas dudas y divergencias de criterio se susciten acerca de la constitucionalidad de las prescripciones 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 Tribunal de Justicia Constitucional para el Reich alemán se amplíe (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 Territorio¹³. Bajo la impresión ciertos

¹¹*Verfassung und Verfassungsrecht*, Munich y Leipzig 1928, pág. 143.

¹²Die Weimarer Verfassung, Tübingen 1922, pág. 329.

¹³Después 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 Notstansrecht*, Berlín 1919, pág. 182. Entre las deliberaciones de la Asamblea de Weimar, es de interés la proposición de Ablass (N.º 273, Prot. Pág. 483), según la cual el Tribunal de Justicia Constitucional, 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 Tribunal de Justicia Constitucional 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 MENDE) recomendó igualmente una reforma del art. 19 RV.; el Tribunal de Justicia Constitucional 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 Tribunal de Justicia Constitucional del Reich». El ministro del Interior, del Reich, publicó en 1925 (Editorial Heymann) el proyecto de una «Ley para garantizar la unidad jurídica», en virtud de la cual un Tribunal sentenciador, del Reich, debe fallar, según procedimiento jurídico, acerca de las cuestiones del 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 el Gobierno del mismo pueden solicitar el fallo del Tribunal de Justicia Constitucional, aunque, al parecer, según este proyecto, no queda excluido el derecho general de control por parte de los jueces; cfs. el artículo de KÜLZ, DJZ. 1926, pág. 837; POETZSCH, DJZ. 1926, col. 1269; BÖTTICHER, Leipzig. Z. 1926, pág. 822; RICHARD GRAU, *Zum Gesetzentwurf über die Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Reichsgesetzen und Rechtsverordnungen*, AöR., N. F. XI, págs. 287 y ss.; FRITZ MORSTEIN MARX, *Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmässigkeit des Gesetzes*, págs. 129 y s. (Berlín 1927); SCHELCHER, en la «*Zeitschr. f. Verwaltungsrecht*», de FISCHERS, vol. 60, pág. 305; BREDT, «*Zeitschr. f. d. ges. Staatsw.*», vol. 82, 1927, pág. 443; NAWIASKY AöR., N. F. XII (1927), págs. 130 ys.; HOFACKER, «*Gerichtssaab*», vol. 94, pág. 213 (1927). El proyecto presentado a la Comisión jurídica del Reichstag en 25 de marzo de 1927, recogido la citada publicación del ministro KÜLZ (Publicaciones del Reichstag, núm. 2855, III, 1924-1926), hace fallar, con fuerza de ley, al Tribunal de Justicia constitucional (a instancia de una minoría

LAS POSIBILIDADES DE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

residuos ideológicos de la época anterior a la guerra y bajo la influencia de la «solución austríaca» que a la sazón gozaba de

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); cfs. a este particular K. barón de IMHOFF, «*Bayr. Verwaltungsblätter*», volumen 75 (1927), págs. 241 y s. Acerca del carácter de semejante precepto como reformador de la Constitución, cfs. HOFACKER, op. cit., R. GRAU, op. cit., y BREDT, op. cit. 453 y s. 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, pág. 1234, «*Reichs ver waltungsblatt*», 1930, pág. 748. Por último, hagamos una referencia a los escritos en que los autores de disertaciones tratan del Tribunal de Justicia Constitucional (tema predilecto, al parecer, para esta clase de «trabajos doctorales»), intentando resolver una ardua cuestión con ayuda de unas cuantas fórmulas y patrones rutinarios; todo ello es disculpable en estos autores noveles.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

gran predicamento¹⁴, fatigada, además, la 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 Tribunal de Justicia Constitucional para el Reich alemán, 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 «cuestiones constitucionales en el ámbito de un Territorio», como también, finalmente, el problema decisivo de la capacidad de las partes ante el Tribunal de Justicia Constitucional. Era muy extraño que partidos políticos, fracciones parlamentarias y simples grupos de diputados, congregaciones reli-

¹⁴Art. 89 y 139 de la Constitución federal austríaca de 1 de octubre de 1920; sobre este particular, cfs., por ejemplo. W. JELLINEK, Jur, Woch. 1925, página 454, con la siguiente frase, expresiva del ambiente de aquella época: «Si meditamos acerca de la regulación austríaca, caracterizada por su evidente congruencia... no será aventurado presumir que alguna vez penetrará también en Alemania el criterio austríaco». La presunción no se ha confirmado; desde 1925 saltan a la vista en la solución austríaca, peculiaridades que no son, precisamente, reveladoras de congruencia.

LAS POSIBILIDADES DE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

gias, municipalidades y hasta asociaciones nobiliarias pudieran citar, en cuestiones manifiestamente políticas, ante el Tribunal de Justicia Constitucional, a un Territorio o a un Gobierno territorial¹⁵, 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 criterio¹⁶. Cierto 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 del 17 de febrero de 1930¹⁷, 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 recordemos, frente a las precipitadas abstracciones de los primeros intentos de solución, los diversos casos de «protectores de la Constitución» que en gran número aparecen en la larga historia del problema consti-

I

¹⁵Hasta 1929: *Fracciones del Landtag*: Sentencia del Tribunal provisional de Justicia Constitucional de 12 de julio de 1921, RGZ, 102 pág., 415 y de 21 de noviembre de 1925, RGZ., 112, anexo, pág. 1; *Partidos políticos* (con una cauta limitación a cuestiones electorales); RGZ, 118, anexo pág. 22, RGZ. 120, anexo pág. 19 (comarca Mecklenburgo-Lübeck, del Partido obrero nacional-socialista contra el Territorio Mecklenburgo-Schwerin); casos en que ha sido denegada tal personalidad: *Partido social-demócrata* independiente, en Sajonia, contra el Territorio de Sajonia, RGZ, 121, anexo pág. 8; *Iglesia territoriales*, RGZ, 118, anexo pág. 1, *Municipios*: Sentencia de 12 de enero de 1922, DJZ. 1922, col. 427, además la sentencia en litigio entablado por el Magistrado de la ciudad de Potsdam contra el Territorio de Prusia de 9 de julio de 1928, RGZ, 121, anexo pág. 13; íd. 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 pág. 1.

¹⁶Cfs. la crítica detalladísima que acerca de la gran extensión de la competencia del Tribunal de Justicia Constitucional hace W. HOFACKER, *Verfassungstreitigkeiten innerhalb eines Landes*, «Reichverwaltungsblatt», 1930, páginas 33 y ss.

¹⁷RGZ. 128, anexo pág. 1, y Sentencias escogidas del Tribunal de Justicia Constitucional para el Reich alemán (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 pág. 67.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

tucional. 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 protector fácilmente se convierte en árbitro y señor de la Constitución, produciéndose, así, el peligro de una doble jefatura de Estado; en ocasiones se alude también a las consecuencias deplorables de una instancia inamovible, irresponsable, que puede decidir a su arbitrio¹⁸. Otro proyecto e instituciones,

¹⁸ Acerca del eforato en el Estado lacedemonio: BUSOLT-SWOBODA, *Griechische Staatskunde (Handbuch der Altertumswissenschaft*, IV 1, Munich, 1926), páginas 670, 683 y ss.; en esa obra se indican las fuentes y copiosas bibliografía. Los éforos tenían por misión defender el orden político y social existente, así como también la disciplina y las costumbres cívicas para que las *vómos* fuera el único aspirante 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 (pág. 679) 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.) (cerca de la institución de los éforos y de los *kosmos*) (*): Πάντων δὲ φανόταν τὴν ἀκοομάς τῶν Συνατῶν, ἦν καὶ ἰοῦτοί πολλαί, ὅταν μὴ δίκας βούλωντο (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 Repräsentatio*, Berlín 1929, pag. 84, nota; acerca del proyecto ideado por FICHTE, de un eforato, que se traducía en la existencia de un doble jefe de Estado: K. WOLZENDORFF, *Staatsrecht und Naturrecht*, 1916, pag. 408; MOHL, *Encyclopädie*, 2.ª edición, 1872, pag. 647; DAHLMANN, *Politik*, 3.ª ed., 1847, págs. 197 y ss.; BLUNTSCHLI, *Allgemeines Staatsrecht*, vol. 2, 4.ª ed., Munich, 1868, cap. 10, página 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, página 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 relación, 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 el 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 arbitrase; y todo ello con el mismo derecho... Pues estos no son, a su vez, menos voluntades privadas que aquellas otras, y el Gobierno puede juzgar, tan bien como el eforato, acerca de si la voluntad particular se ha distanciado de la voluntad general».

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

LAS POSIBILIDADES DE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

como los de tribunos¹⁹, censores²⁰ y síndicos²¹, pertenecen igualmente a este primer grupo de protectores 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 distin

¹⁹Arts. 21 y 28 de la Constitución francesa del año VIII (1799) y numerosos senados-consultos, hasta la supresión del Tribunado por el S. C. de 29 de agosto de 1807.

²⁰Sobre los censores de Pensilvania, cfs. pág. 9, nota 2; otros ejemplos en R. MOHL, *Verantwortlichkeit der Minister*, págs. 223 y 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.

²¹SPINOZA, *Tractatus politicus*, VIII, 920 y s.; X, § 2 y s.; editio Bruder, páginas 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 dammandi*; deben ser elementos 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*).

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

guirra de potestas²²— debía sancionar los acuerdos del pueblo, para impedir transgresiones del orden constitucional y de los compromisos internacionales²³. 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 Tribunado 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 Cour 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 famosos Junius Brutus demanda un Senado para comprobar y vigilar la interpre-

²²Acerca de la diferencia entre *auctoritas* y *potestas*, CARL SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928, pág. 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, págs. 509 y s. (art. anónimo, «La revolución fría»); además, LEOPOLD ZIEGLER, *Fünfundzwanzig Sätze vom Deutschen Staat*, Darmstadt 1931, pág. 43.

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

LAS POSIBILIDADES DE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

tación y ejecución de las Leyes por el rey²⁴. Luego, desde Harrington, una línea seguida nos conduce hasta Sieyès y al siglo XIX²⁵.

También la representación nacional, es decir, la Cámara elegida por sufragio, aparece en determinadas situaciones constitucionales como protectora de la Constitución, al menos de los «derechos del pueblo», frente al Gobierno²⁶, en particular, en forma de una Comisión de vigilancia²⁷ elegida por la represen-

²⁴JUNIUS BRUTUS, *Vindiciae contra tyranos*, edición Edimburgo, 1579, página 128.

²⁵Acerca de la línea histórica: H. F. RUSEEL SMITH, op. cit. págs. 15, 205 y siguiente, acerca de las ideas y proposiciones de SIEYÈS: A. BLONDEL, op. cit. página 173; respecto a sus efectos en Suiza: EDUARD HIS, *Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts*, vol. I, *Die Geschichte der Helvetik und der Vermittlungsakte 1798-1813*, Basilea, 1925, págs. 196 y s.

²⁶Especialmente cuando el Landtag tramita reclamaciones constitucionales. Según el tít. 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 e los Ministros, pág. 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. I, Tübingen 1860, págs. 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, pág. 28. Según GNEIST, la garantía genuina reside en la colaboración de la 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, pág. 128) denomina a los disputados del Landtag «guardianes de la Constitución»; téngase en cuenta, sin embargo, que se trata de un caso de especial naturaleza; cfs. más adelante, pág. 50, nota 14, Acerca de la concepción de Bluntschli, véase más adelante pág. 134.

²⁷ 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 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 y ss.) asignar a este Comité interino la misión de defender la Constitución.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

tación nacional «para defender los derechos de la representación del pueblo frente al Gobierno». Este 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 nacional²⁸, 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»²⁹. Otto Mayer dice en su *Sächsisches Staatsrecht* (1990, pág. 214): «El protector 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 después³⁰.

²⁸ Acerca de otros efectos prácticos de este concepto de Constitución confróntese más adelante, pág. 112. Un ejemplo de la historia constitucional prusiana se contiene en la protesta elevada por la Cámara de Diputados en 10 febrero de 1866 (Legajo núm. 41, Informes taquigráficos págs. 137, 141 y 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. 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, pág. 50.

²⁹ Así, por ejemplo, ADOLF TRENDELENBURG, *Naturrecht*, 1860, pág. 375.

³⁰ El art. 71 de la Constitución portuguesa de 29 de abril de 1826 (Dareste, página 497) y el art. 98 de la Constitución brasileña de 26 de marzo de 1824, denominada 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, pág. 214, nota 1.

LAS POSIBILIDADES DE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Cuando, en la Constituciones alemanas del siglo XIX, se prevé junto a otras garantías³¹ un Tribunal de Justicia Constitucional para la «protección 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 protección judicial existen otras muchas clases y métodos de garantizar la Constitución.

³¹La fórmula «protección judicial de la Constitución» se encuentra, por ejemplo, en el art. 195 de la Constitución wurttemberguesa de 1819; es particularmente acertada porque distingue de las judiciales otras instituciones protectoras de la Constitución, y con ello evita una falsa y peligrosa exclusividad de la protección judicial.

I

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

1. EL DERECHO DE CONTROL GENERAL. (ACCESORIO) EJERCIDO POR LOS JUECES, Y TAMBIÉN LLAMADO MATERIAL, NO CONSTITUYE EN ALEMANIA UNA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN.

Los Tribunales sentenciadores de la jurisdicción civil, procesal o contencioso-administrativa no son, en sentido estricto, protectores de la Constitución. El error de señalarlos como tales es muy comprensible porque ejercen el denominado derecho material de control judicial que consiste en comprobar si las leyes simples están de acuerdo, en su contenido, con los preceptos institucionales, llegando en caso de colisión a negar vigencia a las leyes que no cumplan ese requisito. Como consecuencia de ello ha sido también señalado en ocasiones como protector de la Constitución el Tribunal Supremo del Reich desde que, en virtud de la sentencia de 4 de noviembre de 1925 (RGZ. 111, página 320), se declaró competente para establecer la concordancia existente, por razón de su contenido, entre las leyes simples de la Constitución del Reich³².

³² Acerca del «Tribunal Supremo como defensor de la Constitución», cfs. El Homenaje de las Facultades de Derecho en el 50.º aniversario de la fundación del Tribunal Supremo, Berlín 1929, páginas 154-178.

La propensión a considerar los Tribunales sentenciadores como garantía máxima de una Constitución se explica, principalmente, por una opinión muy generalizada acerca del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América. Este Tribunal, justamente famoso en todo el mundo, se ha convertido, al parecer, para ciertos juristas alemanes, en una especie de mito. Durante las deliberaciones de la Comisión constitucional en la Asamblea de Weimar manifestáronse a este respecto notorias imprecisiones que han quedado documentalmente registradas en los protocolos de dicha Comisión. Alúdese allí a un «Tribunal Político para la defensa de la Constitución» como lo han implantado todos los grandes Estados democráticos, América del Norte, por ejemplo, donde han logrado justificar su existencia»³³. En contraposición a ello, permítasenos recordar en pocas palabras que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, teniendo en cuenta su autoritaria interpretación respecto a conceptos tales como propiedad, valor y libertad, ocupa como con razón se ha dicho, «una posición singularísima en toda la historia universal», sobre todo en el sector económico³⁴, y que, en consecuencia, no puede ser adaptado sin más requisitos a la situación, política y socialmente distinta, de un Estado continental Europeo. La posición del Tribunal Supremo de los Estados Unidos se ha desarrollado en el ámbito de un Estado anglo-sajón de tipo judicialista, que, como sin Estado sin Derecho administrativo, se halla en evidente oposición a los Estados del Continente europeo, siendo indiferente en absoluto, a este respecto, que el Estado europeo sea una República como Francia o un Estado monárquico y burocrática como la Prusia del siglo XIX. El Tribunal Supremo americano es algo muy distinto de un Tribunal Político, y su Justicia es diametralmente opuesta a lo que en la actualidad suele denominarse en Alemania jurisdicción política o administrativa. Con una clara conciencia de su carácter como instancia procesal, limitase

³³PROTOCOLOS, página 485; en contra, H. PREUSS, op. cit. Páginas 483-84.

³⁴«That court occupies the unique position of the first authoritative faculty of political economy in the worlds history»; JOHN R. COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, Nueva York 1924, página 7.

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

a fallar determinados litigios (*real, actual, «case» or «controversy» of «judiciary nature»*)³⁵. Teniendo en cuenta su «*strictly judicial function*» se abstiene de adoptar criterio político o legislativo, y ni siquiera pretende ser Tribunal contencioso-administrativo³⁶. Por principio se niega también a asesorar al Congreso o al Presidente³⁷. Por lo que se refiere a su importancia y eficacia prácticas, y teniendo en cuenta la excepcional situación presente de Alemania, conviene examinar su actividad no ya en las épocas de prosperidad económica y tranquilidad política de la nación norteamericana, sino en los momentos críticos e inquietos. Es entonces cuando los famosos precedentes de la época de la Guerra civil —sentencias que se refieren a cuestiones políticas muy debatidas, como la esclavitud o la depreciación monetaria— revelan que la autoridad del Tribunal en cuestión se vio amenazada y que sus opiniones sobre la materia no lograron general aquiescencia³⁸. La peculiaridad más eminente y genuinamente fundamental de esta *Supreme Court* consiste, sin duda, en que con ayuda de ciertos principios generales, abusivamente designados como «normas», y de ciertos criterios fundamentales, se comprueban la equidad y razón de ser de la ley y, en caso necesario, se declara esta inaplicable³⁹: El Tribunal es

³⁵CHARLES WARREN, *The Supreme Court in United States History*, Boston 1924, vol. I, páginas 58, 108 y ss.; CHARLES EVANS HUGHES, *The Supreme Court of United States*, Nueva York 1928, página 31 (Muskrat c. Estados Unidos, 1911, 219 U. S. 346); acerca de la estricta limitación a la Justicia auténtica (*cases of Judiciary Nature*, pág. 22).

³⁶Comprobación en HUGHES op. cit. página 32.

³⁷El único caso hasta ahora existente de un asesoramiento (*advisory opinion*), es de tiempo del presidente Monroe; cfs a ese respecto WARREN op. cit. II página 56. Además, la observación de HUGHES, op. cit. página 31: «*nothing or the sort could happen today*». El solicitador-general JAMES M. BECK ha propuesto, aunque hasta ahora en vano, otorgar al Congreso, juntamente con el Presidente, el derecho de solicitador de la *Supreme Court* un asesoramiento cuando un proyecto de ley resulta dudoso en orden a su constitucionalidad; cfs. OGG-RAY, *Introduction to American Government*, 2.ª ed., 1926, pág. 422, nota 3.

³⁸WARREN, III, páginas 22 y s. (*Dred Scott Case*), página 244 (*Legal Tender Case*); además el *Income Tax Case*, 1895.

³⁹Utilízanse conceptos como *reasonableness* y *expediency*. Sobre las afinidades e identificaciones de «*constitution*», «*fundamental right*», «*natural equity*», «*will of the people*», etc., cfs. las interesantes nota DE JOHN DICKINSON, *Administrative justice and the supremacy of Law in the United States*, Cambridge, Harvard University Press 1927, páginas 97 y 101.

apto para ello porque, en realidad, aparece frente al Estado como protector de una ordenación social y económica indiscutible por naturaleza. Como R. Gneist ha dicho con certera frase, ejerce frente al Estado «un poder trascendente»⁴⁰. Sólo a la luz de esta idea deben considerarse las críticas que frecuentemente se le han dirigido, reprochándole que, por espacio de muchos años, este Tribunal haya puesto obstáculos a ciertas leyes protectoras del trabajador y a otras disposiciones sociales, incluso las referentes al trabajo de las mujeres y de los niños —que en Alemania nos parecen tan naturales— por considerarlas contrarias al espíritu de la Constitución. Como se comprenderá, no interesa a nuestro objeto hacer una apología ni una censura del Tribunal norteamericano, sino evitar, mediante una breve delimitación de conceptos, todo intento de adaptación y divinización, que consideremos insensato. En términos fundamentales puede decirse que el derecho de control judicial, por sí solo, únicamente en un Estado judicialista que someta la vida pública entera al control de los Tribunales ordinarios puede servir de base a un protector de la Constitución, cuando por tal Constitución se entiendan preferentemente los derechos fundamentales cívico-políticos, la libertad personal y la libertad privada que han de ser protegidos por los Tribunales ordinarios contra el Estado, es decir, contra la legislación, contra el Gobierno y contra los organismos administrativos. La jurisprudencia del Tribunal norteamericano, sobre la base de las *Amendments* 5 y 14, y desarrollando la tan discutida fórmula del *due process of law*⁴¹,

⁴⁰Informes op. cit. página 23, cfs. la extensa cita reproducida más adelante, en la página 243, nota 35.

⁴¹Quinta *Amendment* (dirigida a la Federación) de 1791: *No person shall be «deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation»*. La decimo-cuarta *Amendment* (dirigida a los Estados) de 1868: *«Nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law; nor deny within its jurisdiction the equal protection of the laws»*. Exagerada, pero características es la crítica a que se presta el giro, frecuentemente empleado: *«due process is schort the Supreme court says it is»*.

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

ha procurado defender y proteger contra el legislador los principios de la ordenación social y económica del pueblo norteamericano, que dicho Tribunal considera como la ordenación suprema y como la verdadera Constitución.

Por el contrario, el derecho de control judicial ejercitado por el Tribunal Supremo del Reich (en la famosa sentencia de 4 de noviembre de 1925⁴²), así como, análogamente, por otros Tribunales Supremos (Tribunal Supremo de Hacienda, Tribunal Supremo de Asistencia, Alto Tribunal Contencioso-administrativo de Prusia, etc.), tiene una importancia muy moderada si se le compara con el derecho de control del Tribunal americano y, examinadas a detalle sus atribuciones, se mueve en un ámbito más reducido. Los considerandos de la sentencia de 4 de noviembre de 1925 descansan sobre el siguiente principio: Que el juez esté sometido a la ley (art. 102 de la RV.) «no excluye que una ley del Reich o alguno de sus preceptos puedan ser estimados como no válidos por el juez, cuando se hallan en contradicción manifiesta con otras normas precedentes que el juez viene obligado a tener en cuenta»⁴³. Ello quiere decir que existen pre-

⁴²RGZ. III, página 322; además el detallado comentario en el Homenaje con motivo del segundo jubileo de la función del Tribunal Supremo, vol. I, páginas 161 y ss.

⁴³Por vía de compensación citaremos las normas correspondientes de la famosa y fundamental sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *MARBURY c. MADISON* (1 Cranch, 137) —Chief Justice Marschall— del año 1803: «The powers of the legislatura are define and limited... *It is a proposition too plain to be contested that either the constitution controls any legislative act repugnant to it, or that legislature may alter the constitution by an ordinary act. Between these two alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature is pleased to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law, if the latter part be true, written constitution are absurd attempts on the part of the people to limit a power, in its own nature illimitable.* El Tribunal Supremo del Reich evita semejante razonamientos constitucionales; a pesar de la brevedad de sus considerandos, argument con mayor cautela y empleando menos principios, y se conforma con esta frase: «pues las prescripciones de la Constitución del Reich sólo pueden ser privadas de vigencia por una ley de reforma de la Constitución, normalmente aprobada.»

ceptos constitucionales bajo cuya regularización concreta puede subsumirse el caso en litigio, y que esta regularización según el precepto constitucional se antepone, en caso de colisión, a la regulación del mismo acontecimiento por una ley simple. El precepto constitucional sólo puede aducirse para el caso discutido, cuando por razón de su contenido permite una subsunción precisa y concreta del caso de que se trata, pues una colisión semejante presupone, como toda colisión genuina, la posible equiparación de los preceptos contrapuestos. Pero cuando se trata de principios y normas generales, de poderes y de meras disposiciones de competencias, el caso se presenta de muy distinta suerte que el de las subsunciones de hecho. Sólo la subsunción bajo el contenido concreto del precepto constitucional justifica que el juzgador niegue aplicación a la ley simple (así se expresa el Tribunal Supremo, puesto que, efectivamente, no se trata de negar validez a la ley), o más exactamente: que subsuma bajo la ley preferente, en lugar de hacerlo con la simple, y falle sobre esa base el caso en cuestión. Esto no significa, propiamente, una denegación de validez, sino solo una falta de aplicación de la simple ley al caso concreto, que sobreviene por ser obligada la aplicación del precepto constitucional. Es un párrafo posterior de la sentencia (págs. 322-23) se afirma con razón, por tal causa, que el juez se ha visto obligado a «dejar de aplicar» la ley. Un examen más detenido de este párrafo permite inferir que la sujeción del juez a la ley no contradice este género de derecho al control judicial, sino que más bien es, fundamento suyo y única justificación del mismo. Ello significa, empero, al mismo tiempo, que no son las normas y autorizaciones generales las que en caso de colisión determinan la subsunción de hecho.

Los considerandos del fallo, en la mencionada sentencia de 4 de noviembre de 1925 insisten, además, en que el derecho de control sólo puede ejercitarse frente a simple leyes del Reich,

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

pero no respecto a las leyes de reforma de la Constitución, o sea a las promulgadas conforme al procedimiento del artículo 76 RV. Frente a una ley del Reich perfeccionada conforme a este procedimiento del artículo 76 no existe, por estas razones, posibilidad alguna de control. La cuestión, constitucionalmente importantísima, de las limitaciones a la facultad de revisión o de modificación; la posibilidad de un evidente abuso del precepto formulado en el artículo 76; la necesidad —tan minuciosamente discutida por la teoría de jurídica de la Constitución presente— de establecer distinciones en cuanto a la facultad de efectuar reformas, para no caer en un sumario absolutismo que pretenda encontrar con el artículo 76 al soberano omnipotente y hasta al titular de un poder constituyente⁴⁴; todas estas cuestiones carecen de importancia para un derecho de control judicial que se mueve dentro de tan estrechos límites. Además, huelga también la cuestión de si existen transgresiones intolerables de la Constitución que no puedan legalizarse ni aun por el procedimiento del artículo 76, y de si este artículo permite «actos apócrifos de soberanía» con carácter de consuetudinario. El Tribunal Supremo del Reich tampoco ejerce, al parecer, el derecho de control judicial cuando en forma de una sencilla ley se promulga una orden o precepto que no representa materialmente una ley en el sentido de esta palabra según la acepción propia de un Estado de Derecho, y cuando, en consecuencia, por falta de una expresa admisibilidad constitucional no puede ser ultimada por el procedimiento legislativo, y rebasa las atribuciones legislativas del

⁴⁴ Acerca de esta cuestión CARL SCHMITT, *Verfassungslehre*, página 102. Jur. Woch. 1929, página 2314, CARL BILFINGER, *Der Reichsparkommissar*, 1928, página 17; además, AöR. XI (1926), página 194 y *Zeitschrift für Politik*, vol. XX, 1930, páginas 81 y s.; R. THOMA, en *Grundrechten und Grundpflichten der Reichsverfassung*, de NIPPERDEY, 1929, vol. I, páginas 38 y s.; así como en el *Handbuch des deutschen Staatsrecht*, publ. por ANSCHÜTZ y THOMA I, página 143, y R. THOMA, en la misma obra, II, página 154 (limitación, al menos, para las transgresiones de la Constitución), y en último término y muy señaladamente: E. JACOBI, *Reichsverfassungsänderung*, en el Homenaje de las Facultades de Derecho con ocasión del 50.º aniversario de la fundación del Tribunal Supremo del Reich, 1929, I, páginas 233 y s.

legislador. El procedimiento de la legislación puede ser fácilmente empleado con abuso para otras regulaciones distintas de las taxativamente jurídicas, como mandatos individuales, dispensas, condonaciones, transgresiones, privilegios, etc. Ello significa con frecuencia una amenaza para la independencia del juez, y por esto debería de admitirse un derecho de control judicial (defensivo) para garantizar la posición constitucional del Justicia. Esto significaría una autoprotección de los Tribunales contra los injustos ataques de otros poderes del Estado. Los jueces pueden ser protectores de una parte de la Constitución, a saber, de aquella que se refiere a su peculiar fundamento y posición, de los preceptos relativos a la independencia del poder judicial. De esta cuestión nada dicen los considerandos de la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, en la que tampoco se llega a una separación que juzgamos precisa respecto al derecho de control judicial: no aplicación de preceptos legales simples que chocan preceptos legales formulados en la Constitución, por una parte; por otra, defensa contra los ataques anticonstitucionales de otros poderes políticos, en particular del legislador, contra la independencia del poder judicial⁴⁵. Cabe imaginar, sin embargo, que utilizando el recurso del artículo 105 y del artículo 109 RV., podrían evitarse los más graves abusos y denegar la posibilidad de aplicación a leyes de manifiesto carácter excepcional. En este caso habría de tenerse en cuenta, sin embargo, que el ejercicio del derecho de control judicial invocado el mencionado artículo de la Constitución, significaría una protección, una salvaguardia de la Constitución en un aspecto distinto

⁴⁵La 3.^a Sala de lo civil tiene presente este derecho defensivo de control, cuando dice, en una resolución de 25 de enero de 1924 (RG. 107, 319): El artículo 105 RV., en relación con el artículo 103, impone a «los Tribunales la responsabilidad de vigilar para que la jurisdicción sea ejercida en todos los casos en que debe intervenir, según las leyes»; cfs. también, sin embargo, la subsiguiente resolución plenaria de 22 de febrero de 1924, loc. cit. página 323, según la cual los artículos 103 y 105 nada dicen acerca de la amplitud de la jurisdicción que han de ejercer los Tribunales. Respecto a un caso inverso de autoprotección del cuerpo legislativo contra la Justicia, cfs. anteriormente, página 39, nota 26.

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

del de los casos que el Tribunal Supremo tuvo presentes en su sentencia de 4 de noviembre de 1925, y en los cuales solamente se trataba de una colisión de subsunciones de hecho. Los considerandos de la sentencia del 4 de noviembre de 1925 se atienen estrictamente a la subsunción de hecho, y en modo alguno se pronuncian acerca de aquel otro derecho de control de los Tribunales que procura una autoprotección a la independencia del poder judicial.

Por último, de los considerandos de esta sentencia de 4 de noviembre de 1925 se infiere que el Tribunal Supremo no quiere comprobar la posible concordancia existente entre las simples leyes del Reich y los principios generales de la Constitución (a diferencia de la concordancia que existe entre aquéllas y los preceptos legales concretos, subsumibles, contenidos en la Constitución). Tampoco reclama la comprobación general de una ley (o sea que prescindida de los hechos que puedan subsumirse bajo los preceptos de la Constitución) en cuanto a su concordancia con el espíritu de la Constitución o a su observancia de los principios generales que constituyen el sector jurídico-político de la Constitución, a saber: los derechos fundamentales y la distinción de poderes. Los considerandos se apoyan, más bien, cautamente, por no decir de modo formalista, en la normatividad de los preceptos legales concretos formulados en la Constitución, que por su modalidad y lógica estructura permiten una confrontación con la normatividad de la ley simple. Ante todo, y de acuerdo con esta sentencia, no existe, en modo alguno, control judicial de una ley en cuanto a su concordancia con los principios generales de Derecho, como la buena fe, el derecho justo, la razón (*reasonableness, expediency*) y otras ideas de las cuales se sirve el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Incluso en la sentencia RGZ., vol. 118 págs. 326-27 (J. W. 1928, págs. 102 y ss.) se dice expresamente que el concepto de las buenas costumbres (art. 826 del Código Civil) solo es adecuado para las relaciones de Derecho privado, pero no encuentra aplicación alguna a la relación de Derecho público que existe entre el legislador y el ciudadano; a su vez; el Presidente del Tribunal Supremo, doctor Simmons, confirmado, al parecer, esta opinión de modo abso-

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

luto, ha manifestado que los Senados o Salas se vienen negando a censura desde el punto de vista de la equidad jurídica una norma que ha llegado a promulgarse con arreglo a la Constitución, por entender que ello sería situarse por encima del «soberano legislador»⁴⁶. Esta afirmación reviste especial interés, porque la Asociación de Jueces se había apoyado en una sentencia de la Sala 5, dictada en 28 de noviembre de 1923 (acerca del fundamento de la valorización, para cada caso, y conforme a la equidad y a la buena fe, RGZ. 107, pág. 78) para solicitar que el principio de la buena fe que pudiera ser aplicado incluso frente a la regulación legal de la valorización.

El derecho de control judicial asumido por el Tribunal Supremo tiene, por consiguiente, los caracteres de todo derecho de control judicial ejercido por los Tribunales sentenciadores: es sólo «accesorio», y únicamente constituye, como manifiesta H. Triepel, una «competencia ocasional»⁴⁷, sólo se ejercita de modo eventual, *incidenter*, es una sentencia judicial, conforme a las posibilidades de cada juez, es decir, en forma «difusa»⁴⁸. Su efecto es la mera «acción de precedencia» del fallo de un Tribunal Supremo que en Alemania, por añadidura, coexiste con otros Tribunales Supremos del Reich y de los Territorios. La diferencia que lo separa del derecho de control ejercido por el poder judicial norteamericano estriba esencialmente en la circunstancia de que este último defiende los principios generales y, por tanto, erige al Tribunal en protector y defensor del orden social y económico existente. En cambio, el Tribunal Supremo del Reich, dadas las limitaciones, ya mencionadas, que restringen su derecho de control, no ocupa ni de lejos una posición semejante a la del norteamericano. Respecto al control judicial alemán puede decirse que el centro de gravedad del fallo político se halla situado en la legislación. La justicia entera se halla

⁴⁶«Deutsche Juristen-Zeitung» 1924, página 243.

⁴⁷Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Publicaciones de la Asociación de profesores alemanes de derecho político, fase 5, página 26.

⁴⁸Propongo el término «difuso» para designar el concepto opuesto al de derecho de control «concentrado» en una sola instancia.

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

sujeta a normas, y a su acción cesa cuando las normas mismas resultan dudosas o discutibles en cuanto a su contenido. En un Estado como el actual Reich alemán, el derecho de control se apoya, por consiguiente, en normas que permiten una subsunción concreta. Una segunda cuestión se plantea cuando se trata de determinar hasta qué punto es posible otorgar al juez una cierta libertad de movimiento y señalar un campo de acción para su arbitrio en el sector del Derecho privado, en virtud de conceptos imprecisos y generales, con referencia a las normas de la buena fe o a las costumbres mercantiles. Relaciones relativamente estables y conceptos sociales fijos pueden procurar una escala de valores y una sujeción suficientes. También en el sector del Derecho público, particularmente en materias administrativas y hasta gubernativas, existe la posibilidad de conceptos imprecisos desde el momento en que la situación que presupone cada norma puede encontrar una regulación suficientemente clara y segura en las opiniones de los juristas y en la jurisprudencia, aunque no exista decisión expresa de la legislación o del Gobierno. En todos los casos, los fundamentos del control y de la decisión judicial han de ser normas que permitan una subsunción precisa y delimitada. La sujeción a una de estas normas es, justamente, condición y premisa de la independencia del poder judicial. Cuando el juez abandona el terreno en que realmente es posible una efectiva subsunción bajo normas generales y, como consecuencia, una sujeción concreta a la ley, deja de ser un juez independiente, sin que pueda aducirse en su descargo ninguna apariencia de judicialidad. «La sujeción a la ley, a la cual, únicamente, está sometido el juez, conforme al artículo 102, no significa solamente el límite; sino la razón genuina de la libertad de la decisión: Para que el dominio de la ley manifestando en la sentencia judicial llegue a ser efectivo, deben desaparecer todas las demás obligaciones que se imponen al juez»⁴⁹. El problema de la teoría del Derecho libre y de la

⁴⁹M. GRÜNHUT, *Die Unabhängigkeit der richterlichen Entscheidung*, «*Monatschrift für Kriminalpsychologie*», 1930, suplemento 3, página 3; CARL SCHMITT, *Verfassungslehre*, páginas 27476.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

judicatura «creadora», es por tanto, en primer término, un problema de Derecho constitucional⁵⁰.

De todo lo antedicho resulta que el derecho de control judicial por parte del juez, en la decisión de los procesos, descansa en algo diametralmente opuesto a toda superioridad, de cualquier clase que sea, del juez con respecto a la Ley o al legislador. Tiene su origen en una especie de situación de necesidad, cuando existen preceptos legales que se contradicen, y el juez, ante este conflicto de preceptos que se le plantea, se ve precisado a adoptar una resolución en el proceso⁵¹. Si para fallar en

⁵⁰El movimiento del Derecho libre ha ignorado muchas veces, a pesar de la referencia de RADBRUCH, ArchSoz W., N. F. 4 (1906) página 355, la relación constitucional existente entre independencia y sujeción. Muy acertada son las palabras de E. KAUFMANN en el Congreso de profesores de derecho político, de 1926 (*Veröffentlichungen*, fasc. 3, pág. 19): El juez debe mantenerse dentro del ámbito de su específica misión judicial, sin trastornar el orden existente entre juez y legislador, ni asumir funciones específicamente legislativa; su misión estriba simplemente en castigar la transgresión de ciertos límites extremos. A pesar de la «libertad» de la actividad «creadora» del juez, a pesar de la amplitud de su arbitrio y de ciertos conceptos imprecisos, sigue manteniéndose «sujeto a la ley» mientras permanece dentro del sistema cívico del Estado de Derecho. Cfs., además por ejemplo, W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht* 1928, pág. 10: «La Justicia debe mantenerse completamente libre de la legislación», o H. TRIEPEL, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, 1923, página 52. «El complemento de las lagunas legales mediante la conciliación de intereses tiene que tomar como punto de partida una valoración de los intereses mismos, valoración que la misma ley realiza de un modo manifiestamente perfecto». Acerca de los límites del arbitrio judicial respecto a la estructura del nuevo derecho se consultará con utilidad JUNCKER, 3.ª ed. Del *Grundriss des Zivilprozessrechtes*, de STEIN, 1928, páginas 23-24; sobre el hecho de que no existe arbitrio «obligatorio», sino «legal» solamente, SCHEUNER, *Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte*, VerwArch. 33 (1928), página 77 (respecto de la Justicia esto es indudablemente cierto; en lo demás subsiste el problema de la diferencia entre disposiciones que «autorizan» para una actuación «libre» y normas de contenido obligatorio, que permiten una subsunción concreta aun cuando sólo sea por medio de referencias a normas como «buena fe», costumbres mercantiles, etc.).

⁵¹Acerca de la «capacidad decisoria del juez» en casos de necesidad, conforme al derecho constitucional, cfs. RADBRUCH Soz.-W. N. F. 4 (1906), página 355. En este trabajo se reconoce la relación existente entre la citada cuestión y el problema constitucional de la división de poderes (con referencia a HATSCHEK, *Englischs Staatsrecht* I. pág. 1065), pero más tarde vuelve a ignorarse de nuevo, bajo la influencia de la crítica del movimiento del Derecho libre y acaso también impresionados por el vacío que en la época anterior a la Guerra se notaba en la teoría constitucional. La separación de poderes se desecha, considerándola como «racionalismo» (cfs. también E. KAUFMANN, *Auswärtige Grewall und Kolonialgewali in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Leipzig 1908, pág. 34). RADBRUCH habla del «alma en pena de MONTESQUIEU» (página 365), pero este espíritu es precisamente el espíritu mismo del Estado civil de derecho por el cual se habla decidido la Constitución de Weimar, y que sólo desaparecerá cuando dicho Estado de Derecho desaparezca. Respecto a las ideas de MONTESQUIEU acerca de la Justicia, cfs. también más adelante, página 219, nota 13.

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

éste elige como fundamento de su decisión una de las disposiciones legales en litigio, la otra disposición queda sin aplicar, naturalmente. Esto es todo. Como ya hemos manifestado, no es exacto decir que el juez que pronuncia el fallo ha «negado validez» a la ley que dejó de aplicarse; con mayor exactitud pudiera decirse que se trata de una «no aplicación de la ley» al proceso concreto objeto del fallo, que para las decisiones de otras instancias produce un efecto de precedencia más o menos calculable. Ante todo la Justicia queda sujeta a la ley, pero por el hecho de situar la sujeción a la ley constitucional por encima de la sujeción a la ley simple, el poder judicial no se convierte en protector de la Constitución. Es un Estado que no es un mero Estado judicial, no es posible que la Justicia ejerza semejantes funciones. Precisa, además, tener en cuenta que la observancia del principio general de legalidad y, por añadidura, de legalidad constitucional, no constituye por sí misma una instancia especial. De lo contrario, cada organismo público y, en fin de cuentas, cada ciudadano podría ser considerado como un eventual protector de la Constitución, circunstancias que en algunas Constituciones se expresa cuando confían la defensa de la Constitución al celo de todos los ciudadanos⁵². Ahora bien, de ahí sola-

⁵²Así se expresan las Constituciones francesas de 1791 (frase final), 1830 y 1848 (acerca del fracasado intento de sacar de esto consecuencias prácticas, cfs. *Verfassungslehre*, pág. 116). Recientemente, la Constitución de la ciudad libre de Danzig de 15-17 de noviembre de 1920-14 de junio de 1922, artículo 87: «Es deber de cada ciudadano proteger la Constitución contra ataques ilegales» o a la Constitución griega de 2 de junio de 1927, artículo 127: *La garde de la constitution es confié au patriotisme des Hellènes* (DARESTE-DELPECH, pág. 656.)

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

mente resulta un derecho general a la desobediencia y, en último término, a la resistencia pasiva y hasta activa, lo que también se ha denominado «derecho revolucionario en caso de necesidad»⁵³. Esta es la razón de que en ciertos tratados sistemáticos, el derecho de resistencia aparezca como una extrema garantía de la Constitución, para cuya protección y defensa debe servir⁵⁴. Sin embargo, la función constitucional de protector de la Constitución radica precisamente en suplir y hacer superfluo este general y eventualismo derecho a la desobediencia y a la resistencia. Sólo entonces puede decirse que existe un protector de la Constitución, conforme al espíritu de las instituciones. Por consiguiente, no podemos decir que sean defensores de la Constitución todas aquellas entidades y personas que eventualmente, mediante la no aplicación de leyes anticonstitucionales o el incumplimiento de mandatos de igual naturaleza, pueden contribuir a que la Constitución se respete y a que no queden vulnerados los derechos protegidos por la Constitución. Esta es la razón sistemática que justifica el hecho de que los Tribunales no sean considerados como protectores de la Constitución, aun en el caso de que ejerzan el derecho de control judicial, accesorio y difuso. Ciertamente que, por razón de la garantía establecida para la independencia del poder judicial, es acaso menos arriesgado para los Tribunales negar obediencia a las leyes y mandatos anticonstitucionales. Pero no es posible declarar protectoras de la Constitución a una serie de entidades administrativas por el menor hecho de que su defensa de la Constitución pueda llevarse

⁵³R. GNEIST, Informe para el 4º Congreso de juristas alemanes: «¿Tiene que decidir el juez sobre la cuestión de si una ley ha llegado a efecto por procedimiento constitucional?» Berlín 1863, página 31.

⁵⁴Por ejemplo R. MOHL, *Die Verantwortlichkeit der Minister*, 1837, página 18, 575; DAHLMANN, *Politik* (3.ª ed. 1847), páginas 197 y s.; BLUNTSCHLI, *Allg. Staatsrecht*, vol. 2, 4.ª ed. 1868, páginas 552 y s.; GÉNY en CHARLES EISENMANN. *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, París 1928, páginas 44 y s.

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

a cabo con menores peligros que en el caso de cualquier otro organismo. Tampoco este criterio del menor riesgo puede servir de fundamento a ningún «protector de la Constitución».

2. LÍMITES REALES DE TODO PODER JUDICIAL (JURISDICCIÓN PENAL EN CASO DE DELITOS POLÍTICOS CONTRA EL ESTADO Y LA CONSTITUCIÓN; ACUSACIÓN DE LOS MINISTROS).

Una nueva cuestión, independiente de las anteriores, es la que sigue: ¿qué puede hacer la Justicia, en general, para proteger la Constitución y hasta qué punto es posible organizar dentro de su esfera instituciones especiales cuyo sentido y fin sean asegurar o garantizar una Constitución? El hecho de que esa naturalísima cuestión no haya sido planteada desde un principio, en los años de la postguerra, sino que de un modo casi exclusivo se haya pensado en una protección judicial de la Constitución (ejercitada por un Tribunal de Justicia Constitucional), situado el protector de la Constitución con manifiesta ligereza en la esfera de la Justicia, se explica por diversas razones. En primer término, por la idea falsa y abstracta que se tiene del Estado de Derecho. Lo más cómodo es concebir la resolución judicial de todas las cuestiones políticas como el ideal dentro de un Estado de Derecho, olvidando que con la expansión de la Justicia a una materia que acaso no es ya justificable sólo perjuicios pueden derivarse para el poder judicial. Como frecuentemente he tenido ocasión de advertir tanto para el Derecho constitucional como para el Derecho de gentes, la consecuencia no sería una judicialización de la Política, sino una politiquización de la Justicia. Es cierto que un habilidoso método formulista logra sobreponerse a tales razones, y resulta incontrovertible, porque trabaja con ficciones que carecen de contenido y contra las cuales, por tal causa, es inútil luchar. De nada sirven dificultades ni objeciones reales cuando llegan a ser despreciadas todas las distenciones concretas y cuando se ignoran las diferencias efectivas que existen entre Constitución y ley constitucional, ley

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

según el concepto del Estado de Derecho y ley en el sentido formal o político, es decir, cuando se olvida la diferencia efectiva que existe entre ley y sentencia judicial, o la distinción fundamental establecida por Triepel, entre sentencia en un litigio jurídico y conciliación de intereses⁵⁵. En cuanto el Derecho puede transformarse en Justicia y la Justicia a su vez se hace formalista, llamándose Justicia a todo cuanto hace un organismo judicial, bien rápidamente queda resuelto el problema del Estado de derecho; pero con semejante criterio, lo más sencillo sería hacer que el Tribunal supremo estableciera a su leal saber y entender las normas de la Política, orientada a perfeccionar, en sentido formal, el Estado de Derecho.

Una parte de la facilidad con que se propugna la creación de un Tribunal de Justicia Constitucional dotado de una competencia muy amplia, radica, acaso, en semejante confusiones de conceptos. Pero de este modo no se crea una institución concreta, y por eso convendría evitar todo género de ingenuas alusiones al «Estado de Derecho». Con la frase «Estado de Derecho» no se logra para nuestro problema una solución definitiva. Precisamente cabe demandar instituciones diversas y hasta contradictorias invocando el Estado de Derecho. Ciertos autores muy estimables juzgan que el derecho accesorio de control judicial es el único método adecuado a un Estado de Derecho, pero al mismo tiempo combaten la existencia de un Tribunal específico de Justicia Constitucional porque necesariamente traería consigo una limitación del derecho general de control y concentraría en un solo lugar la difusa actividad de control ejercitada por el estamento judicial entero, organismo que, además, resultaría políticamente fácil de captar y de influir. Hugo Preuss dice que ello equivaldría a «encomendar las ovejas al lobo»⁵⁶, y

⁵⁵*Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, Homenaje de Berlín a W. KAHL, Tübingen 1923, páginas 19 y 22.

⁵⁶En la Comisión constitucional de la Asamblea Nacional de Weimar, Protocolos páginas 483-84: «Ahora bien, pretendéis (frente al derecho general de control judicial) encontrar una salida, sustrayendo al Tribunal el derecho de control, pero creado, en cambio, un Tribunal excepcional (!), que pueda funcionar a petición de 100 miembros de Reichstag. He aquí una regulación en la que —y perdóneme la expresión de los miembros del Reichstag— hasta cierto punto se confían las ovejas al lobo. No se crea así un complemento para la protección jurídica cuando cada ciudadano se le arrebatara parte de ella, desde el momento en que se sustrae al juez ordinario una de sus más importantes misiones.» Muy interesante es también otra de las manifiestas del mismo autor: «Algo muy distinto es que, sin carácter exclusivo... pretendáis conceder a un determinado número de miembros del Reichstag la posibilidad de resolver semejante cuestión (la de la constitucionalidad material de una ley). Esto podría justificarse teniendo en cuenta que en la práctica sólo raras veces se llegaría a practicar semejante prueba de la constitucionalidad.» Este error de PREUSS se explica porque ni percibió ni supo prever la extraordinaria extensión de los llamados derechos fundamentales. Contra la llamada solución austriaca (cfs. anteriormente, pág. 33) y la tutela ejercida por el Tribunal Supremo, que trasciende en los proyectos presentados (fcs. Anterior, pág. 32, nota 13); véase en particular: F. Morstein Marx, op. cit., páginas 116 y s., 139 y s.

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

H. Stoll dice: «El pleno derecho de control judicial es el verdadero coronamiento del Estado de Derecho». «Del mismo modo que los Tribunales administrativos independientes procuran control y protección contra las transgresiones del Estado que administra, del mismo modo deben existir órganos independientes que vigilen al Estado como legislador»⁵⁷. En el siglo XIX, y haciéndose frecuente uso de giros análogos referidos al Estado de Derecho, se demandaba la responsabilidad ministerial exigida por vía judicial, creyéndose que ésta era la clave y la cúspide de la Constitución. «La responsabilidad jurídica de los ministros, decía Gneist⁵⁸, representa el complemento definitivo del Estado del Derecho». «La responsabilidad jurídica de los Ministros no

⁵⁷ *Jahrbücher* de IHERING 76, páginas 200, 201, «*Jur. Wochenschrift*», 1926, página 1429 (nota a a la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1925; en este caso STOLL se decide, ciertamente, por el «modelo austriaco»), además en la obra de conjunto de NUPPERDEY, *Grundrechte un Grundpflichten der Deutsche*, vol. III, Berlín 1930, página 187. Igualmente MORSTEIN MARX, op. cit. páginas 152-52: «Nada menos que la legalidad de la legislación, la judicialidad de la legislación queda realizada por vía jurídica ordinaria mediante la ilimitada atribución de control judicial. Solamente así se perfecciona el Estado de Derecho.» F. ADLER, *Ferfassung und Reichteramt*, Z. f. ö. Recht, vol. X (1930) página 120, considera el derecho general y homogéneo de control como cosa natural, y la concentración en una instancia específica como una «solución artificiosa».

⁵⁸ *Der Rechtsstaat*. Berlín 1872, página 175.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

es sólo la clave de la responsabilidad de los funcionarios, sino del Estado de derecho en general; es la máxima garantía del Derecho público: sin ella, la Constitución y los derechos constitucionales están expuestos a toda clase de violencia y abusos; sin ella, todo el Derecho público de una nación no es sino una *lex imperfecta*»⁵⁹. A continuación mostraremos, sin embargo, que precisamente, según todas las experiencias, la responsabilidad judicial de los Ministros resulta casi desprovista de interés y de importancia frente a sus responsabilidad política, y que la coronación y perfeccionamiento del Estado de Derecho por semejantes formalismos judiciales resulta problemática en la misma medida que se perfecciona el formalismo judicial. En todo caso, de estas experiencias históricas y de la diversidad de acepciones de la frase «Estado de Derecho» resulta que acaso convenga eludir la invocación abstracta de «este» Estado de Derecho, y que en lugar suyo deben utilizarse distinciones y conceptos tomados de una teoría concreta de la Constitución.

Prescindiendo de la confusión y de la confusión y de la comodidad que encierra la frase Estado de Derecho; prescindiendo, además, de la necesidad generalmente sentida de una centralización y concentración del derecho de control difuso, que en el Alemania detentan numerosos Tribunales Supremos, acaso existe todavía una explicación nueva y más interesante del hecho de que, en la actualidad, quiera erigirse un Tribunal Judicial decisivo como protector de la Constitución. Cuando se demanda una protección de este género, se aspira, naturalmente, a lograr una defensa precisa, y se toma como punto de partida la idea de un peligro concreto que viene de una determina dirección. El protector no debe ser abstracto, sino que ha de proteger contra peligros determinados y concretamente temidos. Mientras que en pasadas épocas, durante el siglo XIX, el peligro amenazaba desde el

⁵⁹SCHULZE, *Preussisches*, 2.^a ed., Berlín 1888-1890, vol. 2, página 905; de acuerdo con él, PISTORIUS, *Der Staatsgerichtshof und die Ministerverantwortlichkeit nach heutigen Deutschem Staatsrecht*. Tübingen 1891, página 209. R. MOHL dice en la Introducción a la *Verantwortlichkeit der Minister* (1837), «una ley acerca de la responsabilidad ministerial es considerada por la mayoría como la clave del edificio constitucional del Estado.»

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

Gobierno, y venía, por consiguiente, de la esfera del poder «ejecutivo», las preocupaciones actuales se asestan actualmente al legislador. La regulación constitucional se dedica, en la época presente, en gran parte, a la misión de proteger ciertas actividades e intereses que, por lo demás, competen a la simple legislación, contra el legislador mismo, es decir, contra las variables mayorías parlamentarias. El «anclaje» constitucional tiende a asegurar intereses determinados, en particular los intereses de minorías contra las mayorías de cada momento. En ello radica una notable alteración de funciones, y una tendencia orientada contra el democrático principio de mayorías. Según la concepción de J. St. Mill —que ha suministrado numerosas construcciones políticas, típicamente liberales, al siglo XIX, y que en la actualidad influye todavía los idearios políticos muchos más intensamente de lo que cabría suponer dada la absoluta falta de conciencia histórica que caracteriza a los defensores de dichos idearios⁶⁰— la «verdadera» democracia puede definirse también ciertamente, como la protección de la minoría; su peculiar y verdadera esencia ha de ser un compromiso constante entre mayoría y minoría⁶¹, con ayuda del epíteto «verdadero» o «falso»

⁶⁰J. ST. MILL, *Considerations on Representative Government* (1.^a ed. 1861), cap. 7: *Of True and false Democracy*: La falsa democracia es solo representación de la mayoría, la verdadera es representación de todos, incluso de las minorías. La «verdadera» democracia es, naturalmente, la «verdadera». En la realidad, es un liberalismo que se protege contra la democracia, como ha expuesto con exactitud L. V. ITTLIK, *Dictatur und Demokratie*, «Arch. F. Geschichte der Philosophie un Soziologie», xxxix (1930), página 223. Semejantes definiciones, que operan con la distinción entre verdadero y falso, auténtico y apócrifo, no son, en modo alguno, privativas de los románticos alemanes y de OTHMAR SPANN. Son más bien reflejos de distinciones genuinamente políticas, y su «verdadero» o «falso», «auténtico» o «apócrifo» es el reflejo de una distinción concreta entre correligionarios y enemigos. Acerca de la concordancia esencial del proceso ideológico de los social-demócratas austriacos y de la construcción liberal del Estado de J. ST. MILL, cfs. las notas 26 y 27 de mi conferencia sobre Hugo Preuss (fascículo 72 de la Colección *Rech und Staat*. Tübingen, 1930, pág. 34), y además, más adelante, página 226.

⁶¹KELSEN, Informe al Congreso de profesores de Derecho político 1928, Publicaciones de la Asociación de Profesores alemanes de Derecho político, fasc. 5, página 81. Acaso existe, junto al concepto «formal» de los monárquicos, ciertamente establecido por A. HENSEL, *AoR.*, N. F. Vol. XV, página 415 («sería monárquico, entonces, quien fuera de opinión diferente que la Escuela vienesa»), otro concepto formal de los demócratas, análogamente construido. La puntualización de HENSEL no es un simple rasgo de agudeza: con sus acertadísimas sátiras acierta también a encontrar el punto esencial: que en Derecho público, el formalismo, precisamente, puede tener un sentido específicamente político: cfs. también más adelante, páginas 131 y 205.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

puede transformarse, en efecto, todo concepto político, e incluso la concepción tradicional de que en la democracia decide la mayoría, y que la minoría, vencida, se ha equivocado acerca de sus verdaderos deseos, puede convertirse en la opinión contraria. De cualquier manera que sea, a dicho cambio funcional de la regulación constitucional sigue siempre, naturalmente, un cambio ideológico respecto al protector de la Constitución. Mientras que en el siglo XIX se pensaba, ante todo, en una protección contra el Gobierno, en la actualidad se tiene presente con frecuencia, de un modo exclusivo, la defensa contra la legislación impuesta por la mayoría parlamentaria. Ahora bien, si el peligro para la Constitución amenaza ahora desde la esfera legislativa, es evidente que el legislador no puede prestar ya la protección deseada. No se buscó el protector en la esfera del poder ejecutivo porque siempre se estaba bajo la impresión de la lucha secular que la Constitución tenía que reñir contra el Gobierno. Ahora bien, si el protector no pertenece a la esfera del poder legislativo ni a la del ejecutivo, no queda ya aparentemente otro recurso que el judicial. Semejante método de ideación revela de nuevo cuán viva es todavía en Alemania la teoría de la separación de poderes con su tradicional división tripartita. Enlazada en dicho país con la tradición cada vez más tenaz y robusta del Estado judicial de la Edad Media, conduce a las aspiraciones «naturalísimas» de un Tribunal soberano.

Más, en primer término, se plantean las siguientes cuestiones: ¿hasta qué punto es posible instituir dentro de la esfera de la Justicia el protector de la Constitución? En principio, términos generales, ¿cabe imaginar con carácter judicial la función de un protector de la Constitución? Semejante actividad, aunque su ejercicio quede aureolado con la apariencia de judicialidad

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

¿sigue siendo Justicia en la práctica o es, más bien, el disfraz engañoso de otras atribuciones de diversa índole, pero, en todo caso, de marcado carácter político?

Para responder a estas preguntas interesa examinar primordialmente aquellos casos en los que una transgresión de los preceptos concretos formulados en la Constitución da lugar a un proceso penal, civil o contencioso-administrativo. En los dos últimos casos, la protección jurídica sirve los intereses de una las partes y satisface sus demandas. Semejante protección de la Constitución sólo se logra en los procesos criminales contra determinados delitos: alta Traición y otras acciones punibles, en las que la Constitución aparece, en su conjunto (a diferencia de sus disposiciones aisladas), como objeto de la protección penal. El carácter político de tales procesos se revela por las divergencias que lo distinguen de otras competencias penales: en los procesos de alta traición, por ejemplo, es competente en primera y en última instancia el Tribunal Supremo (RVB. § 134); la ley —más tarde derogada— para la protección de la República, de 21 de julio de 1922 (RGB I, pág. 525) estatuyó un Tribunal de Justicia Constitucional como resorte especial para la jurisdicción penal de carácter político. En otros Estados, a semejanza de la Cámara Alta inglesa, existe una segunda Cámara que actúa como Tribunal de Justicia Constitucional; conforme al art. 19 de la Constitución francesa de 24 de febrero de 1875, por ejemplo, la segunda Cámara, el Senado, puede constituirse en Tribunal de Justicia (*Cour de Justice*) para proceder contra el Presidente de la República o contra los Ministros y para entender, además, en los ataques contra la seguridad del Estado (*attentats commis contre la sûreté de l'Etat*). Incluso el más consecuente Estado de Derecho se apartará en tales casos, por consideraciones políticas, de la competencia general de los Tribunales ordinarios⁶². Prescindiendo de todas las variantes, trátase todavía en este caso del castigo de una culpa que fina en el paso, para realizar

⁶²Cfs. a este respecto *Verfassungslehre*, página 134; además H. TRIEPEL, Informe al Congreso de Profesores de Derecho político, 1928, op. cit., páginas 9 y s.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

una justicia penal represiva y vindicativa. Semejante justicia penal constituye una misión importante, y en sentido general y amplio puede señalarse como protectora de la Constitución. No obstante, con ello no queda resuelto el problema del protector de la Constitución, pues a consecuencia de su tipo judicial, esta protección de la Constitución queda limitada a hechos ultimados y pretéritos, pero los casos genuinamente interesantes de la protección constitucional quedan fuera del ámbito judicial. Tan pronto como se realiza de un modo consecuente la judicialización y se desarrolla un procedimiento regular con alternativa de las partes, esta protección no representa, en esencia, más que un correctivo impuesto a posteriori, puesto que sólo pueden subsumirse, bajo preceptos legales anteriores, hechos que aparezcan perfectamente terminados.

En este aspecto es muy instructiva la experiencia de los Tribunales en materia de acusación contra los ministros. Benjamín Constant, un paladín liberal de esta institución, se daba perfecta cuenta de la rareza y enormidad de una acusación ministerial. En su famoso escrito sobre la responsabilidad de los ministros (1815) manifiesta que la ley que regula dicha responsabilidad no puede ser «precisa ni detallada, mientras que, según los principios del Estado de Derecho, en el Derecho penal y se requiere, por otra parte, una clara subsunción en el procedimiento penal. *«C'est "une loi politique" dont la nature et l'application ont inévitablement quelque chose de discrétionnaire»*. Por esta razón debería también ser competente, a su juicio, un Tribunal de naturaleza especialísima, a saber, una Cámara de Pares caracterizada por su independencia y neutralidad. La esencial característica, y, al mismo tiempo, el correctivo general, consiste en este caso en la publicidad de la discusión, «la publicité de la discussion», idea central del pensamiento liberal. El Ministro no puede lamentarse de que en este caso no se observen las garantías destinadas a la protección del acusado, que son normalmente en el procedimiento penal, puesto que el acusado ha convenido un contrato especial con el Estado a cuyo servicio se puso. Si de una parte su orgullo se siente satisfecho con el elevado y espléndido rango de Ministro, por otra debe arrostrar también el riesgo de

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

un proceso político de esta naturaleza, y comparecer ante un Tribunal que en muy amplia escala juzga según su libre arbitrio (*arbitraire*). «*Mais cet arbitraire est dans le sens de la chose même*». Además, esta arbitrariedad se atenúa por la solemnidad de la forma, la publicidad de la discusión, el eco que encuentra en la opinión pública, la selección de los jueces y la peculiaridad de la pena⁶³. Hacemos aquí referencia a los juicios de un representante clásico del constitucionalismo civil, porque muestra un razonable sentido de la peculiaridad del procedimiento, porque señala las dificultades de una Justicia política, y porque tales juicios distan mucho de ser toscas abstracciones. Pero aun teniendo muy en cuenta las particularidades de la Justicia política, resulta inevitable el efecto paralizador de la judicialidad produce en el orden político. Las experiencias del siglo XIX así lo han revelado; incluso puede decirse que esa ha sido la experiencia histórico-constitucional más genuina, y el núcleo de todos los litigios de política interna entre la monarquía y los ciudadanos alemanes en el siglo XIX. En efecto, en las monarquías constitucionales alemanas la responsabilidad judicial de los Ministros tenía precisamente la intención política de evitar una responsabilidad política del Ministro, y de hacer políticamente inocua, en lo posible, toda «responsabilidad»⁶⁴. La judicialidad era el medio más seguro para conseguir la ineficacia política. Consolábanse entonces diciendo que el Tribunal de Justicia Constitucional ha cumplido ya su fin «cuando su existencia conduce al resultado de que su intervención es innecesaria»⁶⁵. Actualmente, la institución de la responsabilidad judicial de los

⁶³*De la responsabilité des Ministres*. París 1815, páginas 36, 44, 52, etc. Cfs. más adelante, página 164, acerca de la gran importancia de CONSTANT para la teoría constitucional del Estado cívico de Derecho.

⁶⁴*Verfassungslehre*, página 331.

⁶⁵Pistorius *op.cit.*, página 209; cfs. también la fase de OTTO MAYER citada anteriormente en la página 40. Por lo demás, sabido es que ni siquiera la responsabilidad judicial se ha exigido en Prusia y en el Reich. Donde se había estructurado de un modo viable, como en la mayor parte de los Estados de Alemania central, se redujo sin dificultad a la ineficacia, desde que se estatuyó la subordinación de dichos Estados a la Confederación germánica. «La Constitución que establecía la responsabilidad más eficaz de los Ministros, la del Electorado de Hesse, se derrumbó en el año 1850 bajo las acometidas de la Dieta Federal»; F. THUDICHUM, *Die Minister-Anklage nach geltendem deutschem Recht und ihre Unrätlichkeit in Reichssache*, «*Annalen des Deutschen Reiches*» 1885, página 668.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Ministros ha perdido su importancia práctica, y el art. 59 de la Constitución de Weimar residuo de las luchas entre el Parlamento y la monarquía, resuelve el hecho concreto y el objeto de la responsabilidad en algo limitado, cuando establece que la acusación puede fundarse no sólo en la transgresión culpable de que ha sido la Constitución del Reich, sino incluso en la vulneración de una ley cualquiera⁶⁶.

Para interpretar mejor esta experiencia histórico-constitucional, vamos a limitarnos al caso más importante y comentado de un litigio constitucional durante el siglo XIX, el conflicto prusiano de 1862-1866, apoyando nuestro examen en el tratado escrito por uno de los más famosos constitucionalistas alemanes, el profesor Anschütz. Dicho profesor ha reclamado con especial empeño, y como demanda consubstancial al Estado de Derecho, la institución de un Tribunal de Justicia Constitucional competente para todas estas cuestiones⁶⁷. Si tenemos en cuenta sus manifestaciones y su criterio respecto aquella interesante pugna constitucional de 1862, resulta lo siguiente: Según Anschütz es «naturalismo» que un Tribunal de Justicia Constitucional falle solamente en cuestiones jurídicas (en oposición a cuestiones políticas). «Yo no creo, dice que acerca de este particular precisa advertir ninguna otra cosa»⁶⁸. Pero respecto a la cues-

⁶⁶Sobre la crítica del artículo 59, cfs. Ante todo BINDING, *Di staatsrechtliche Verantwortlichkeit (Zum Leben un Werden der Staaten*, Munich y Leipzig, 1920, pág. 408): «Fácilmente se comprende se comprende que en esta acusación a los Ministros no se ha conservado ni un átomo de su pasada naturaleza, que derivaba de la cooriginalidad del pacto entre el Rey y la Nación.» La fuerza del razonamiento sustancialmente jurídico que siempre es tan admirable en BINDING, se conserva también en estas disquisiciones constitucionales, en las que igualmente acierta a señalar lo esencial: La Constitución era anteriormente un contrato, pero hoy ya no lo es.

⁶⁷Cfs. Anteriormente, página 32, nota 13.

⁶⁸Deliberaciones del Congreso de Juristas alemanes 1926. Berlín 1927, página 13.

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

tión —de que se trataba en el conflicto constitucional prusiano— de si el gobierno puede continuar su gestión sin Ley de Presupuestos, dice nuestro autor, textualmente, en el tratado escrito en colaboración con Meyer: «Aquí termina el ámbito del Derecho político; la cuestión relativa a cómo ha de procederse cuando no existe una Ley de Presupuestos, no es una cuestión jurídica»⁶⁹. Así pues, según Anschütz, ¿qué hubiera podido hacer un Tribunal prusiano o alemán de Justicia Constitucional si hubiera tenido que decidir el conflicto constitucional prusiano que nos ocupa? De una parte, el Tribunal de Justicia Constitucional reduce su competencia a las «cuestiones jurídicas», de otra, la cuestión rebasa el ámbito del Derecho político. Tomando como base las manifiestas de Anschütz frente a un caso tan concreto e importante como el conflicto constitucional prusiano de 1862, no existe posibilidad de fallo judicial. Y, sin embargo, el valor de un Tribunal semejante estriba precisamente en que todos los litigios constitucionales sean tramitados jurídicamente y fallados por sentencia judicial. La posibilidad de de un *non liquet*, que ya R. Mohl señalaba para la acusación contra los Ministros, y el «caso demasiado posible» de que el juez «tenga que declarar dudoso el sentido de la ley»⁷⁰, no son tenidos en cuenta, en modo alguno. Así pues, con una concepción semejante a la de Anschütz se incurriría en dificultades y contradicciones a cada serio conflicto constitucional que se planteara. Ello estriba precisamente en la naturaleza de la cosa, que dificulta de un modo extraordinaria todo enlace de Justicia auténtico y genuino conflicto constitucional, dificultad que no se obvia declarando facultado al Tribunal de Justicia Constitucional para establecer por sí mismo el sentido dudoso de un precepto legal formulado por la Constitución.

La análoga estructura simplista que en la actualidad revelan todas las diferencias políticas de opinión acerca de las premisas y contenidos de las atribuciones político-constitucionales, puede

⁶⁹MEYER- ANSCHÜTZ, *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts*. Munich y Leipzig, 1919, 7.ª ed. Página 906.

⁷⁰R. MOHL, *Die Verantwortlichkeit der minister*, 1837, página 185.

ser ilustrada mediante otro ejemplo distinto, aunque de la misma especie en el aspecto que aquí nos interesa. En virtud de un decreto de 18 de julio de 1930 (RGBl. pág. 299) el Presidente del Reich disolvió el Reichstag con el siguiente alegato: «Habiendo acordado el Reichstag, en su sesión de hoy, exigir que sean derogados los Decretos de 16 de julio promulgado por mi haciendo uso de las atribuciones que me confiere el art. 48 de la Constitución del Reich, disuelvo el Reichstag en virtud del artículo 25 de la mencionada Constitución». El Gobierno del Reich ha confirmado en gran parte, en el derecho de 26 de julio de 1930 (RGBl. pág. 311), promulgado a tenor de las atribuciones del art. 48 RV., aquellos decretos cuya derogación había sido requerida por el Reichstag disuelto. Entre las numerosas dudas y divergencias de opinión que en el orden jurídico-constitucional suscita este caso (dudas que sólo unos cuantos obstinados partidarios de un ciego normativo solicitaban que fueran falladas en su conjunto por el Tribunal de Justicia Constitucional de Leipzig, en diciembre de 1930), hay una cuestión que reviste particular importancia: si la aplicación del art. 48, llevada a cabo en el decreto de 20 de julio de 1930 significa una suplantación anticonstitucional de las atribuciones legislativas propias de la mayoría del Reichstag y si, además, puede decirse con razón que el Reichstag ya no reunía mayoría y, por consiguiente, era incapaz de seguir actuando. En concreto, todo depende a su vez de si el Gobierno ha hecho lo posible para lograr una mayoría, problema violentamente discutido en los diarios y en las propagandas electorales. Naturalmente no hemos de ocuparnos aquí de los argumentos capciosos y de las campañas de agitación de los partidos. Pero, a manera de indicio muy característico, citaremos los siguientes criterios contrapuestos, que tomamos del mismo fascículo correspondiente a una revista social-demócrata muy autorizada. En el fascículo 8, año I de las *«Neuen Blätter für den Sozialismus»* (agosto de 1930) dice August Rathmann, en la pág. 340, en un trabajo titulado «Ofensiva burguesa contra el Parlamento y la Constitución»; «El proceder del Gobierno Brüning sería disculpable si subjetivamente tuviera la convicción de que en modo alguno podía

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

lograrse una mayoría capaz de gobernar. Pero ninguna tentativa ha hecho para lograr esa mayoría orientándose hacia la izquierda, que es donde únicamente hubiera podido obtenerla: antes bien, ha despreciado y esterilizado todo los intentos que, rayanos ya en el sacrificio, han hecho otros partidos, particularmente los social-demócratas. El asunto es manifiestamente claro: el Gobierno Brüning quería una mayoría apoyada por la derecha, o nada. Como la primera solución era irrealizable, prefirió ser gobierno de minoría y mantenerse en el poder mediante un abuso táctico del art. 48. Con ello desaparece la posibilidad de atribuir buena fe al Gobierno Brüning, en el sentido de que estime realmente existentes las premisas necesarias para la aplicación del art. 48. Se trata, pues, de una infracción de la Constitución, lisa y llanamente, y nada más.» Pero en el mismo fascículo encontramos, en la pág. 364, el siguiente comentario de Eduard Heimann «Considero falso que, como se dice en las declaraciones oficiosas de la social-democracia, hubiera sido posible una mayoría de izquierda... Sin el partido populista no hubiera existido mayoría de ningún género. En esta cuestión, Brüning no tenía posibilidad de elegir; había de buscar una mayoría de derechas, y en caso de que esta solución fracasara no le quedaba más recurso que decidirse por la disolución del Reichstag o por el art. 48». Si acerca de un asunto que tan inmediatamente se haya planteado ante nosotros existen tales divergencias de opinión entre compañeros de un mismo partido y de una misma revista, cabe inferir naturalmente —y sólo éste es el propósito de las antedichas referencias— que cuando se adoptan criterios jurídico-constitucionales interesa más, y exclusivamente, el *quis judicabit*, es decir la decisión concreta y personal que la seudonormatividad de una competencia judicial. De acuerdo con la Constitución vigente del Reich, la decisión ha de tomarse, según los casos, por el Gobierno del Reich, por el Presidente del Reich con el refrendo del Canciller del Reich, o por el Reichstag. Si este último resulta efectivamente incapaz de reunir una mayoría y de seguir actuando, es decir, si no se halla en condiciones de hacer uso de sus atribuciones constitucionales (por ejemplo, para acordar expresamente

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

—según el art. 54— que le sea retirado la confianza al Canciller del Reich, o según el art. 48, ap. 3, para acordar una moción pidiendo que sean derogadas las disposiciones que se decretaron según el art. 48, ap. 2), un Tribunal no puede suplir estos defectos. Por otra parte, si, en lugar de este organismo, competente según la Constitución, se instituyera un Tribunal de Justicia Constitucional, con obligación de fallar sobre todas las dudas y diferencias de opinión que se produjeran, y la intervención de este Tribunal pudiera ser requerida por una mayoría de Reichstag acaso incapaz de adoptar otras decisiones, e incluso por una minoría, este Tribunal de Justicia Constitucional vendría a ser una instancia política junto al Reichstag, al Presidente del Reich y al Gobierno del Reich, y no se hubiera logrado otra cosa que avalar o prohibir, bajo apariencia de judicialidad, determinados actos de gobierno, en virtud de ciertos considerando jurídicos. Ninguna ficción, por extrema que fuese, podría impedir que cualquier persona considerara semejante Tribunal como una instancia política, y lo valorara con tal. Las dificultades y contradicciones a que conduce todo contacto de la Justicia efectiva con los más serios conflictos constitucionales, se manifiestan de un modo palpable.

El carácter problemático de este nexo ha sido examinado por R. Smend (en su libro *Verfassung und Verfassungsrecht*) y H. Triepel (en su informe para el Congreso de Profesores alemanes de Derechos político, 1928⁷¹). Ahora bien, sobre la base de las experiencias realizadas hasta ahora, plantéase a todo Tribunal una simple alternativa, que en el caso del Tribunal de Justicia Constitucional resulta evidente para la acusación a los Ministros, y que se repite siempre cualquiera que sea la estructura de la «jurisdicción política» o «Justicia constitucional» que controle los actos del legislador y del Gobierno: o bien existe una infracción constitucional manifiesta e indudable, y entonces el Tribu-

⁷¹SMEND, op. cit., página 135; TRIEPEL en las Publicaciones de la Asociación de profesores alemanes de Derecho político, fasc. 5, 1929, página 8: «La esencia de la Constitución se halla *hasta un cierto* grado en contradicción con la esencia de la jurisdicción constitucional (la frase «hasta un cierto grado» está subrayada en el original)»

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

nal ejerce una especie de justicia represiva y vindicativa, señalando en cierto modo un «culpable» de los hechos acaecidos; o el caso resultado dudoso e incierto, sea por razones de hechos, sea por la necesaria imperfección y vaguedad de toda Constitución escrita, en general, o por los peculiares caracteres del Libro Segundo de la Constitución de Weimar, en particular, y entonces no existe una «pura cuestión jurídica»: en este caso, la decisión del Tribunal es algo muy distinto de un fallo judicial, algo diferente de Justicia. La lógica interna de toda judicialidad llevada hasta sus últimas consecuencias conduce inevitablemente al resultado de que el fallo judicial genuino sólo se produce *post eventum*. Si se intenta corregir este inconveniente facultado a los Tribunales para dictar resoluciones provisionales, el juez queda en una situación tal que o bien ha de adoptar unas medidas políticas, o ha de impedir otras, y como consecuencia procederá activamente en el orden político quedando convertido en factor dominante de la política interior, y, en ciertos caso, incluso de la exterior; su independencia judicial no puede eximirle ya de la responsabilidad política, si es que ésta debe continuar existiendo⁷². La independencia judicial pierde su fundamento consti-

⁷²Acerca de la admisibilidad de las resoluciones provisionales del Tribunal de Justicia Constitucional del Reich alemán, según el artículo 19, cfs. FR. GIESE, DJZ, 1929, página 132; GIESE considera «absolutamente inocuo estimar como admisible el mandato o la prohibición de actos de soberanía del Reich por el procedimiento de resoluciones provisionales». En sentido afirmativo se pronuncian también HEINSHEIMER, Jur. Woch. 1926, página 379, LAMMERS id., página 376, W. SIMONS, Introducción a LAMMERS-SIMONS, II, página 11. En sentido contrario opina el Presidente del Tribunal supremo de Hacienda JAN, *Darf der Staatsferichthof einstweilige Verfügungen erlassen?* Jur. Woch., 1930, especialmente en las páginas 1160 y 1162: «Estas resoluciones son privativas del Gobierno, al cual corresponde la responsabilidad», y en la página 1163 (contra la analogía con el art. 944 ZPO, según el cual, en caso de urgencia, el Presidente puede adoptar una resolución provisional, en sustitución del Tribunal): «Ello significaría dar a una sola persona el derecho de definir soberanamente por encima del Presidente del Reich, de los Ministros, del Reichstag y de los Landtage. Pero esto no me parece compatible con las concepciones de una Constitución democrática, como la creada en Weimar.» Respecto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Constitucional del Reich, cfs. Sentencia de 17 de noviembre de 1928 (RGZ. 122 anexo págs. 18 y s.; LAMMERS-SIMONS, I, páginas 156 y s.): El Tribunal de Justicia Constitucional asumió esta atribución, pero precisa tener en cuenta que se trataba en este caso de una reclamación pecuniaria. La admisibilidad de las resoluciones provisionales resulta, al parecer, reconocida en principio en la sentencia de 10 de octubre de 1925 (RGZ. 111, anexo págs. 21 y s. LAMMERS-SIMONS, I, pág. 212) teniendo en cuenta la posibilidad (y como garantía) de su ejecución y con este interesante argumento: «Nada implica que deba quedar excluida la posibilidad de decretar resoluciones provisionales»; examinando el asunto detenidamente esto equivale a decir: ¿y por qué no? En cambio, existe todo una serie de casos en que se han denegado propuestas de resoluciones: Sentencias de 23 de octubre de 1929 (RGZ. 126, anexo págs. 1 y s.; LAMMERS-SIMONS, II, página 72), en la que se establece una limitación de principio: «Solamente con gran cautela y para casos excepcionales»; de especial importancia es la sentencia de 13 de julio de 1929 (LAMMERS-SIMONS, II, página 98): el Tribunal de Justicia Constitucional no puede entorpecer mediante una resolución provisional la promulgación de leyes aprobadas; y ante todo, la declaración contenida en la sentencia de 17-18 de julio de 1930 (RGZ. vol. 129, anexo pág. 31), según la cual «el Tribunal de Justicia Constitucional debe en lo futuro hacer uso, con la máxima precaución y comedimiento, de toda ordenación provisional, como lo ha hecho hasta ahora». Además, en estas sentencias se dice expresamente que al adoptar dichas resoluciones provisionales trata de una conciliación de intereses, y no de crear jurisprudencia.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

tucional en la misma medida que se aleja del contenido indudable de los preceptos constitucionales. Precisamente es inevitable que la Justicia, mientras siga siendo Justicia, llegue siempre demasiado tarde en el espacio político, y tanto más cuanto más sólido y esmerado, cuanto más propio del Estado de Derecho y más judicial sea el procedimiento. En los casos de transgresiones constitucionales evidentes, que no suelen ser cosa de todos los días en un Estado de cultura, sólo se llega en las más favorables circunstancias al castigo del culpable y a la reparación de una injusticia que pertenece ya al imperio del pasado. En los casos dudosos se revela la desproporción existente entre la independencia judicial y su indudable premisa, la estricta sujeción a una ley que establece obligaciones concretas.

Todo ello resulta comprobado no solamente por la experiencia en materia de acusación contra los Ministros, sino por otras experiencias prácticas. Más adelante (en el apartado 4 de este Capítulo) hablaremos todavía de la peculiaridad de un Tribunal

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

de Justicia Constitucional en una organización federal, y del Tribunal de Justicia Constitucional para el Reich alemán, según el art. 19 RV. En la realidad de la vida política queda patentizado por doquier el principio general que siempre preside las relaciones entre defensa de la Constitución y Justicia. Esta es la causa de que, incluso en el Estado de Derecho más consecuente y sincero, las correcciones y modificaciones de la judicialidad sean inevitables tan pronto como se trata de un caso relacionado con la Constitución. Del mismo modo que en Derecho tributario se ha evidenciado la necesidad de establecer que en la interpretación de las leyes fiscales precisa «tener en cuenta su finalidad, su importancia económica y la evolución de las circunstancias» (art. 4 de la Ordenanza de Tributación del Reich), así también, y acaso con más razón todavía, resulta imposible desatender los hechos concretos en materia de Derecho constitucional. ¿Por qué razón existen diferencias entre los Estado respecto a categorías de delito como la alta traición o el atentado a los fundamentos del Estado, sustrayéndolos a los Tribunales penales ordinarios e instruyendo un Tribunal Supremo como primera y última instancia, o un Tribunal de Justicia Constitucional, como resorte específico, para la protección de la seguridad del Estado?⁷³ ¿Con qué derecho se limita o se deniega la capacidad de control a los Tribunales ordinarios por un Tribunal político o constitucional, y con qué derecho se otorga de modo exclusivo a ciertos organismos políticos (Gobierno, Parlamento, etc.; art. 31, apartado 2 RV. solamente a los organismos centrales «competentes» del Reich o de los Territorios) la atribución de llevar el procedimiento ante un Tribunal político o constitucional semejante?⁷⁴ ¿Por qué razón es natural e inevitable la consideración especial de cuestiones de oportunidad, como las que se aducen, por ejemplo, en el sector

⁷³Cfs. Anteriormente, página 63.

⁷⁴Según el proyecto alemán de 1926 (DJZ. 1926, col. 842), el Reichstag, el Consejo del Reich o el Gobierno del Reich pueden requerir el fallo del Tribunal de Justicia Constitucional. Otros ejemplos en *Verfassungslehre*, página 137. Acerca del sentido puramente político de esta limitación del derecho a demandar, cfs. la notable crítica de MORSTEIN MARX, op. cit. páginas 116 y ss.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

del Derecho tributario federal en la competencia entre el Tribunal de Hacienda del Reich y el Consejo de Reich?⁷⁵ ¿Por qué razón en la Ley general de 20 de agosto de 1924 (el llamado Plan Dawes) se preveía, frente a la decisión del Tribunal de ferrocarriles del Reich, que el Gobierno o la organización ferroviaria podían invocar un árbitro cuando una de estas dos organizaciones creyera que la realización del fallo judicial iba a poner en peligro el servicio de intereses y amortización de la Deuda por reparaciones?⁷⁶ Si, frente al fallo de un Tribunal especial como el precitado de ferrocarriles pueden estimarse necesarias tales correcciones por motivo de oportunidad de la política exterior ¿no resultarán por lo menos tan necesarias frente a las decisiones de un Tribunal que ha de fallar sobre todos los litigios constitucionales del Reich alemán? Y, si son necesarias, ¿no resulta

⁷⁵Artículo 6 de la Ley sobre Concierdos financieros entre el Reich, los Territorios y los Municipios, de 27 de abril de 1926 (RGBl I, pág. 203): en caso de divergencias de opinión entre el Ministro de Hacienda del Reich y un Gobierno de Territorio, acerca de la cuestión de si un precepto fiscal dictado por un Territorio es compatible con el derecho del Reich, decide, a instancia del Ministro de Hacienda del Reich o del gobierno del Territorio, el Tribunal Supremo de Hacienda. En este caso es competente la Gran Sala, que se constituirá en la forma prevista por el artículo 46, apartado 2, párrafo I de la Ordenanza general de Tributación del Reich. La ulterior regulación de esta materia queda encomendada a una ley especial. Por el contrario, sobre la cuestión de si los impuestos territoriales o municipales perjudican a la tributación del Reich, y de si a la percepción de impuestos se oponen los intereses predominantes del Reich, dedice, a instancia del Ministro de Hacienda del Reich o del Gobierno de Territorio, el Consejo del Reich. Además, el Ministro de Hacienda del Reich puede solicitar informe al Tribunal Supremo de Hacienda en materia de interpretación de leyes financieras (art. 43 de la Ordenanza general de Tributación del Reich).

⁷⁶Artículo 44, apartado 3 de la Ley general sobre la Sociedad de ferrocarriles alemanes (Ley de Ferrocarriles del Reich) de 30 de agosto de 1924, RGBl, II, página 272: Si el Gobierno del Reich o la Sociedad estiman que con la ejecución del fallo del Tribunal puede ponerse en peligro el servicio de intereses y amortización de la Deuda por reparaciones, cada una de las partes puede solicitar el fallo de un juez arbitral, dentro del plazo de un mes desde la notificación de la sentencia (art. 45). Según la Ley del Reich del 13 de marzo de 1930 (Plan Young) queda derogado este apartado, lo mismo que el artículo 45, RGBl. 1930, II, página 364.

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

caducado ya, una vez más, el principio de judicialidad ilimitada)

En tanto que el difícil problema fue tratado con una concreta conciencia constitucional, se evitó hablar de una «jurisdicción política» o «justicia constitucional». Sieyès, a quien se considera como padre de tales ideas, hablaba solamente de un *jury constitutionnaire*, de una *magistrature constitutionnelle*, que había de servir para proteger la Constitución contra todo género de infracciones. Decía, además que esta Magistratura no era nada en la esfera del poder ejecutivo del Gobierno, ni tampoco en la esfera legislativa; él no la denomina expresamente Justicia, ni que deja vislumbrar más bien que la considera como parte del poder constituyente o al menos cuenta con ella para el ejercicio de este poder⁷⁷. En los proyectos constitucionales suizos de esta época, en que se habla de un Tribunal de jurados encargado de velar por la Constitución, trátase igualmente de una demanda contra infracciones acaecidas respecto de la Constitución⁷⁸. Desde el momento en que las Constituciones napoleónicas se estatuye un *Sénat conservateur* para proteger la Constitución, vuelve a abandonarse la esfera de la Justicia y se establece una nueva instancia, la de un organismo legislativo o asesor. Los representantes del Estado liberal de Derecho, en particular Benjamín Constant y Guizot, se percatan de las limitaciones naturales de la Justicia, y con frecuencia se expresan con precisión lapidaria sobre el particular, Constant en las precitadas manifestaciones acerca de la acusación de los ministros⁷⁹, Guizot con una frase que nunca será bastante repetida en la Alemania actual: que en tales juridificaciones «la política no tiene nada que ganar, y la Justicia puede perderlo todo»⁸⁰. En la Alemania liberal del si-

⁷⁷Referencias en ANDRÉ BLONDEL, op. cit. páginas 174 y s.

⁷⁸Acerca de este particular Ed. His., Geschichte des neueren Schweizerischen Staatsrechts, vol. I. Basilea 1921 páginas 196-202.

⁷⁹Cfs. anteriormente, página 65.

⁸⁰*Des conspirations et de la justice politique*, Bruselas 1846, página 101. En el conflicto entre el doctor SIMONS, Presidente del Tribunal Supremo y el Gobierno del Reich, este presagio se ha evidenciado incluso en el aspecto personal.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

glo XIX, los defensores de Derecho constitucional, inspirados en la teoría del Estado de Derecho, especialmente Mohl, Bluntschli y Gneist, examinan el problema en grandes conjuntos sistemáticos objetivos; para ellos, la garantía más segura de la Constitución reside en el cuerpo legislativo (como representación de la cultura y de la propiedad) o en la colaboración del monarca hereditario y de dos Cámaras⁸¹. Por lo demás, se interesan principalmente por la acusación a los Ministros —a la sazón único instrumento de responsabilidad ministerial y presenta «clave del edificio constitucional del Estado»⁸²— o por el derecho de control judicial frente a los reales decretos; mas es lo cierto que también evitan todas las ficciones superficiales de juridificación absoluta⁸³. Posteriormente, en los tranquilos años de antes de la

⁸¹Cfs. más adelante, páginas 133 y 243, nota 35.

⁸²R. MOHL, *Verantwortlichkeit der minister*, 1837, prólogo: «Una ley relativa a la responsabilidad ministerial representa para la mayoría de las gentes la clave del edificio constitucional del Estado.»

⁸³R. MOHL, *Verantwortlichkeit der Minister*, por ejemplo página 15 (crítica de la solución sajona, que convierte al Tribunal de Justicia Constitucional en árbitro e intérprete), página 187 (de la disculpa en caso de necesidad) etc.; además, en las anotaciones referentes a la Constitución francesa de 1848, *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, Monografías I, páginas 561-564 (Tübingen 1860), página 562: «Cualquiera que sea el modo como está organizado un Tribunal de Justicia Constitucional, y cualquiera la forma de concretarse la responsabilidad, en todo caso resulta claro que la ley solamente puede garantizar un procedimiento enérgico y recto contra un delito de alta traición después de dominado éste. BLUNTSCHLI, op. cit. II, páginas 550 y s.; cfs. también la cita consignada más adelante, en la página 133, GNEIST, *Gutachten*, página 23: no existe posibilidad de prueba para las transgresiones contra preceptos generales de la Constitución: la frase, mal comprendida, de GNEIST: «A cada artículo de la Constitución se aplica, en lugar de la interpretación, la jurisdicción» (*Der Rechtsstaat*, 1867, pág. 175) alude a la jurisdicción administrativa; por lo demás, GNEIST tenía poca confianza en un Tribunal de Justicia Constitucional integrado por funcionarios profesionales: cfs. sus manifestaciones en la sesión de la Cámara de Diputados prusiana, en 9 de febrero de 1866 (Informes taquigráficos, pág. 30): «La historia nos dice que la burocracia no ha resistido ni una sola vez la prueba cuando se ha querido depositar toda la confianza en un par de personas para resolver el problema de la constitucionalidad de los actos de un Gobierno que se halla en la absoluta posesión del poder. Ni siquiera en Inglaterra ha podido resistir semejante prueba (como las que tan frecuentes son en nuestro país) un estamento judicial cuya situación espléndida, equiparada a la de los Ministros, está asistida por la colegialidad de una abogacía maravillosa, independiente y de elevadas mira. ¿Cómo podrían, pues, dada la triste condición de nuestra burocracia... adoptar una seria resolución siete hombres de este género, dictando una sentencia imparcial sobre este problema planteado entre los Ministros y sus acusadores? Nunca me he hecho ilusiones de que todo el conjunto del Tribunal Supremo, con sus seis o siete Sala, fuera lo suficientemente fuerte —si nosotros tuviéramos que dar leyes— para formar con sus elementos más sólidos un Tribunal de Justicia Constitucional.» Lo que THUDICHUM dice acerca de la «superfluidad» de la acusación ministerial (op. cit. págs. 637 y s.) obedece ya a una concepción muy distinta. A. HAENEL, *Deutsches Staatsrecht*, vol.I (1892), páginas 562 y ss. trata de la jurisdicción federal en materia de conflictos constitucionales dentro de los Estados confederados, en el capítulo «Tutela política» (y no en el de «Tutela del Derecho»).

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

Guerra pudo permitirse un formalismo gratuito, que negaba lisa y llanamente los problemas concretos. Mas de repente, tan pronto como irrumpieron de nuevo las pugnas políticas concretas, despertó la conciencia de que toda juridificación está reducida a límites muy estrechos, y cuando en el año 1919, se hizo el ensayo de fallar con semejantes cursos la cuestión de la culpabilidad de la guerra, recordó Erich Kaufmann, en un impresionante escrito, los límites constituciones de la Justicia⁸⁴.

3. LA DETERMINACIÓN PRECISA DEL CONTENIDO DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL DUDOSO EN CUANTO A SU CONTENIDO, ES, EN CONCRETO, MATERIA DE LA LEGISLACIÓN CONSTITUCIONAL, NO DE LA JUSTICIA.

Para resolver esta cuestión constitucional fundamentalmente teórica precisa repetir ahora que no existe Estado cívico de Derecho sin independencia del poder judicial, ni Justicia independiente sin sujeción concreta a una ley, ni sujeción concreta a la ley sin una diferenciación real entre la ley y sentencia judicial. El Estado cívico de Derecho descansa sobre la distinción real de

⁸⁴*Untersuchungsausschuss und Staatsgerichtshof*, Berlín 1920, páginas 83 y s., sobre el concepto del procedimiento judicial.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

diversos poderes. Cabe rechazar la distinción de poderes, tomando como base ciertas tendencias absolutistas, como acostumbraba a suceder en el sistema de la monarquía constitucional alemana; cabe otorgar también al juez una cierta libertad, pero no es posible transferirle la decisión en materia política, que es propia del legislador, sin alterar su posición constitucional. La distinción sustancial existente entre legislación y Justicia no se destruye comprimiendo en su sentido gramatical ciertas denominaciones imprecisas (división de poderes, separación de poderes) o aludiendo a las dificultades de la delimitación en particular, o a posibilidades de interferencia y a otros fenómenos parecidos, o, finalmente, recordando que en lugar de la fórmula tripartita tradicional (poderes legislativos, ejecutivo y judicial) son todavía posibles otras categorías y diferencias. Como Larnaude⁸⁵ dice exactamente, existen tantas formas de división de poderes como Estados. Pero la diversidad no prueba la inexistencia de la división, ni tampoco que se tenga derecho a despreciar todas las diferencias existentes entre legislador y Justicia. Respecto al Estado cívico de Derecho sigue teniendo validez el principio de que un Estado sin división efectiva entre legislación, ejecución (Gobierno y Administración) y Justicia «carece de Constitución» en el sentido del Estado cívico de Derecho⁸⁶.

En el Estado cívico de Derecho sólo existe Justicia en forma de sentencia judicial sobre la base de una ley. La fórmula usual en todas las Constituciones alemanas desde el siglo XIX, «sobre la base de una ley» es de central importancia para la organización del Estado cívico de Derecho. Durante los últimos años me he referido con frecuencia a esta cuestión, y la he estudiado en su aspecto sistemático⁸⁷. La fórmula reviste para el ámbito de la Constituciones alemanas una importancia no menor (aunque sí

⁸⁵ «*Revue politique et parlementaire*» 126 (1926), página 186.

⁸⁶ *Verfassungslehre*, página 127.

⁸⁷ *Verfassungslehre*, página 152. *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, Berlín 1926, páginas 17-18, J. W. 1926, páginas 2271 (mal comprendido por R. GRAU, *Der Vorrang der Bundeskompetenz*, homenaje a HEINITZ, 1926, página 403.)

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

distinta) de la que tiene la fórmula del «*due process of law*» para el Derecho constitucional anglo-sajón. También se infiere de esta fórmula que es preciso distinguir entre ley y sentencia judicial, y, por consiguiente, entre legislador y juez. Por diversa que sea en la práctica la división de poderes en los diferentes Estados, resulta siempre inherente a la diferenciación constitucional de los poderes el hecho de que a la división de las funciones políticas en materia de organización (por lo menos al regularse las competencias normales), corresponde una efectiva diversificación de la actividad. Una ley no es lo mismo que una sentencia judicial, ni una sentencia judicial es lo mismo que una ley, sino la decisión de un «caso» «sobre la base de una ley». La posición especial del juez en el Estado de Derecho, su objetividad, su situación por encima de las partes, su independencia e inamovilidad, todo ello descansa sobre el hecho de que falla sobre la base de una ley, y su decisión se deriva, en cuanto al contenido, de otra decisión definida y conmensurable, que se halla ya contenida en la ley. Si, excepcionalmente, los organismos legislativos ejercen funciones de otra naturaleza, revestidas con las formas de la legislación, cabe denominar a esto «legislación formal» con la misma razón que, análogamente, puede hablarse de un concepto formal de la Justicia cuando un organismo judicial, declarado competente, actúa como tal más allá del sector concreto de la Justicia. Más todo ello no justifica en modo alguno las aberraciones de un formalismo abstracto que invierte simplemente los términos y declara que todo cuanto los organismos legislativos resuelven en forma de legislación es ley, y todo cuanto hace un Tribunal es Justicia. Este género de lógica procede por un encadenamiento de equívocos: Justicia es aquellos que hace un juez, y, por consiguiente, todo cuanto hace un juez es Justicia: el juez es independiente, luego todo aquel que es independiente es un juez; por consiguiente, todo cuanto hace un organismo independiente bajo la égida de su independencia, es Justicia; *ergo* basto someter todos los pleitos constitucionales y divergencias de opinión al juicio de jueces independientes, y tendremos una «Justicia constitucional». Mediante conceptos constitucionales de esta naturaleza es posible involucrarlo todo; todo

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

puede ser Justicia, pero, del mismo modo, todo puede ser «norma» y normatividad, y, en último término, todo puede ser también Constitución⁸⁸. La organización constitucional se convierte en un cosmos de engañosas ficciones, y la ciencia del Derecho, en campos de ejercicios de una manera de pensar, sobre la que Hofacker ha colgado el rótulo de «lógica de pata de ganso»⁸⁹.

⁸⁸ «Por intermedio de la idea de forma constitucional», como se expresa KELSEN (*Bericht*, pág. 38.)

⁸⁹ Recordando el silogismo que irónicamente sugiere SCHOPENHAUER: El hombre tiene dos piernas, por consiguiente todo lo que tiene dos piernas es un hombre, luego el ganso es un hombre, etc.; «*Gerichtssaal*» XCIV, páginas 231 y s. «*Arch. f. soz. Wissenschaft*» XXI, páginas 18 y s. (La renovación del ejercicio del derecho), «*Reichsverwaltungsblatt*» 1930, página 34. Acerca de los estragos que esta especie de lógica ha causado en la teoría del concepto de ley, cfs. *Verfassungslehre*, páginas 143 y s. Respecto al problema general de teoría jurídica, añadiremos lo siguiente: en la realidad no existe otra Justicia que la supeditada a la ley. Por esta razón, es preciso mantenerse en la diferencia real de legislación y Justicia, no existiendo ninguna «serie gradual universalmente aceptada que conduzca desde la Constitución a la sentencia judicial», como pretende KELSEN (*Bericht*, págs. 31 y s. 42.) Lo que el juez hace sobre la base de una ley está regulado por una ley en cuanto a su contenido, y por esta razón es algo esencialmente distinto de la legislación «sobre la base de la ley (contenida en la Constitución)». El giro «sobre la base de la ley» pierde ese sentido específico que le presta el Estado de Derecho, cuando se traslada de tal suerte a relaciones distintas de las de contenido, y se hace «universal». Haciendo uso de un término impropio podría decirse también que el legislador de su ley «sobre la base» de los preceptos legales formulados en la Constitución, que le convierten en legislador; el Reichstag, por ejemplo, sobre la base del artículo 68 RV.; que el Canciller del Reich establece las líneas generales «sobre la base» del artículo 58 RV., y que el Presidente del Reich adopta medidas dictatoriales «sobre la base» del artículo 48 RV. De semejantes indicaciones de competencia y «autorizaciones» no puede hacerse inferencia alguna en punto al contenido del acto político correcto, como ocurre en la aplicación de una ley por el juez y en la «decisión sobre la base» de una ley simple. Cuando un juez condena a presidio al acusado sobre la base un precepto penal, la sentencia condenatoria deriva, en cuanto a su contenido, de la ley, con ayuda de una subsunción concreta del caso en cuestión bajo una norma que permite la subsunción citada, y que determina de antemano el contenido de la sentencia dentro de un determinado marco (pena de prisión). Cuando el Canciller del Reich «sobre la base» del artículo 56 RV. gestiona una alianza con Rusia, o el Presidente del Reich «sobre la base» del artículo 48 ordena un «socorro a las regiones agrícolas necesitadas, en la Prusia Oriental», la alianza con Rusia o el precitado socorro no se deriva, en cuanto a su contenido, mediante subsunción efectiva, de las disposiciones legales formuladas en los artículos 56 ó 48 de la Constitución, respectivamente, como sucede en el caso de la pena de prisión con respecto al precepto del Código penal. Es un abuso dejar que se borre la diferencia entre indicación de competencia y regulación concreta, encubriendo los diversos preceptos, mandatos, regulaciones, autorizaciones y resoluciones bajo la palabra «norma», cuando se trata de Justicia, y sin distinguir siquiera entre «normas» judiciales y no judiciales. Es consustancial a la decisión judicial, que pueda ser derivada materialmente de la norma que le sirve de fundamento y que la norma que sujeta al juez lo obligue de un modo concreto y preciso, y no se limite sólo a autorizarlo. Puede quedar un campo de acción para los conceptos imprecisos; pero cuando la «norma» es tan amplia y tan vacía que no resulta ya posible una subsunción concreta, o cuando sólo existe una indicación de competencia, en esa misma medida se pierde, con la norma justificable, el fundamento para una solución de tipo judicial. Si las normas de la política, en lugar de ser determinadas por el Canciller del Reich, lo fueran por el Tribunal Supremo, bajo la égida de su independencia judicial, ello no produciría Justicia, aun cuando se declararan «racionalmente aplicables» todas las disposiciones de la Ordenanza sobre procedimiento civil o penal, aun cuando se reformulara la «norma genuina» de que el Tribunal Supremo del Reich sólo debe formular principios justos y aun cuando «sobre la base» de esta «norma» y «sobre la base» de los informes de las partes y abogados después de la deliberación oral se estableciera la sentencia, en una palabra, aunque se tramara un proceso con todos los caracteres de una parodia.

Como todos los demás problemas constitucionales de carácter teórico puede resolverse también el de la «Justicia constitucional» con ayuda de conceptos «formales». Ahora bien, si se tiene presente la diferencia entre legislación y Justicia y la diversidad entre normas justificables y no justificables quedará evidenciado que aquella fácil sencillez no representa otra cosa que una especie de comedia de las equivocaciones. Cuando KELSEN, por ejemplo, habla de una «estructura graduada y universalmente admitida de la ordenación jurídica», y construye sobre ella su proceso ideológico, conviene advertir que para llegar a ello no sólo no ha diferenciado las diversas acepciones de la palabra «Constitución», tan rica en matices —norma fundamental, decisión política colectiva, «contenido eventual de los párrafos escritos de la Constitución» (R. SMEND), indicación de competencia en virtud de preceptos formulados en la Constitución, formulación concreta del derecho material a tenor de los preceptos de la Constitución, como tampoco las diversas clases de «normas», sino que las confunde una con otras. En un trabajo de A. CASPARI, *Versuch über den Begriff des Staatszweckrechts*, «*Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft*», vol. 83 (1927), página 238, se ha dicho acertadamente: Si la Constitución es ley positiva, entonces no es «ni más ni menos derecho que el Código civil, por ejemplo, cuya validez no descansa «sobre la base» de la Constitución. De

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

Toda la aberración de esta especie de lógica que se manifiesta en una rara mezcla de abstracciones sin fondo y metáforas llenas de fantasía se manifiesta en el problema del protector o garante de la Constitución. Una ley no puede ser protectora de otra ley. La ley más débil no puede, naturalmente, proteger o garantizar a otra que sea más sólida. Ahora bien, ¿cabe, por el contrario, que la ley difícilmente modificable proteja a la ley

este modo, la «teoría gradual» con su «universalidad» de la norma acaso sea interesante para una teoría jurídica abstracta, pero no para la teoría constitucional. El problema específico queda sin resolver, porque en lugar de lograrse un fundamento teórico-constitucional no se adquiere más que un vacío sistema teórico-jurídico de lo que es «ordenación jurídica» y «estructura gradual» general, o «jerárquica» de «normas». Sólo así se explica también que haya quien piense que la justicia constitucional consiste en una justicia de normas sobre normas, que la legalidad (constitucional) de las leyes «no es en el orden teórico-jurídico y técnico-jurídico, cosa distinta de la legalidad de la jurisprudencia y de la administración» (*Bericht*, pág. 53), y que una ley como tal puede ser objeto de un proceso, en lugar de servir de base al fallo procesal. Como existen leyes que tienen una capacidad de vigencia más o menos intensa, y una ley constitucional sólo es modificable con las severas condiciones exigidas por el artículo 76 RV., mientras que una simple ley puede ser modificada y derogada por otra simple ley ulterior, cabe hablar con una cierta razón de normas más sólidas y más débiles, «más altas» y «más bajas». La expresión puede ser usada, y no resulta susceptible de confusión cuando con ella no se quiere indicar otra que los distintos grados de modificabilidad y de derogabilidad. Pero resulta una metáfora fantástica cuando se habla de una general «jerarquía de las normas» y en esta imagen se incluyen tres o cuatro especies diversas de superordenación y subordinación —la «superordenación» de la Constitución sobre toda la vida política, la «superordenación» de la ley más fuerte sobre la más débil, la «superordenación» de la Ley sobre la sentencia judicial y sobre los actos de aplicación de la ley, la «superordenación» del superior sobre los subordinados. Mas cierto es que sólo existe una jerarquía de seres realmente existentes, una superordenación de instancias concretas. Una «jerarquía de las normas» es una antropomorfización, insensata y confusa, de la «norma», y una improvisada alegoría. Cuando una norma es más difícil de modificar que otra, la relación entre ambas es, en todos los aspectos imaginables (el lógico, el jurídico, el sociológico), algo distinto de una jerarquía; una indicación de competencia en virtud de preceptos formulados en la Constitución no se encuentra, con respecto a los actos emanados del organismo competente, en la relación que existe con un organismo superior (pues una regulación no es un organismo) y lo cierto es que la ley simple no está ligada por una relación de subordinación con la ley formulada en la Constitución, que es, por eso difícilmente modificable.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

más sencilla? En tal caso se habrían invertido totalmente los términos, pues se trata de la protección y defensa de la ley formulada en la Constitución, no de la simple ley, y el problema es precisamente, el de proteger una ley difícilmente modificable contra la posibilidad de que sea modificada por una ley sencilla. El problema no surgiría si una norma pudiera normativamente protegerse a sí misma. Una norma impera más enérgica, más

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

débilmente o con la misma intensidad que otra norma; entre las normas son posibles pugnas y colisiones que de alguna manera tienen que resolverse; una norma puede repetir el contenido de otra; puede darle también una especie de validez nueva y más firme (por ejemplo, cuando una ley simple es reiterada en forma de precepto constitucional); una norma puede producir nuevos efectos jurídicos, crear nuevas categorías penales, etc. («sanción» intensificada); pueden crearse normas cada vez más firmes, más difícilmente modificable. Ahora bien, mientras se procede por medio de normas sólo puede alcanzarse una protección y una garantía mediante otra norma más robusta, y esto ya no es posible respecto de la ley constitucional que, por su propia naturaleza, debe la norma más excelsa y robusta. En la cuestión referente al protector de la Constitución trátase de la defensa de una norma más fuerte contra otra más débil. Para una lógica normativista y formalista ello no representa un problema, pues la norma fuerte no puede ser amenazada o puesta en peligro por otra más débil; por eso el Derecho constitucional formalista fracasa de nuevo, allí donde comienza el problema concreto.

Si la Justicia constitucional fuera una justicia de la ley formulada en la Constitución sobre la ley simple, la justicia de una norma como tal sería superior a la de otra norma como tal. Ahora bien, no existe justicia alguna de una norma sobre otra norma, al menos no existe si el concepto de «norma» conserva

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

una cierta precisión, si la palabra no es meramente un término con docenas de cambiantes aceptaciones, es decir, un vehículo de interpretaciones ilimitadas, a las que, por otra parte, tan maravillosamente se presta. Hace ya algunos años Otto Mayer previno muy enérgicamente contra el abuso y la confusión que se advertía respecto a la palabra «norma»⁹⁰. Pero fue en vano. De otro modo, no hubiera sido posible la idea de Justicia constitucional como una justicia de normas sobre normas. Si con la palabra «Justicia constitucional» se quiere designar una especie de justicia que sólo está determinada por la clase de ley utilizada como fundamento de la decisión, entonces cualquier proceso civil que se falle sobre la base del art. 131 o 153 RV. será Justicia constitucional. ¿O es que acaso la Constitución (mejor dicho: el precepto legal contenido en la Constitución) debe ser objeto del proceso? Una ley que sirva de base al fallo procesal no es, sin embargo, objeto del proceso, sino precisamente fundamento de la decisión. ¿O es acaso posible imaginar que la ley de tipo constitucional está personificada en el juez, y la simple en la parte? En tal caso, la peculiaridad de la Justicia constitucional consistiría en que una norma podía ser lo mismo juez, que parte, o fundamento de la decisión y aun forma de la decisión misma, proceso extraño cuya estructuración sólo demuestra que con la palabra «norma» puede intentarse todo, cuando las abstracciones se convierten en metáfora y la «universalidad» de los conceptos consiste, sola y simplemente, en que unas abstracciones vacías y sin realidad se entrecruzan y superponen, del mismo modo que en las sombras chinescas la sombra de una figura atraviesa la de otra.

La aplicación de una norma a otra norma es algo cualitativamente distinto de la aplicación de una norma a un contenido real, y la subsunción de una ley bajo otra ley (si es que acaso resulta imaginable) es algo esencialmente distinto de la subsunción del contenido concreto regulado, bajo su regla. Si se comprueba la existencia de una contradicción entre la ley simple y la ley contenida en la Constitución, y se declara inválida la pri-

⁹⁰*Verwaltungsrecht I*, 3.ª ed., 1924, página 84 nota.

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

mera, no puede decirse que realizamos una aplicación de la ley formulada en la Constitución a la ley simple, en el mismo sentido en que diríamos que existe aplicación judicial de la ley al caso concreto. En el primer caso, se comparan las normas unas con otras, y cuando se producen colisiones y contradicciones, que son posibles por causas muy distintas, una de las normas eliminan a la otra. En el segundo caso, cuando la ley se aplica judicialmente a un contenido real determinado, se subsume un caso concreto bajo los conceptos generales (y bajo el «hecho» legal). Cuando un precepto legal de la Constitución establece que las Facultades de Teología serán conservadas (art. 149, ap. 3 RV.), y en oposición a ella determina una simple ley que las Facultades de Teología han de ser suprimidas, la aplicación del precepto legal contenido en la Constitución consistirá en mantener las Facultades de Teología, y la aplicación de la simple ley consistirá en suprimirlas. Esto es indiscutible. En ambos casos nos hallamos frente a la aplicación de una ley a un contenido real, y la decisión se logrará en ambos casos del mismo modo, por subsunción del hecho bajo una ley. Si, por el contrario, se confronta el contenido de una ley con el contenido de otra, se produce una colisión o pugna, y se plantea el problema de cuál de las leyes contradictorias debe ser válida; compáranse entre sí reglas generales, pero no se subsume ni se «aplica» una a otra. El fallo de que una u otra de las dos reglas generales debe ser válida no se produce por subsunción concreta de una regla bajo otra. En un caso de tal claridad ¿qué es, pues, lo que ha de subsumirse? Cuando una ley ordena lo contrario de otra, y la pugna entre ambas se decide haciendo que una de las dos prescripciones tenga validez y la otra no, no por ello se subsume la ley no válida bajo la ley válida, ni viceversa. En el ejemplo anteriormente citado, el «contenido concreto» legal de las dos normas contradictorias es el mismo, a saber: las Facultades teológicas. No cabe, pues, decir que las Facultades teológicas implicadas por el precepto constitucional se hayan subsumido bajo las Facultades teológicas de la ley simple. Del mismo modo, en la solución de esa pugna tampoco ninguna de las prescripciones contrapuestas se subsume bajo la otra y «se

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

aplica a ella». Sería poco procedente decir que se subsume la «supresión de una norma» al «mantenimiento de otra». Este clarísimo caso de colisión de normas revela, por consiguiente, que en la decisión de una pugna semejante no existe en modo alguno el proceso típicamente judicial de la subsunción procesal y concreta. No se produce subsunción alguna, sino que simplemente se comprueba la existencia de la pugna y se resuelve cuál de las normas contradictorias ha de mantener su vigencia, y cuál otra «dejará de ser aplicada»⁹¹.

⁹¹Cfs. anteriormente página 25. La «contradicción» entre una norma y otra es también algo distinto de la «contradicción» a una norma que se establece en la sentencia judicial donde se señala un «culpable». Si una norma manifiesta: No matarás, y el juez comprueba que X ha matado, la probada contradicción a la norma es una contradicción de género distinto de la que existe entre dos normas opuestas: «no matarás» y «matarás». Cuando se comprueba que: lo que X ha hecho es una muerte, y por otra parte que: una de las normas preceptúa lo contrario de la otra, no pueden reducirse ambas lógicas y jurídicamente a una misma categoría «universal» y común. Bien pudiera ser que, conforme a un criterio normativista, se quiera emplear en este caso el método de las duplicaciones ficticias, que en términos generales es característico de dicho criterio, que no habla de la cosa, sino de sus proyecciones formalistas. Como el normativismo da lugar a subsumir al contrato concreto la validez de la norma general, según la cual los contratos válidos son válidos (cfs. *Verfassungslehre*, pág. 69 y s.), puede añadirse a la validez de toda ley, la validez de la norma general según la cual las leyes válidas son válidas, del mismo modo que a cada prohibición se puede agregar otra nueva: la de no observar las prohibiciones válidas, etc. Con ayuda de semejantes adiciones plurales cabe decir que junto a la ley contenida en la Constitución y junto a la ley simple existe todavía un precepto legal contenido en la Constitución, en virtud del cual está prohibido decretar leyes simples que se opongan a una ley formulada en la Constitución; esta prohibición ha sido vulnerada por el autor de la simple ley, y la transgresión constitucional es comprobada por el juez. Pero tampoco esto representa una jerarquía de normas ni una Justicia constitucional. Si en este caso el juez fallara que el legislador había quebrantado aquella prohibición, este acto examinado objetivamente, no resultaría Justicia constitucional, sino Justicia penal represiva. Por otra parte, nada nuevo se obtiene con la adición reiterada de una prohibición legal formulada en la Constitución; la comprobación de que entre un mandato y el mandato opuesto existe una contradicción no se traduce en una subsunción de hecho semejante al que ocurre en el caso de la aplicación judicial de la ley.

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

Si nos limitamos a este sencillísimo caso de una contradicción manifiesta entre ley contenida en la Constitución y ley formulada en la Constitución sobre la ley simple. La única justicia que resulta posible en un caso semejante es la justicia penal vindicativa contra el autor de una transgresión de preceptos constitucionales, pero no contra una norma. Ahora bien, en general, el interés que suscita el fallo en el caso de una colisión de leyes no afecta a los casos de una manifiesta contradicción, casos que en tiempos normales no suelen ser muy frecuentes, ni se refiere tampoco a la corrección de infracciones ya pretéritas, sino que atañe a una cuestión de otra naturaleza: la de quién resuelve las dudas y diferencias de opinión acerca de estos problemas referentes a la existencia de una contradicción y a la amplitud de la misma. Muy grande es el interés que este problema suscita respecto a la Constitución de Weimar, porque en el Libro Segundo de dicha Carta se sitúa, unos juntos a otros, los principios más diversos, preceptos singulares de carácter jurídico concreto, afirmaciones programáticas, normas de conducta y compromisos dilatorios⁹², por lo cual, cuando todos diversos elementos se agrupan bajo la calificación de «normas», la palabra «norma» se convierte en un término inútil y desprovisto de valor. En las cuestiones más difíciles y de mayor importancia práctica, la falta de claridad o la contradicción se contiene dentro de los mismos preceptos legales formulados en la Constitución, desde el momento en que, coexistiendo unos con otros principios contrapuestos, resultan imprecisos y contradictorios. En este caso no existe la posibilidad de fingir una gradación de normas, y, por consiguiente, cuando un precepto legal de los contenidos en la Constitución determina algo distinto que otro de los preceptos de la misma (por ejemplo, art. 146, aps. 1 y 2), la colisión no puede resolverse con ayuda de una «jerarquía de las normas». Pero aun en otros casos de dudas y divergencias de opinión respecto al problema de si existe una pugna entre la ley formulada en la Constitución y la simple ley, no se trata de subsunciones

⁹²*Verfassungslehre*, paginas 31 y s.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

reales en el sentido de la verdadera Justicia, porque la duda afecta siempre al contenido de la ley formulado en la Constitución. Cuando la ley contenida en la Constitución establece que las Facultades teológicas han de ser conservadas, y una ley simple estatuye que las Academias teológicas han de ser suprimidas, lo único es si las Academias teológicas son Facultades de Teología, y si el objeto a que se refiere la ley simple es el mismo de la ley contenida en la Constitución. Considerado más de cerca, tampoco esto es una subsunción real de la ley simple bajo la ley constitucional, ni es subsunción parecida a las de naturaleza judicial, en virtud de la cual un conjunto de hechos concretos queda situado por debajo de una ley. Más bien cabe preguntar si el hecho que se sitúa bajo la ley simple cae, simultáneamente, bajo la ley formulada en la Constitución. El mismo contenido real se subsume bajo las dos leyes. La subsunción del mismo contenido real bajo la ley establecida en la Constitución es la misma que la referente a la ley simple. La única cuestión es determinar bajo cuál de las dos leyes contrapuestas debe subsumirse el hecho concreto, pero sólo el hecho se subsume, y no la simple ley. De esto modo queda claramente demostrado que tales dudas y cuestiones sólo afectan al contenido de la ley establecida en la Constitución, pero no a la subsunción de una ley simple bajo un precepto legal contenido en la Constitución. La cuestión de si el contenido legal de una simple ley (las Academias teológicas) cae bajo el contenido legal efectivo de la ley establecida en la Constitución (las Facultades teológicas) se refiere a la posibilidad de subsumir un concepto más estricto bajo uno más simple, pero no a la subsunción de un contenido real efectivo bajo una norma imperativa. Sólo es un orden psicológico puede decirse con notoria imprecisión que se subsume (aunque en el caso de la pugna manifiesta entre dos normas, tal afirmación no sería posible, ni aun psicológicamente). Ahora bien, esta especie de subsunción no es en sentido específico la de la Justicia, sino, en general, la de todas las formas de raciocino y del pensamiento humano: así, en definitiva resultaría que es también «Justicia» y «regulación» cuando alguien dice que un caballo no es un asno. Igualmente, cuando se resuelven las

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

dudas y diferencias de opinión acerca de si existe una pugna entre dos normas, no se aplica una norma a la otra, sino que —como las dudas y divergencias de opinión sólo se refieren al contenido de la ley formulada en la Constitución— todo se reduce a establecer de modo indudable y auténtico un contenido normal que antes resultaba dudoso. Esto equivale, en concreto, a la supresión de todas las imprecisiones referentes al contenido de la ley formulada en la Constitución, y como consecuencia significa una determinación del contenido legal: es decir, legislación, y hasta legislación constitucional, pero no Justicia.

Siempre se produce la misma evidente alternativa: o bien existe una contradicción manifiesta e indudable contra las disposiciones legales contenidas en la Constitución, y entonces el Tribunal castiga una transgresión semejante, poniéndola de manifiesto con todas las formalidades de la Justicia penal vindicativa; o la duda referente al contenido de una norma es tan fundamentada, y el contenido de la norma tan impreciso en sí mismo que no puede hablarse de una vulneración de la norma, cuando el Tribunal es de otra opinión que el legislador o el Gobierno cuyos mandatos están en pugna con los del precepto legal dudoso formulado en la Constitución. En este último caso es indudable que la decisión del Tribunal no tiene otro sentido que el de interpretación auténtica. La Constitución de Sajonia de 1831 afirmaba en su art. 153, ap. 3, con evidente acierto, que el juicio formulado por el Tribunal de Justicia Constitucional —cuando respecto a la interpretación de puntos concretos de la carta constitucional surgen dudas que no pueden ser resueltas mediante convenio entre el Gobierno y los estamentos— debe «ser considerado y obedecido como una interpretación auténtica». Esta resolución responde a la naturaleza de la cosa, y es cierta para todos los casos de una instancia que de este modo determina el contenido decisivo de una norma, siendo indiferente que dicha instancia se halle organizada en forma de Tribunal o en otra cualquiera, o que proceda o no judicialmente. Toda instancia que pone fuera de duda y resuelve auténticamente el contenido dudoso de una ley, realiza, de manera efectiva, una misión de legislador. Y si resuelve de modo indudable

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

el contenido dudoso de una ley formulada en la Constitución, procede como legislador constitucional.

La razón última, teórico-jurídica de esa alternativa que siempre se repite, estriba en lo siguiente: en toda decisión, incluso en la de un Tribunal que en forma procesal realiza subsunciones de tipo concreto, existe un elemento de pura decisión que no puede ser derivado del contenido de la norma⁹³. Yo he propuesto para dicho elemento la denominación de «decisionismo». Incluso en un Tribunal que sólo de modo accesorio ejerce su derecho de control, puede percibirse este elemento decisionista. Si nos tomamos la pena de hojear, por ejemplo, un libro como la «Historia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos» de Warrens, encontraremos, a pesar de la importancia de las decisiones de este Tribunal, argumentaciones vacilantes y minorías importantes de jueces, vencidos en votación, que han formulado voto particular: las llamadas «decisiones de cinco hombres contra cuatro» o de «un hombre solo» acaecen con frecuencia, aunque acaso son criticadas con exageración⁹⁴. Ello permite disipar, por lo menos, la candorosa creencia de que la argumentación de tales decisiones no tiene más objeto que transformar una transgresión constitucional hasta entonces dudosa, en otra que sea clarísima para todo el mundo. El sentido de esa prueba no es el de una argumentación que pretenda convencer a todos, sino el de una decisión que se limita a suprimir la duda de un modo autoritario. Todavía es más pronunciado y decisivo, en esencia, el carácter decisionista de toda sentencia en una instancia cuya cardinal misión es fallar sobre dudas, incertidumbres y divergencias de opinión. En este caso, el elemento decisionista no es solamente una parte de la decisión que se agrega al elemento normativo para hacer posible, en términos generales, una *res judicata*; más bien podemos decir que la decisión es, como tal, sentido y objeto de la sentencia, y que su valor no radica en

⁹³CARL SCHMITT, *Gesetz und Urteil*, Berlin 1992; *Politische Theologie*, Munich y Leipzig 1922; además, H. ISAY, *Rechtsnorm und Entscheidung*, Berlin 1929.

⁹⁴Sobre este particular, por ejemplo, OGG-RAY, *Introduction to American Government*, 2.^a ed. Nueva York 1926, página 428.

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

una argumentación aplastante, sino en la autoritaria eliminación de la duda que precisamente resulta de las principales argumentaciones posibles que se contradicen entre sí. En efecto, es un hecho antiquísimo, y por desgracia todavía no superado a pesar de los progresos de nuestro razonamiento crítico, que precisamente la perspicacia logicista puede producir con facilidad dudas nuevas. A ello responde igualmente, por lo demás, la idea —que con frecuencia se advierte o al menos coopera de modo inconsciente en los planes de un Tribunal semejante— de que dicho Tribunal resuelve las dudas y diferencias de opinión en su calidad de máximo experto del Derecho, es decir, que, en realidad, es una especie de asesor jurídico supremo. En semejantes adquisiciones suele olvidarse que el efecto del informe descansa esencialmente sobre su valor de argumentación, y que en tal sentido el informe representa precisamente el polo opuesto a la mera decisión. Un juez no es un perito que informa, y la concurrencia de actividad asesora y actividad judicial representa en esencia, una mezcla nada clara, porque la actividad pericial no es en concreto actividad judicial; no es Justicia, sino Administración⁹⁵. Cuando se da carácter obligatorio a las conclusiones de un informe, deja éste de ser informe y se convierte en decisión o

⁹⁵ A esto se refiere también los informes del Tribunal Supremo, según el artículo 4 de la Ley de Introducción a la GVC., y del Tribunal de Cártels según el artículo 20 de la Ordenanza contra el abuso de la supremacía económica de 2 de noviembre de 1923. RBGI, I, página 1067. Acerca de los informes del Tribunal Supremo de Hacienda, según el artículo 43 de la Ordenanza general de Impuestos del Reich; J. POPITZ, en «*Steuer imd Wirtschaft*», VIII, octubre de 1928, col. 895 y A. HENSEL, id., col. 1130 («Una interesante prueba de la alteración de funciones en las instituciones políticas.») Una notable asociación contiene el artículo 106 de la Ley de Tribunales de Trabajo: «Siempre que las partes del contrato puedan estipular un contrato arbitral sobre litigios derivados del trabajo, según el artículo 91, podrán también, sin eludir la jurisdicción del trabajo, estipular que las cuestiones de hecho que son interesantes para la decisión de un litigio jurídico habrán de ser decididas por laudo arbitral (contrato de arbitraje). El convenio tiene la eficacia de que las cuestiones falladas por vía arbitral quedan sustraídas a la prueba en el procedimiento judicial del trabajo, y que los Tribunales del Trabajo vienen obligados por dichos informes periciales.» Respecto al ensayo en curso, para llegar a un Estado neutral de peritos, véase más adelante, página 129.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

sentencia⁹⁶. Si esto es cierto cada juez, debe serlo todavía con muchísima más razón para una instancia establecida con propósito de resolver de un modo auténtico y definitivo las dudas y diferencias de opinión.

Todavía podemos decir que para una Constitución del tipo de la Weimar esto tiene una importancia práctica inmediata, por un motivo especial. Toda Constitución está llena de «reservas», pero los autores de la Weimar han despreciado con exceso la proverbial experiencia de que no se deben abarcar demasiadas cosas en una Constitución⁹⁷. Los políticos de partido, en contra del primer proyecto de Hugo Preuss, han incorporado demasiadas cosas a la Constitución, particularmente a su Libro Segundo. Ahora bien, esto era absolutamente consecuente e inevitable dado el nivel de la teoría constitucional en aquel entonces. En efecto, cuando de un modo formalista se equipara la Constitución con la norma legal formulada en la Constitución, definiéndose esta última, a la manera formalista, como «una ley difícilmente alterable, y nada más», es natural que todos aprovechen la oportunidad que se les ofrece de hacer difil-

⁹⁶A. BETRAM, «*Zeitschrift für Zivilprozess*», vol. 53, 1928, página 428: «Con la interpretación cuasi-auténtica por vía de asesoramiento, el Tribunal Supremo quedaría convertido de *facto* en un Tribunal para la interpretación de la Ley, con fuerza de obligar; todo cuando se aduce en contra del sistema de un Tribunal semejante (confróntese REICHEL, *Gesetz und Richterspruch*, pág. 111 y las demás allí citadas) puede aplicarse también contra la práctica de ese deber de asesoramiento pericial por parte del Tribunal Supremo. Un Tribunal Supremo que rectificara las dudas y lagunas de la ley, llevaría a cabo una transgresión de atribuciones, penetrando en el ámbito del legislador, y perdería su independencia de juicio que es requisito indispensable para la actividad judicial.» «El informe pericial no es una parte integrante de la actividad del juez, sino una actividad administrativa, y por consiguiente, debe limitarse (por ejemplo, a tenor del art. 4 de la Ley de Introducción a la Ley orgánica de los tribunales), a lo que puede encomendarse a los Tribunales, a los negocios de la administración de Justicia.»

⁹⁷Acerca del problema de las reservas: C. BILFINGER, «*Zeitschr. f. aust. öff. Reich u. Völkerrech*» I, página 63; en pro de la «jurisdicción política», F. W. JERUSALEM, *Die Staatsgerichtsbarkeit*, Tübingen 1930, páginas 97 y s. Cfs. además, BENJAMÍN CONSTANT, *Reflexions sur les Constitutions*, París 1814, cap. 9: *De la nécessité de ne pas étendre les constitutions à trop d'objets*.

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

cilmente modificable aquella que les interesa de veras. Además, como ya hemos indicado, el Libro Segundo de la Constitución (al cual se refieren en particular muchas dudas y diferencias de opinión), a pesar de la abigarrada diversidad de sus declaraciones fundamentales y de sus disposiciones concretas de tipo legal incorporadas a la Constitución, no contiene decisiones absolutas ni relativas, sino solamente fórmulas susceptibles de variada interpretación, mediante las cuales el fallo puede dilatarse, y en cuya virtud pueden adoptarse puntos de vista diversos y hasta contradictorios. El compromiso que se advierte en las cuestiones eclesiástica y escolar ofrece, a este respecto, ejemplos elocuentísimos. A pesar de tales «fórmulas o compromisos dilatorios»⁹⁸, la verdadera normatividad reside solamente en la decisión de las «dudas y diferencias de opinión». Una instancia que en verano de 1927 hubiera podido decidir acerca de la constitucionalidad del proyecto de Ley escolar del Reich, tan debatido a la sazón, hubiera permitido dar su contenido verdadero al artículo 146 RV., y resolver definitivamente la cuestión escolar. Si en este caso decide un Tribunal, es éste un legislador constitucional en funciones de alta política.

4. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL DEL REICH

a) Relación efectiva entre el concepto de Constitución y la jurisdicción constitucional; reconocimiento de los límites reales de la Justicia por el Tribunal de Justicia Constitucional del Reich; relación especial entre contrato constitucional y Justicia constitucional.

No es una cuestión jurídica de carácter teórico, sino un problema político de práctica oportuna, la de establecer hasta qué punto puede encomendarse a instancias ya existentes o de nueva creación la misión de fijar de modo auténtico el conte-

⁹⁸ *Verfassungslhre*, páginas 31 y s.; cfs. anteriormente, página 58.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

nido de los preceptos imprecisos e indeterminados que estén incorporados a la Constitución, y la misión de establecer un contrapeso al poder legislativo. Además, es objeto de disquisiciones en el sector de la política práctica el determinar si esta instancia ha de proveerse con jueces profesionales inamovibles, exponiendo, en consecuencia, el estamento judicial a una prueba de resistencia política. Ahora bien, semejante cuestión de oportunidad no puede resolver sin un sólido fundamento teórico constitucional, y es demasiado seria para que al resolverla hayamos de renunciar a conceptos reales y de contenido positivo. Ante todo, ni teórica ni prácticamente procede concretar el concepto de litigio constitucional «mediante una idea constitucional formalista», es decir, arrebatarle su sentido y su contenido concreto, y señalar lisa y llanamente como litigio constitucional todo aquello para lo cual se establece la competencia de un «Tribunal de Justicia Constitucional.»

La primera premisa de toda jurisdicción política o Justicia constitucional es, más bien, un concepto preciso de lo que es litigio constitucional, acerca de lo cual conviene tener en cuenta que en este género de cuestiones, tanto en atención a su contenido como a su estructura, lo que la diferencia claramente de otros litigios es su inmediata relación real con la Constitución. Sería improcedente tomar el camino opuesto y llegar a la conclusión de que el Tribunal Supremo de Justicia Constitucional o Político presta contenido propio a un concepto plenamente impreciso e ilimitado de cuestiones constitucionales recurriendo a meros precedentes, y determinando de este modo por sí mismo lo que es un litigio constitucional. Esto significaría que el Tribunal de Justicia Constitucional se trazaba su propia competencia. En la realidad es posible, con carácter absoluto, crear un organismo que desarrolle automáticamente por ese procedimiento sus atribuciones y competencias. Precisamente figura entre los fenómenos típicos de la vida constitucional el hecho de que un organismo que hace consciente uso de su influencia política, extienda cada vez más el ámbito de sus atribuciones. Así, por ejemplo, el Reichstag alemán, a pesar de la cauta dosificación y regulación de sus atribuciones por la Constitución de Bismarck, de 1871,

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

logró bajo esta misma Constitución una importancia política más grande de la que hubiera podido inferirse leyendo el texto constitucional. De igual manera, en la actualidad, tanto la importancia jurídico-constitucional del Consejo del Reich como la de los Consejos de ciertos Territorios alemanes, en particular el de Prusia, revisten una importancia distinta y mucho más grande de la que podría interpretarse aplicando de modo literal el texto de la Constitución vigente en el Reich. También cada Tribunal se encuentra en condiciones para desarrollar, por encima de las competencias a él asignadas, una autoridad propia de gran influencia política. Ahora bien, una instancia judicial que en Alemania hubiera de resolver hoy día los conflictos derivados de la vigente Constitución del Reich, se hallaría en una situación peculiarísima si no contara con un concepto, en cierto modo delimitado, de lo que es litigio constitucional. Resulta así, en primer término, a causa de la ya aludida particularidad de la vigente Constitución del Reich, cuya organización federal hace coexistir el Reich y los Territorios con una confusión casi inextricable de competencias y atribuciones, y cuyo Libro Segundo, artículos 109 a 165, abre bajo el epígrafe, preñado de problemas: «Derechos y deberes fundamentales de los alemanes», un abismo casi insondable de dudas, divergencias de opinión y —en cuanto se concreta y actualiza— de acciones jurídicas y, como consecuencia, de conflictos de Derecho. Establecer, frente a semejante Constitución, un Tribunal de Justicia Constitucional para cuestiones constitucionales, y no procurarle, ningún otro concepto de lo que son cuestiones constitucionales, es decir, de los límites de su competencia, que una vacía definición verbal, según la cual todo litigio referente a un precepto constitucional es litigio constitucional, establecer un Tribunal así, decimos, equivale, en realidad, a encomendar al Tribunal mismo la delimitación de su competencia. Dada la importancia real de los litigios constitucionales, ello puede significar en concreto una competencia de competencia de naturaleza muy extraña, y que, llevada a sus consecuencias últimas, no difiere mucho de aquella competencia en la cual, inspirándose en el criterio de Haenel y Rosin, llegaron a ver un criterio de soberanía mucho tratadis-

tas de Derecho político de la época anterior a la Guerra.

El resultado práctico para la realidad actual es, naturalmente, muy distinto, y ello no solo porque el Tribunal de Justicia Constitucional, según el artículo 19 de la RV., sólo es competente para los litigios constitucionales que se planteen dentro de un Territorio, y no para los del Reich entero. Un Tribunal constituido por juristas profesionales, que tenga plena conciencia de su significación como Tribunal, será probable que no quiera abandonar la esfera de la Justicia efectiva. Ahora bien, pronto se encontrara ante el simple dilema al que constantemente hemos aludido en el curso de estas reflexiones, porque con referencia a la Constitución se plantea siempre que se trata de examinar con exactitud los límites de la Justicia: o bien se trata de transgresiones manifiestas e indudables de la Constitución, es decir, de una Justicia que interviene *post eventum*, o bien de casos dudosos, y entonces el ámbito de la Justicia se reduce a la nada, primero porque una presunción general abona la validez de los actos del legislador y del Gobierno, y en segundo lugar porque aun tratándose de actos políticos defectuosos, como Walter Jellinek ha mostrado en su teoría de esta clase de actos⁹⁹, la nulidad, invalidez o inobservancia de los mismos sólo en muy contados casos, relativamente, es consecuencia de haberse incurrido en defecto, es decir, de la transgresión de una norma cualquiera. Si se considera que la misión de un Tribunal de Justicia Constitucional consiste en resolver de modo indiscutible las dudas referentes al contenido de un precepto constitucional, lo que dicho Tribunal realiza, como ya hemos manifestado anteriormente, no es ya Justicia, sino una turbia asociación de legislación y labor de asesoramiento. Por esta razón no es tampoco extraño que, en la realidad concreta, un Tribunal de esta naturaleza tienda siempre a mantener su actuación practica dentro de los límites de la Justicia, evitando, a toda costa, situarse, en los casos serios de cierta envergadura,

⁹⁹W. JELLINEK, *Der Fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*, Tübingen 1908; *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, Tübingen 1913, página 209; *Verwaltungsrecht*, 2.^a ed., Berlin 1929, páginas 253 y s.

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

frente al legislador ordinario o al Gobierno competente. Y procede de este modo porque si se opusiera a éstos se convertiría a sí mismo en legislador o en Gobierno, tan pronto como traspasara el marco de la autoprotección meramente defensiva de la Justicia que es independiente, pero sujeta a las leyes. En este caso actúa un motivo profundamente arraigado en la naturaleza de las cosas, y que, simultáneamente con toda nueva especie de Justicia, crea también nuevas excepciones, reservas y correcciones. Así, por ejemplo, el *Conseil d'État* ha desarrollado con el control de los Tribunales administrativos la idea de los actos de Gobierno, *actes de gouvernement*, con objeto de exceptuarlos de este control¹⁰⁰. La tendencia de los juristas profesionales que integran un Tribunal a mantenerse dentro del marco concreto de la Justicia no debe considerarse como signo de una mera precaución política o como mezquindad de subalterno, ni debe tildarse por esta razón como un acto reprochable, psicológica o sociológicamente. Con ello más bien se demuestra solamente que es improcedente atribuir a la Justicia ciertas funciones que rebasan el ámbito de una subsunción real, es decir, que traspasan las fronteras establecidas por la sujeción a normas de contenido preciso.

En una sentencia de 17 de febrero de 1930 sobre la constitucionalidad de la ley electoral prusiana¹⁰¹, el Tribunal de Justicia Constitucional del Reich se ha negado a considerar como anticonstitucionales algunas disposiciones de la ley electoral del Territorio de Prusia, en los años 1920-24, de las que, en todo caso —sobre la base de una opinión muy difundida, representada por juristas de nota y sostenida en particular por anteriores decisiones de ese mismo Tribunal— cabía sospechar, con fundamento, que chocaban contra el principio de la igualdad de

¹⁰⁰ Acerca de esta cuestión, finalmente, cfs. los *Rapports de l'Institut International de Droit Public*, 1930, con los informes de R. SMEND, R. LAUN y especialmente, para la evolución francesa, P. DUEZ.

¹⁰¹ RGZ. 128, anexo páginas 1 y s.; «Sentencias seleccionadas del Tribunal de Justicia Constitucional del Reich alemán», editadas por el Presidente del Tribunal Supremo doctor BUMKE, fase 2. Berlín 1930, especialmente páginas 15-16.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

sufragio, formulado por la Constitución del Reich. En este caso podemos prescindir de la forma como estas dudas hayan podido ser justamente resueltas en la práctica; en cambio, es de extraordinaria importancia que el mismo Tribunal de Justicia de Constitucional (examinado el caso con detenimiento) no se haya decidido en esta cuestión, sino que, a pesar de formular un fallo, se haya declarado en cierto modo incompetente. En efecto, en el núcleo de los considerandos de esta importante sentencia figura el siguiente razonamiento: El Tribunal de Justicia Constitucional contesta lo siguiente a la cuestión debatida de si se ha vulnerado el fundamento de la igualdad de sufragio. «En él (es decir, en el principio de igualdad de sufragio) no se trata de un concepto lógico-matemático, sino de un concepto jurídico», y añade a continuación: «Por esta causa, la igualdad y la desigualdad no son elementos contrapuestos que se excluyan.» Las antítesis de lo lógico-matemático, por una parte, y de lo jurídico, por otra, es, metódicamente, de extraordinaria importancia, y significa una notable refutación de todo aquel huerro normativismo con el que durante una época se intentó desposeer de contenido objetivo al Derecho político constitucional. Pero también podemos prescindir ahora de esta idea, puesto que aquella antítesis entre lo «lógico-matemático» y lo «jurídico» no sirve al Tribunal de Justicia Constitucional sino para que (a pesar de la «rigidez constitucional al principio de igualdad formulado en el art. 22 RV.») puedan justificarse ciertas modificaciones de esta igualdad, solamente cuando «obedezcan a una necesidad realmente imperiosa». Ahora bien, acaso existan juristas que vean en la frase «necesidad realmente imperiosa» un concepto subsumible, porque recuerdan los conceptos imprecisos que se presentan en la práctica jurídica civil y administrativa, y que pueden ser judicialmente utilizados por los Tribunales, en cuanto ciertas ideas relativamente concretadas por el comercio y las costumbres, ciertas relaciones relativamente estables dentro de una organización estatal ordenada (por ejemplo, seguridad y orden público en el Derecho gubernativo normal, cuestión de necesidad o cuestión de idoneidad en el Derecho administrativo) vienen a construir un sucedáneo de la regulación concreta llevada a cabo por

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

el legislador. Por eso resulta tanto más interesante que el Tribunal de Justicia Constitucional no caiga en el error de una equiparación absoluta de los diversos sectores jurídicos, sino que siga un camino muy distinto. Inmediatamente después de los párrafos recién citados, se dice textualmente: «Según esto, es el legislador ordinario quien tiene que decir si son admisibles y hasta qué punto ciertas desviaciones de los principios electorales de carácter particular, en interés de la homogeneidad del sistema electoral entero y para asegurar el logro de las finalidades políticas que con dichos sistemas se persiguen... En contra de sus decisiones, el Tribunal de Justicia Constitucional sólo podrá pronunciarse, **si es que se pronuncia**, cuando *de un modo manifiesto* carezcan de toda justificación intrínseca, y cuando de dichas medidas pueda afirmarse *con seguridad* que contradicen la voluntad de los autores de la Constitución, expresada en el apartado 1 artículo 22 RV.» Con esta frase se declara, de un modo palmario, que la decisión referente a todas las imprecisiones, incertidumbres, dudas y diferencias de opinión se convierte en misión del legislador (o bien, naturalmente, según la posición de la competencia, en asunto del Gobierno), quedando sustraída a la competencia del Tribunal de Justicia Constitucional. Si se recuerda ahora que la demanda de un Tribunal de Justicia Constitucional derivada precisamente de la necesidad de ver resueltas, conforme al procedimiento judicial, las dudas e incertidumbres referentes a los preceptos legales contenidos en la Constitución, advertiremos que este criterio del Tribunal de Justicia Constitucional del Reich posee fundamental importancia para el problema de dicha institución en general. Ese Tribunal sólo quiere oponerse a las transgresiones manifiestas de la Constitución, pero no aquellas otras que son dudosas. Deja válidas todas las decisiones del legislador en las que éste, como se afirma algunos párrafos más adelante, «no se ha dejado guiar por consideraciones abstractas». Las frases «de un modo manifiesto» y «con seguridad» han de sorprender extraordinariamente, desde nuestro punto de vista —supresión de incertidumbre y dudas. La importancia del factor decisionista, específico (que rebasa las fronteras efectivas del Justicia) de un fallo

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

sobre dudas e incertidumbres, aparece aquí expresada con tanta claridad como la aversión del Tribunal de Justicia Constitucional a dejarse arrastrar a una decisión semejante. Si el Tribunal de Justicia Constitucional sólo se pronuncia contra transgresiones manifiestas, indudables y seguras de la Constitución, resulta precisamente de lo contrario de una instancia llamada a resolver dudas e incertidumbres. Por esto es aún más que sorprendente y hasta escandaloso que un Tribunal de Justicia Constitucional que reduce su actuación, con lo más extrema cautela, al control general de las leyes manifiestamente anticonstitucionales, añada todavía a esta limitación la frase «si es que se pronuncia». No podemos dilucidar si esto ha de comprenderse como una limitación nueva o como una reserva de naturaleza particular, expresiva de un cierto retraimiento aun frente a las transgresiones constitucionales evidentes. Sin embargo, este criterio se orienta indudablemente en el sentido de una limitación todavía más amplia.

La primera condición de toda «Justicia Constitucional» sigue siendo la fijación de un concepto claro de lo que es litigio constitucional. Este, a su vez, sólo puede establecerse en relación inmediata con un concepto claramente reconocido de la Constitución. Por el contrario, una extensión del concepto de «litigios constitucionales» determinada por razones de inmediata oportunidad o por consideraciones sentimentales, así como una impremeditada admisión del criterio de las partes, afectaría también y alteraría la esencia de la Constitución, dando lugar a consecuencias inesperadas en las que purgaríamos la falta de sentido teórico constitucional. Los conceptos «litigio constitucional», «jurisdicción constitucional» y «Constitución» están en realidad tan íntimamente relacionados que no solamente resulta cierto que una alteración del concepto Constitucional puede alterar el concepto de litigio constitucional, sino que también, a la inversa, una práctica derivada de los procesos constitucionales y de la jurisdicción constitucional puede alterar la esencia de la Constitución.

Un género teórica y prácticamente determinable de litigios constitucionales, y, como consecuencia también, un Tribunal de

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

Justicia Constitucional peculiarísimo para la decisión de dichos litigios resultan cuando la Constitución es un contrato (es decir, una relación jurídica bilateral o de mayor número de elementos, y no una decisión o ley política unilateral), o cuando, por lo menos, es concebida como tal contrato. Por la esencia del contrato cabe contestar precisamente la cuestión central, es decir: qué es un litigio constitucional y quién puede ser parte en el mismo. Esta cuestión que se plantea con carácter previo a todos los comentarios sobre el Tribunal de Justicia Constitucional, no puede ser resuelta por el Tribunal mismo, esperando que en su práctica desarrolle a su arbitrio el concepto litigio constitucional y la admisión de las partes. Si así fuera, el protector se convertiría en dominador de la Constitución. Si un Tribunal de Justicia Constitucional ha de fallar judicialmente sobre cuestiones constitucionales, antes ha de tener clara idea de lo que estas cuestiones o litigios que sean, y semejante problema no puede resolverse con soluciones «formales». En cambio, si la Constitución es, por naturaleza, contrato o compromiso, podemos inferir de esta calificación un concepto útil y plausible de lo que es litigio constitucional. En efecto, así como las cuestiones litigiosas de un contrato son aquellas cuestiones que surgen entre las partes del mismo acerca del contenido del contrato (litigio en materia de alquiler son, por ejemplo, los que se producen entre el dueño y el inquilino acerca del contenido del contrato de alquiler), litigios constitucionales serán los que se produzcan entre las partes del contrato constitucional o del compromiso acerca del contenido de sus pactos. Las diferencias y litigios que de un contrato semejante se derivan, resultan adecuados para que sobre ellas recaiga una resolución judicial o arbitral desde el momento en que el contenido fijo del contrato ofrece una base a la actividad judicial y permite derivar la sentencia judicial del contenido del contrato¹⁰². Por esta razón, en los convenios entre Territorios se declara precisamente competente el Tribunal de Justicia Consti-

¹⁰²Tampoco en este caso se defiende una justiciabilidad ilimitada y absoluta, sino la posibilidad tan sólo de establecer quién es parte en el contrato, y qué es litigio derivado del mismo.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

tucional¹⁰³, en el Derecho internacional se consideran de modo típico como, «justificables» o «arbitrales», aquellos litigios entre Estados que se derivan de un contrato¹⁰⁴. El concepto de Constitución da lugar, en este caso, a conceptos consecuentes y prácticamente utilizables de litigio constitucional, de capacidad de las partes y, como consecuencia también, de jurisdicción. Mas también puede decirse, a la inversa: cuando sin meditar sobre los problemas teóricos constitucionales se admiten como partes ante el Tribunal de Justicia Constitucional los más diversos grupos sociales, se da lugar a una concepción pluralista del Estado, y la Constitución, en vez de ser una decisión política titular del poder legislativo, se transforma en un sistema de derechos contractualmente adquiridos, cuya garantía pueden exigir del Estado, mediante un proceso, los grupos y organizaciones interesadas.

b) El Tribunal de Justicia Constitucional como institución específicamente federal.

En una Confederación auténtica (Confederación en sentido estricto o Estado federal) la Constitución, en forma de Constitución federal, es el convenio de los Estados que en virtud del contrato federal integran la Confederación. En semejante organización política suele instituirse con frecuencia una instancia

¹⁰³Por ejemplo, convenio político entre el Reich alemán y el Estado libre de Baviera, acerca de la transferencia de la administración de correos y telégrafos por parte de Baviera al Reich, 23-31 de marzo de 1920, § 13 (RGBl. Pág. 640); las divergencias de opinión entre los Gobiernos contratantes respecto a la interpretación de este contrato deber ser falladas por el Tribunal de Justicia Constitucional. Confróntese también § 43 del Convenio político acerca de la transferencia de los ferrocarriles del Estado al Reich, 31 de marzo de 1920, (RGBl, página 787.)

¹⁰⁴Por ejemplo, artículo 38 del Convenio sobre el Tribunal arbitral de La Haya 1907, artículo 13, apartado 2 de los Estatutos de la Sociedad de las Naciones; artículo 36 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional; artículo 2 del Convenio germano-suizo sobre conciliación y arbitraje, de 3 de diciembre de 1921 (STRUPP, *Documents* v, pág. 591), etc.

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

para zanjar los litigios que surjan entre los miembros de la Confederación, así como para resolver las cuestiones que se produzcan dentro de uno de los Estados, y que puedan comprometer la paz y la seguridad, o la homogeneidad de la Confederación¹⁰⁵. Presupónese por añadidura que el fundamento de la Constitución federal en un contrato, acerca de cuya interpretación y aplicación pueden surgir, entre las partes, cuestiones que precisan ser resueltas. Cuando en el curso de la evolución desaparece el fundamento contractual, y la organización federal sólo descansa en la decisión política de un titular común del poder legislativo, como es el caso en la organización del Reich alemán, según la Constitución de Weimar, puede recogerse o instituirse de nuevo, junto con otras instituciones federales, un Tribunal federal de Justicia Constitucional, en cuanto existe constitucionalmente una organización federal.

El artículo 19 RV. figura en lo que pudiéramos llamar tratado sistemático de la organización federal del Reich alemán: en el capítulo «El Reich y los Territorios.» En él se habla de litigios, que no son derecho privado, entre el Reich y los Territorios, de cuestiones entre los Territorios y, por último, de litigios constitucionales dentro de un Territorio. El concepto de Constitución que resulta de esta clasificación tripartita, queda determinado en dos aspectos por la idea contractual: en virtud de la organización federal del Reich y en virtud de las reminiscencias del período de luchas constitucionales de mediados del siglo XIX, durante el cual la Constitución era un contrato (pacto, convenio) entre el Gobierno y la representación nacional. Los

¹⁰⁵*Verfassungslehre*, páginas 113 y s. con esto no se pretende defender como posible o como justa la judicialidad ilimitada para todas las relaciones federales; muy certeramente se expresa acerca de esta cuestión. C. BILFINGER, *Der Einfluss der Einzelstaaten auf die Bildung des Reichswillens*, Tübingen 1923, páginas 9 y s.; confróntese también la concepción de A. HAENEL, anteriormente página 49, nota. Trátase en este caso, solamente, de la relación federal entre contrato constitucional y justiciabilidad. Resulta tan imposible como en cualquier otra Constitución resolver la Constitución federal en un sistema de derechos y obligaciones concretos (R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, página 172.)

litigios entre el Reich y los Territorios o entre los Territorios mismos son, en una organización federal, litigios que emanan de la relación contractual federal, o por lo menos de una coordinación de entidades estatales mantenida por la Constitución. Ahora bien, los litigios constitucionales dentro de un Territorio son, según la concepción histórica, litigios entre el Parlamento y el Gobierno, emanados del contrato constitucional que entre ellos existe¹⁰⁶. En los litigios constitucionales dentro de un Territorio está interesada la Confederación como tal, porque aspira a la resolución y conciliación pacífica, de acuerdo con el principio general del arbitraje, que es consustancial a toda Confederación¹⁰⁷. En consecuencia, el fallo de tales litigios constitucionales que se producen dentro de un Territorio, por parte de un Tribunal federal, está íntimamente enlazado con la organización federal misma, y resulta inseparable de ella. Por esta razón es inadmisibles «extender» simplemente a las cuestiones constitucionales dentro del Reich la competencia de un Tribunal de Justicia Constitucional del Reich que sea competente para las cuestiones constitucionales que se suscitan dentro de un Territorio. Tal extensión significaría una profunda alteración constitucional, y con seguridad sólo sería admisible por vía de reforma de la Constitución¹⁰⁸, puesto que vendría a transformar de un modo absoluto la institución entera, asignando a la misma instancia dos funciones contrapuestas, una de derecho específicamente federal, y otra específicamente interna de cada Estado, que se desarrollaran paralelamente. Una Institución federal quedaría así amalgamada con otra unitaria y centralista, con lo que el caos reinante

¹⁰⁶ *Verfassungslehre*, página 115.

¹⁰⁷ *Verfassungslehre*, página 369.

¹⁰⁸ Sería también necesaria una ley reformatora de la Constitución porque en realidad se crearía una nueva instancia para funciones legislativas; esta circunstancia ha sido ignorada por LÖWENTHAL, DJZ. 1927, col. 1234 y s. y «*Reichsverwaltungsblatt*», 22 de noviembre de 1930, página 748. Reclaman con razón una ley reformatora de la Constitución: HOFAGKER «*GERICHTSSAAL*» 1927, página 213; R. GRAU, op. cit. página 287; BREDT, «*Zeitschrift f. d. ges. Staatsw.*», vol. 82 (1927), página 437; particularmente V. IMHOFF, op. cit. página 244 y s.

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

ya en la actualidad en el Derecho federal del Reich resultaría aun más confuso e impenetrable. Un Tribunal de Justicia Política del Reich para cuestiones constitucionales que se produzcan en el interior de un Territorio y un Tribunal de Justicia Constitucional para litigios constitucionales que afecten al Reich son estructuras esencialmente distintas, porque la primera descansa sobre la premisa y fundamento de una organización federal, y la segunda, no. Si la competencia de una instancia federal del Reich viene adicionada con una función de carácter unitario y centralista, no sería un simple «extensión» lo que resultara, sino un tránsito a sectores constitucionales muy distintos.

Un Tribunal federal que falle sobre las cuestiones constitucionales suscitadas dentro de uno de los Estados federados, es, al mismo tiempo, protector de la Constitución federal y de la del Territorio respectivo. Particularmente es defensor de la homogeneidad constitucional que es inherente a toda Confederación. En ninguna Confederación o estructura federal se puede considerar la Constitución de uno de los Estados miembros independientemente de la Constitución del Estado federal. El Tribunal de Justicia Constitucional del Reich, cuando falla acerca de litigios constitucionales referentes a un solo Territorio, no debe olvidar la Constitución del Reich, sino ponerla como fundamento de su sentencia. De aquí resulta que los preceptos de la Constitución del Reich pueden engendrar dentro de un Territorio verdaderas cuestiones constitucionales, desde el momento en que la Constitución del Reich contiene ciertos preceptos orgánicos inexcusables (arts. 17, 30, 36, 37, 39 RV.) para la Constitución del Territorio de que se trata. Más de ello no se infiere, por el contrario, que todos los litigios referentes a la aplicación o ejecución de los preceptos de la Constitución del Reich, cuando se desarrollan en un Territorio (por lo menos en cuanto a las partes en litigio), sean litigios constitucionales dentro de un Territorio. En efecto, la Constitución del Reich no se considera dentro de un Territorio como parte de la Constitución de éste, sino que posee un carácter independiente. La organización de un Territorio no está estructurada de tal modo que en primer término descansa sobre la Constitución territorial, y en

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

segundo lugar sobre la Constitución del Reich en cuanto se halla recibida por la Constitución del Territorio y limitada al mismo. La Constitución territorial se concreta al resto de las atribuciones políticas todavía reservadas a los Territorios; sólo en este marco son posibles los litigios constitucionales dentro de un Territorio, y sólo con ellos se relaciona la institución, en un Territorio, de un Tribunal de Justicia Constitucional, cuya competencia, según el artículo 19 RV., precede la competencia de un Tribunal de Justicia Constitucional del Reich. Según la evolución histórico-constitucional de la fórmula «litigios constitucionales dentro de un Territorio»¹⁰⁹, las cuestiones emanadas de la Constitución del Reich no son litigios en el interior de un Territorio. En ese principio no introduce alteración alguna el citado artículo 19, como se deduce de las manifestaciones hechas por el representante del Ministerio de Justicia del Reich, Consejero Zweigert¹¹⁰, durante los debates de la Asamblea de Weimar, y el texto del artículo no dice «de modo indudable» (como se afirma en la sentencia de 13 de abril de 1927, RGZ. 120, anexo página 21) lo contrario. Más bien puede asegurarse que tiene razón R. Thomas cuando afirma: «El texto del artículo se pronuncia acaso por la negativa», aunque un litigio sobre la Constitución del Reich pueda considerarse como litigio constitucional dentro de un Territorio¹¹¹. También los informes se pronuncian por la negativa¹¹². El requisito exigido por el artículo 19 (litigios constitucionales dentro de un territorio «en el cual no existe Tribunal alguno para su resolución») confirma este punto de vista. Sin embargo, el artículo 19 no se propone encomendar la decisión de los litigios constitucionales emanados de la Constitución del

¹⁰⁹Cfs. *Verfassungslehre*, página 114.

¹¹⁰Prot. Página 411 (contra la opinión de KAHL, que señala como litigio constitucional todo litigio que tiene como objeto la Constitución); además las declaraciones de HUGO PREUSS, en 2 de abril de 1919, en los protocolos manuscritos de la Comisión Constitucional, VOL. I, n.º 6, protocolos adicionales 3.

¹¹¹*Die Staatsgerichtsbarkeit in Deutschen Reich*. Homenaje al Tribunal Supremo, 1929, I, página 181. Sin embargo, dice Thomas, en relación con ello, que el texto autoriza la contestación afirmativa a esta cuestión.

¹¹²Así opina con razón R. THOMA, op. cit. página 181.

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

Reich a un Tribunal de Justicia Constitucional del Territorio, y convertir los Tribunales de Justicia Constitucional de los Territorios en instancias para un Derecho constitucional del Reich, territorialmente limitado. Dicho artículo atiende solamente a los intereses del Reich, como conjunto de la organización federal, y se propone la resolución de los conflictos políticos que, emanados de la Constitución territorial, surgen dentro del Territorio.

El Tribunal de Justicia Constitucional del Reich ha dado, en cambio, a su competencia una extensión más amplia. Se ocupa de conflictos que tienen sus raíces en la Constitución del Reich, «en cuanto se discute un precepto de la Constitución del Reich que sirva de complemento a la Constitución de un Territorio o a otras normas jurídicas territoriales de carácter constitucional», considerándolos litigios constitucionales dentro de un Territorio¹¹³. De este modo, la limitación establecida por la frase «den-

¹¹³Sentencia de 12 de julio de 1921 (RGZ. 102 pág. 415 y AoR. 42, página 79; LAMMERS-SIMONS I, pág. 357); sentencia de 15 de octubre de 1927 (RGZ. 118, anexo pág. 4 y LAMMERS-SIMONS I, pág. 292); tres sentencias de 17 de diciembre de 1927 (LAMMERS-SIMONS I, págs. 330, 341 y s. y 398 y s.): sentencia de 2 de mayo de 1928 (RGZ. 120, anexo pág. 19; LAMMERS-SIMONS I, pág. 352); finalmente, confirmado de modo expreso la práctica anterior: sentencia de 24 de junio de 1930, RGZ anexo páginas 1 y s.; allí se contiene también, en la página 6, la fórmula citada en el texto; igualmente POETZSCH-HEFFTER, *Handkommentar*, 3.^a ed. página 157 (invocando los arts. 17, 37 y s. RV., lo que a su juicio mío no es acertado); H. H. LAMMERS, JW. 1928, página 3255, nota, considera «indudable» apoyándose en las «sentencias sobre cuestiones previas» del Tribunal de Justicia Constitucional, que los litigios referentes a la Constitución del Reich pueden agruparse con los litigios constitucionales de un Territorio. En cambio, me parece acertado el argumento de G. Leibholz, *Gleichheit von dem Gesetz*, página 126, nota, según el cual en el artículo 19 se considera como litigio constitucional «un litigio sobre la aplicación, utilización o interpretación de una ley fundamental del Estado particular». «Esto se deduce de modo seguro de la competencia estrictamente subsidiaria del Tribunal de Justicia Constitucional; de otro modo existiría para los Territorios la posibilidad de eludir la competencia, así fundada, del Tribunal Supremo o del Tribunal de Justicia Constitucional, y de sustituirla por el fallo de un Tribunal territorial.» También es acertada la opinión de E. R. HUMBER, AÖR. XIX (1930), página 456, en la recensión del libro de FR. KÜHN, *Formen des verfassungsgewärtlichen Restsschutzes im deutschen Reichs und Landestaatsrecht*, Leipzig 1929. ANSCHÜTZ, *Kommentar*, 3.^a ed. refundida, página 154 (núm. 2 al art. 19) ha rectificado su anterior opinión, adhiriéndose a la del Tribunal de Justicia Constitucional; GIESE, *Kommentar*, 8.^a ed., página 82, acentúa el carácter excepcional de los litigios constitucionales, emanados de la Constitución del Reich, dentro de un Territorio.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

tro de un Territorio», o bien se traduce en una mera limitación territorial, o se hace depender de la circunstancia de que ambas partes, o por lo menos la parte demandada, sean instancias u organizaciones del Territorio. Así se considera como litigio constitucional dentro del Territorio el hecho de que una asociación religiosa, sobre la base de un título histórico e invocando preceptos de la Constitución del Reich, formule ciertas reclamaciones contra un Territorio; supuesta la capacidad de las partes, habría de considerarse como litigio constitucional dentro de un Territorio el hecho de que una organización de funcionarios considere la Ley sobre Sueldos de un Territorio como vulneración del artículo 129 RV., o cuando municipios, confesiones religiosas, pequeños partidos, Cámaras de comercio, de artesanos, de abogados y de médicos, sindicatos, asociaciones profesionales de la más diversa especie, Universidades e incluso, acaso, Facultades de Teología, puedan invocar para sí alguno de los párrafos, de incalculable alcance, del Libro Segundo de la Constitución de Weimar. La expresión «litigios constitucionales dentro de un Territorio» quedaría así desglosada de la estricta relación federal. Los límites o divisorias ya no serían perceptibles.

Pero también resultan muchos inconvenientes del hecho de que puedan ser ventilados, sin más requisitos, ante el Tribunal de Justicia Constitucional del Reich todos los «litigios que no son de Derecho privado» entre el Reich y un Territorio, y de que, además, el concepto de litigio adquiera tal amplitud que en definitiva quede sometida a su competencia toda disparidad de opinión entre el Reich y uno de los Territorios. En tal caso, el organismo competente del Reich puede convertir lisa y llanamente el Tribunal de Justicia Constitucional en suprema instancia inspectora del Reich y, por el contrario, el Territorio ha de conformarse con el curso normal de la inspección del Reich,

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

formulando una demanda ante el Tribunal de Justicia Constitucional; las cuestiones entre el Reich y un Territorio pueden ser simultáneamente litigios constitucionales dentro de un Territorio, y viceversa, etcétera. Las posibilidades, instancias y recursos constitucionales que la Constitución del Reich ha instituido para las relaciones entre el Reich y los Territorios, especialmente la llamada «ejecución por el Reich» según el artículo 48, apartado 1 RV., la decisión acerca de la validez jurídica general, para el Reich, de una ley territorial, según el artículo 13, apartado 2 y la institución jurídica de la inspección por el Reich según el artículo 15¹¹⁴ hubieran resultado todavía más complicadas de lo

¹¹⁴La sentencia de 9 de diciembre de 1929 (RGZ. 127, anexo pág. 125, LAMMERS-SIMONS II, pág. 25) ha enunciado una concepción fundamental de la relación entre artículo 15 y artículo 19 RV.: «Un litigio que corresponda al ámbito del artículo 19, y cuya naturaleza no sea de derecho privado, es, por consiguiente, un litigio entre el Reich y un Territorio, acerca de si el modo de ser ejecutada la ley del Reich por el Territorio supone una infracción contra el sentido de la ley del Reich de cuya ejecución se trata, es decir, de si la ejecución es defectuosa por la manera de realizarla.» De la regulación expresa del artículo 15, apartado 3 «no puede inferirse que en aquellos casos en que la divergencia de opinión acerca del modo de ejecutar una ley del Reich no ha encontrado todavía su expresión precisa mediante una reclamación formal por defecto, este litigio que no es de naturaleza jurídico-privada no pueda ser sometido al Tribunal de Justicia Constitucional. En los casos últimamente referidos se aplica más bien con carácter complementario el art. 19. Este establece una norma general». Para la crítica de estas opiniones cfs. los comentarios, a juicio mío muy acertados, de VON JAN, «*Bayr. Verw BI.*» 1930, páginas 68 y s. En el litigio referente a rezos escolares en Turingia (sentencia de 11 de julio de 1930, RGZ. 129, anexo pág. 18), el Tribunal de Justicia Constitucional ha declarado, respecto a si según el artículo 15, apartado 3 RV, debía proceder una denominada «denuncia de las deficiencias» a la intervención del Tribunal Constitucional, que «no era necesaria investigación previa alguna para el caso en cuestión», en primer lugar, porque semejante denuncia se había efectuado ya, y en segundo término porque en todo caso no existía, según el artículo 19, un litigio cuya naturaleza no fuera de derecho privado, de donde se infiere «sin más requisitos» la competencia del Tribunal de Justicia Constitucional del Reich. El argumento aducido por el Reich, de que Turingia ha reconocido la competencia del Tribunal de Justicia Constitucional (pág. 14), no ha sido aceptado por dicho Tribunal, circunstancia muy digna de ser tenida en cuenta.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

que ya lo son. Cabía evitar este resultado acentuando el carácter subsidiario de la competencia según el artículo 19 RV. Pero la práctica anterior del Tribunal de Justicia Constitucional no ha limitado su competencia en ese aspecto. El Gobierno del Reich utiliza al parecer, en ocasiones, dicho Tribunal para sustraerse a la necesidad de tomar una posición política propia¹¹⁵. Por añadidura, no es procedente caracterizar la decisión efectuada por un Tribunal de Justicia Constitucional como un complemento alternativo, de carácter general (respecto de las otras posibilidades de decisión que suministran los sectores civil, penal, administrativo y financiero). Cabe considerar como subsidiariamente competente un Tribunal, pero no es posible hacer «subsidiario» el concepto material del litigio constitucional. El hecho de la existencia de un litigio jurídico federal, ni depende de que otras instancias no se hayan ocupado del asunto, ni puede concurrir de modo complementario a cada diferencia de opinión. Igualmente difícil de determinar que el concepto de la Constitución lo es el de semejantes materias litigiosas, tanto en el aspecto subsidiario como en el complementario. La actividad del Tribunal de Justicia Constitucional debe siempre patentizar inmediatamente y de modo específico su relación con la Constitución.

¹¹⁵Es muy característica la observación de H. H. Lammers, JW. 1928, página 3255, nota: «El hecho de que el gobierno del Reich no se haya colocado abiertamente de parte de la Iglesia, provocando con ello una «divergencia de opinión» en el sentido del artículo 15, apartado 3 RV., o un «litigio» en el sentido del artículo 19 RV., se debe, al parecer, tanto a la dificultad de enjuiciar las cuestiones referentes al derecho territorial —para lo cual carecía de base el Gobierno del Reich— como a razones de naturaleza política. Es muy comprensible que el Reich tenga interés en que un litigio de Derecho público que, como «litigio de carácter no privado entre el Reich y los Territorios» o como «litigio constitucional en el interior de un País», ha de ser ventilado según el artículo 19 RV. ante el Tribunal de Justicia Constitucional, lo sea, en lo posible, en esta última forma. Lo más natural era, pues, para el Gobierno del Reich, dejar que la Iglesia por sí sola ventilara su asunto ante el Tribunal mencionado y defendiera personalmente sus derechos, puesto que se hallaba en mejores condiciones que el Gobierno del Reich para desarrollar el asunto, objeto del litigio, que se movía en el ámbito del Derecho territorial sajón.

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

c) Jurisdicción política constitucional como expresión de la tendencia a transformar la Constitución en un contrato (compromiso) constitucional.

Además de la posibilidad de considerar la Constitución como un contrato en el orden jurídico federal, existe otra posibilidad, de carácter esencialmente diverso, de estimar la Constitución como un contrato erigiéndola, en consecuencia, como fundamento de una jurisdicción política o constitucional. Cuando el Estado no se considera como una unidad hermética (ya sea por dominio de un monarca o de un grupo imperante, ya sea por la homogeneidad de la nación, unificada en sí misma), descansa de manera dualista o acaso pluralista sobre un convenio o compromiso de varias partes. En tal caso, la forma y manera de su existencia política están determinadas por convenios o contratos¹¹⁶. Así, por ejemplo, el Estado estamental de la Edad Media descansaba sobre pactos de naturaleza diversa, sobre estipulaciones, convenios, capitulaciones, compromisos, transacciones, establecimientos, inteligencias, en una palabra, sobre un sistema de contratos recíprocos con derechos contractualmente bien adquiridos y con reservas típicas y concretas, y aun, en caso de necesidad, con derecho a la resistencia, caracteres todos ellos que resultan consustanciales a este género de contratos. Igualmente responde a una concepción muy extendida durante el

¹¹⁶La diferencia entre contratos y convenios puede ser pasada por alto en este momento, no obstante, precisa advertir, por lo menos, que es un síntoma extraño, aunque no inquietante, que la distinción desarrollada por BINDING y TRIEPEL, para las relaciones interestatales (Derecho internacional y Derecho federal), y recientemente calificada de «indiscutible» por KOROWIN, *Das Völkerrecht der Übergangszeit*, Berlín-Grunewald 1929, pág. 25) sea aplicada a las relaciones y convenios de carácter interior en los Estados; así procede, por ejemplo, H. LIERMANN, *Über die rechtliche Natur der Vereinbarungen politischer Parteien untereinander*, AoR., N. F. XI (1926), página 411; acerca del «convenio» en materia de Derecho obrero, respecto a la teoría del contrato colectivo E. JACOBI, *Grundlehren des Arbeitsrechts*, Leipzig 1927, páginas 260 y s.; además, HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, II, 1930, página 116 (donde se declara que tal distinción carece de valor para el Derecho obrero) y la bibliografía allí indicada.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

siglo XIX en Alemania, y hasta dominante por espacio de varios decenios, la idea de que la Constitución es un contrato, pudiendo considerarse como un contrato escrito cuyas partes son el príncipe y el pueblo, el rey y las Cámaras, el Gobierno y la representación nacional. De ahí resulta, como conclusión particularmente interesante para nuestro objeto, un concepto que por su carácter tradicional resultaba en esencia incontrovertible en Alemania, hasta el año 1919: según él, litigios constitucionales son solamente los promovidos entre el Gobierno y el Parlamento acerca de sus respectivos derechos emanados del pacto constitucional. Una nueva consecuencia de trascendencia política particularísima es que, a su vez, también la reforma de la Constitución puede ser concebida, por consiguiente, como un contrato entre los factores del pacto constitucional. Para el objeto que aquí nos interesa, basta subrayar que las divergencias de opinión, diferencias y litigios referentes al contenido de la Constitución escrita, eran resueltas por medio de una inteligencia entre ambas partes. Así se produjo en Baviera el famoso «laudo constitucional» de 1843, que aun cuando no se estime como interpretación auténtica de la Constitución, sino como «medio» para lograrla, sirvió como fundamento para el ejercicio del derecho de aprobación del Presupuesto por parte de los estamentos, aun prescindiendo de la reserva que contienen los puntos no resueltos del litigio¹¹⁷. En el artículo 153 de la Constitución sajona de 1831 la consecuencia se extrae de modo manifiesto y expreso: sólo puede decidir el Tribunal de Justicia Constitucio-

¹¹⁷SEYDEL, *Bayerisches Staatsrecht*, 2.^a ed., VOL. II (1896), páginas 565 y s. SEYDEL declarada que el laudo constitucional constituye un valioso medio de interpretación, cuya importancia política radica en que en él viene a expresarse el acuerdo jurídico de la Corona y de las Cámaras (pág. 571). El laudo constitucional está reproducido en STOERK-RAUCHHAUPT, *Handbuch der deutschen Verfassungen*, página 109. Acerca de la relación entre concepto de Constitución e interpretación de la Constitución, se expresa con particular claridad R. MOHL, *Verantwortlichkeit der Minister*, 1837, páginas 173 y s.: «Si la ley que se comenta no está todavía determinada de un modo suficiente, tienen aplicación los siguientes principios: 1.º Una carta constitucional es el instrumento contractual acerca de las normas fundamentales de Gobierno establecidas de común acuerdo entre el príncipe y el pueblo», etc.

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

nal y cuando surgen dudas acerca de la interpretación de ciertos puntos de la Carta constitucional, y las disparidades no pueden ser zanjadas mediante acuerdo entre el Gobierno y los estamentos. La afinidad, destacada por Carl Bilfinger¹¹⁸, de ciertos fenómenos jurídico-constitucionales con los del Derecho internacional, se manifiesta con peculiar claridad en todos aquellos casos en que se revela la idea de un contrato o de un compromiso constitucional; esa semejanza se traduce particularmente en el hecho de que el asunto dudoso o litigioso se hace en primer término el objeto de negociaciones, y en que la competencia del Tribunal descansa sobre la previa sumisión de las partes.

La Constitución vigente en el Reich afirma la idea democrática de la unidad homogénea e indivisible de todo el pueblo alemán, que, en virtud de su poder constituyente, se ha dado a sí mismo esta Constitución mediante una decisión política positiva, es decir, mediante un acto unilateral. Por esta razón, todas aquellas interpretaciones y aplicaciones de la Constitución de Weimar que pretenden ver en ella un contrato, un compromiso o algo semejante, deben rechazarse solemnemente por vulnerar el espíritu de la Constitución. Pero en la Constitución de Weimar radica, sin embargo, un elemento contractual en lo que tiene de organización federal; aun prescindiendo del fundamento federativo habría que reconocer inevitablemente carácter constitucional al apartado que se refiere a las relaciones federales, y, por consiguiente, contractuales. De este modo se establecen también las bases para el género Tribunal de Justicia Política a que nos hemos referido en el capítulo anterior. Además de esto, en la realidad de la situación constitucional de la Alemania de nuestros días aparece todavía otro elemento que guarda relación contractual, o que por lo menos manifiesta una ten-

¹¹⁸*Betrachtungen über politisches Recht*, «*Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*», VOL. I, Berlín 1930, página 63; también F.W. JERUSALEM. *Die Staatsgerichtsbarkeit*, páginas 97 y s. Respecto de la «analogía con los litigios internacionales» hacen ya algunas referencias R. THUDICHUM, op. cit. página 681 y R. MOHL, *Verantwortlichkeit der Minister*, 1837, página 209; cfs. también anteriormente, página 92, nota 65; sobre la analogía con el Derecho obrero cfs. más adelante, página 230, nota 23.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

dencia hacia él: nos referimos al elemento pluralista. La evolución de ciertos grupos sociales: partidos políticos, asociaciones de intereses y otras organizaciones, da como resultado que una mayoría de complejos, organizados robustamente, con burocracias propias y con un sistema completo de organizaciones auxiliares y defensivas, se extienda, rebasando las fronteras de los diversos Territorios, sobre todo el Reich, y vaya apoderándose de los resortes de formación de la voluntad política, así como de las posiciones de dominio público en el Reich, en los Territorios y en los organismos dotados de autonomía administrativa. Como titulares de este pluralismo, al que muy pronto haremos referencia, aparecen diversas constelaciones sociales y complejos de poder: partidos políticos sólidamente organizados, asociaciones profesionales (de industriales, agricultores; sindicatos), asociaciones religiosas. Todas ellas existen y negocian como titulares de una masa de poder social relativamente sólida, fija y definida. Su importancia es diversa para los distintos sectores concretos (política exterior, economía, cultura, concepción filosófica) y sólo pueden apreciarse justamente en sus actividades sistemáticas de conjunto; pero la fragmentación pluralista del Estado resulta, como tendencia, claramente perceptible. Ante todo puede comprobarse un efecto que es de importancia, en este caso, para el problema de la Constitución como contrato: la Constitución misma y la formación de voluntades políticas que en su ámbito se desarrolla aparecen como compromiso de los titulares del pluralismo político, y las variables coaliciones (según el sector real del compromiso: política exterior; política económica, política social, política cultural) de estos complejos sociales de poder transforman con sus métodos de actuación el Estado mismo en una estructura pluralista. En la bibliografía teórica se ha proclamado ya con gran desenfado en el sector teórico-constitucional, la tesis de que el Estado parlamentario es, en absoluto y por esencia, un compromiso¹¹⁹. Aunque no se

¹¹⁹ H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlín 1925, página 324 (con la confusión, típicamente liberal, de liberalismo y democracia); *Wesen und Wert der Demokratie*, 2.^a ed., Tübingen 1929, página 57; de modo especialmente característico en el Informe acerca de la esencia y desarrollo de la jurisdicción política. Publicación de la Asociación de profesores alemanes de Derecho político, fasc. 5, página 81, donde se relaciona el carácter de compromiso que reviste el Estado democrático moderno con la jurisdicción constitucional en el Estado federal. Todo el informe parte, además, del hecho de que Constitución es igual a ley constitucional, y ésta, igual a norma. El concepto de norma, susceptible de tan diversas acepciones, vuelve a revelarse como vehículo de traslaciones de concepto: como todo lo posible puede valer como norma, resulta posible escamotear incluso la variedad mismo del concepto de Constitución que, por su valor fundamental teórico y práctico, sirve de centro a toda disquisición sobre Derecho constitucional y puede concretarse en las siguientes preguntas: la Constitución ¿es una decisión política realizada por la unidad esencialmente homogénea de la nación?, ¿es una ley (de qué legislador)?, ¿es un contrato o un compromiso (de qué elementos contractuales)?, y todo esto, decisión, ley y contrato, puede encubrirse bajo la palabra «norma».

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

tiene conciencia plena de las consecuencias jurídico-constitucionales de esta afirmación, con ello se quiere enunciar abiertamente que el Estado actual, juntamente con su Constitución, es objeto de un compromiso entre las entidades sociales que intervienen.

Incluso la misma Constitución de Weimar suele ser frecuentemente concebida y definida como compromiso, tanto en su conjunto —cuando se la considera como «paz de las clases sociales» o «paz entre las religiones»— o aunque solo sea como un mero «armisticio» entre la clase obrera y la burguesía alemana, entre los católicos y protestantes, cristianos y ateos¹²⁰ —como en sus capítulos y preceptos concretos, por ejemplo los referentes a la iglesia y a la escuela, respecto de los cuales absolutamente corriente y muy característica para nuestro objeto la denominación de «compromiso escolar». En todos los casos de semejante atomización pluralista de la unidad política y constitucional, los elementos sustentantes del pluralismo reclaman su derecho a la Constitución misma, es decir, al poder político y a su ejercicio. La Constitución ha de ser su Constitución, porque son ellos quienes la han llevado a término. Hacen valer sus derechos al

¹²⁰Sobre este particular CARL SCHMITT, *Hugo Preuss: sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, Tübingen (*Recht und Staat*, fasc. 72), 1930, páginas 31-32.

poder público porque pueden titularse factores del compromiso, es decir, sujetos del contrato, pues gracias a ellos han llegado a efecto tanto la Constitución como todas las demás creaciones de voluntad política. Sus diferencias son cada vez más semejantes a los litigios internacionales, resolviéndose como ellos, en primer lugar por mutuas negociaciones y arbitrajes, y en último término, tan pronto como se produce la sumisión voluntaria y existe un litigio arbitrable o justificable, mediante un fallo judicial. En la teoría política y constitucional de la Alemania contemporánea falta todavía una conciencia sistemática de este estado de cosas. Además, los titulares de este pluralismo se muestran reacios, en la mayoría de los casos, a permitir que su actuación práctica sea objeto de una sistemática investigación. Ni siquiera tiene interés en apurar las consecuencias prácticas de su posición, porque, atentos a sus partidarios y electores, procuran sustraerse, en lo posible, a los riesgos de la política. Así, muchas veces ocurre que se esfuerzan por encubrir la realidad con un llamado formalismo, manteniéndose, mediante una antítesis de «jurídico» y «político», en una imprecisa penumbra que favorece todo género de subterfugios.

En ciertos litigios que en la actualidad se ventilan ante el Tribunal de Justicia Constitucional del Reich, fácilmente se advierte que las partes genuinas de semejantes pleitos son estructuras sociales de esa naturaleza, o coaliciones de las mismas en forma de partido político, de manera que el proceso no hace sino reflejar la estructura pluralista del Estado. Incluso en los litigios entre el Reich y un Territorio, es una coalición política de partido la que promueve, en realidad, un litigio a otro partido enemigo suyo. El hecho de que se lleguen a celebrar composiciones, y de que estas composiciones se estipulen con la mayor naturalidad, es la mejor prueba de que los partidos políticos, conforme a un principio generalmente reconocido, tratan el asunto del litigio constitucional como algo susceptible de particular arreglo y convenio, y, en consecuencia también, como algo sometido a su especial arbitrio. Así, por ejemplo, hace poco tiempo (diciembre 1930) se resolvió mediante una composición de esa naturaleza el litigio surgido entre el Reich y Turingia

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

a causa de la suspensión de asignaciones suplementarias por gastos de policía¹²¹. En este caso, sin embargo, puede justificarse la disposición relativa al objeto del litigio diciendo que se trataba en primer término de una relación federal entre el Reich y un Territorio, litigio en el cual no puede suprimirse el elemento federal, es decir, contractual, de una manera completa, relación que, aparte de la Constitución, está además regulada por otros convenios y estipulaciones subsidiarias; en segundo lugar, el litigio afectaba a una acción pecuniaria, y sabido es que el carácter especial de estos litigios se ha hecho valer ya en la práctica de

¹²¹El laudo que fue sometido a las partes pro el Presidente del Tribunal de Justicia Constitucional, y aceptado por los interesados, tenía el siguiente texto, según las informaciones de la prensa en 23 de diciembre de 1930:

Las partes están de acuerdo en reconocer que la cuestión de hasta qué punto el partido nacional socialista obrero persigue fines subversivos u otros punibles, no deber ser desarrollada en el marco del procedimiento actual. El punto de vista que cada parte adopta respecto a esta cuestión no queda afectado por el presente laudo, ni por las declaraciones en él contenidas. Las partes consideran que dicha cuestión fundamental debe ser sometida a esclarecimiento mediante otro proceso que se ventile ante el Tribunal Supremo.

El Reich levanta la suspensión de las asignaciones supletorias por gastos de policía; las cantidades hasta ahora devengadas se abonarán después. Turingia retira la demanda que presentó ante el Tribunal de Justicia Constitucional.

El Territorio de Turingia reconoce nuevamente la obligación de procurar una segura garantía de carácter apolítico de la policía de seguridad en su conjunto, así como de la conducta imparcial de cada uno de sus funcionarios en el servicio. En consecuencia, el Gobierno de Turingia no procederá al colocar, organizar y revocar los individuos de su policía, según puntos de vista inspirados en la conveniencia de los partidos políticos, sino exclusivamente según el criterio de la idoneidad y según las exigencias del servicio. Los partidos están de acuerdo en que con ese principio resulta tan inconciliable el acto de negarse de plano a colocar individuos pertenecientes al partido social-demócrata como entregar listas de candidatos a una organización de partido, para comprobar si pertenecen a él.

El ministerio de Turingia, en pleno (!), sale fiador de la observancia de estas obligaciones.

Este acuerdo no prejuzga la cuestión de si los preceptos y convenios según los cuales deben abonarse a los Territorios asignaciones suplementarias para gastos de policía sirven de fundamento a una obligación de pago o solamente a un compromiso del Reich.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

las disposiciones provisionales del Tribunal de Justicia Constitucional¹²². De naturaleza totalmente distinta es el famoso laudo entre el Consejo de Estado prusiano y el consejo de Ministros prusiano de 31 de octubre de 1923, que contiene un acuerdo de estas dos entidades sobre la interpretación y aplicación del artículo 40 de la Constitución de Prusia, y en virtud de cuyo laudo queda sobreesido, por inconsistente, el pleito en cuestión¹²³. Este

¹²² Así, por ejemplo, en la sentencia de 17 de noviembre de 1928, RGZ, vol.122, páginas 18 y s.; LAMMERS-SIMONS I, página 175 (continuación en el pago de cantidades); en sentido contrario se pronuncia, por ejemplo, la resolución de 13 de julio de 1929, LAMMERS-SIMONS II, página 99: «En consecuencia, el Tribunal de Justicia Constitucional no puede entorpecer la promulgación de leyes acordadas, mediante un acto administrativo de carácter provisional»; ante todo, resolución de 17-18 de julio de 1930 (RGZ. 129, anexo pág.28), que para nuestro objeto reviste especial interés porque se rechaza la demanda de que sea ordenado el pago provisional de las asignaciones suplementarias a los gastos de policía (es decir, cantidades de dinero) por parte del Reich a Turingia, basándose la denegación en la circunstancia ya aducida anteriormente (pág. 71, nota 41) «de que el Tribunal de Justicia Constitucional debe proceder en el porvenir, como lo ha hecho hasta el presente, con la máxima precaución y recato al hacer uso de sus atribuciones provisionales».

¹²³

El acuerdo está impreso en LUDWIG WALDECKER, *Die Verfassung des Freistaates Preussen*, 2.^a ed. 1928 (Biblioteca jurídica de STILKE, núm. 4, páginas 110 y ss.) el texto es tan interesante que merece ser citado aquí, en detalle, destacando las formulaciones de mayor importancia para nuestro objeto:

I.- Las partes litigantes están de acuerdo en que el artículo 40, apartado 1 de la Constitución de Prusia reconoce al consejo de Estado, independientemente de las misiones que le señalan los apartados 2 a 4 del artículo, un derecho sustantivo a ser informado por el consejo de Ministros, pero no, como expresamente se advertía ya en la reclamación del consejo de Estado de 20 de octubre de 1922 (Documentos del Landtag, 4761), un derecho especial de dictamen, control o colaboración. Por lo demás, las partes litigantes desean reservar la ejecución de este principio en todos los casos al convenio que sobre cada uno recaiga, pero el Consejo de Ministros se muestra desde ahora expresamente dispuesto a tener al corriente al Consejo de Estado, en lo posible, en todos los casos de importancia, incluso en los referentes a normas generales, de las instrucciones que se dan a los representantes prusianos en el Consejo del Reich.

II.- Las partes litigantes están de acuerdo en que la cuestión de si el Consejo de Ministros tiene que publicar también las leyes votadas por el Landtag en cuya promulgación se ha omitido el requisito de pedir informe al Consejo de Estado, no puede resolverse sin la colaboración del Landtag. No obstante, el Consejo de Ministros reconoce al consejo de Estado, sin reserva alguna, que está incondicionalmente obligado por el precepto del artículo 48, apartado 2 de la Constitución prusiana, a dar conocimiento oportuno al Consejo de Estado, para su información, de todos los proyectos de ley, antes de ser presentados en el Landtag.

III.- El Consejo de Ministros deja en suspenso, frente al Consejo de Estado, la cuestión de si también, la interpretación del artículo 40, párrafo 4 de la Constitución prusiana permite distinguir entre decretos administrativos y decretos jurídicos, en el sentido de la práctica consolidada en la aplicación del artículo 51, y de si solamente ha de oírse el Consejo de Estado o su Comisión permanente en los decretos de carácter administrativo. Ahora bien, en todos los casos en que se trate de decretos mixtos administrativos y jurídicos o en que el carácter del decreto resulte dudoso en ese sentido, se decidirá dar audiencia al Consejo de Estado.

El Consejo de Estado, por su parte, deja en suspenso ante el Ministerio la cuestión anteriormente formulada, pero para los decretos de carácter ejecutivo que sean urgentes o importantes (tanto si son decretos administrativos como jurídicos) se propone establecer un procedimiento sumario de audiencia que tenga en cuenta las necesidades del Estado.

IV.- El presente convenio fue sometido a las partes litigantes, para su aprobación, por los representantes en la tramitación de este acuerdo, el Consejero profesor doctor KAHL, en nombre del Consejo de Estado, los subsecretarios doctor FREUND y FRITZE, en nombre del Consejo de Ministros. Esta aprobación fue otorgada por parte del Ministro en julio, por parte del consejo de Estado en octubre de 1923. Los representantes del Consejo de Estado darán conocimiento del acuerdo al Presidente del Tribunal de Justicia Constitucional. El procedimiento en caso se declara, en virtud de este acuerdo, sobreesido.

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

caso muestra hasta qué punto las partes de un litigio constitucional, dentro de un Territorio y con la colaboración del Tribunal de Justicia Constitucional, consideran el objeto del litigio como algo sujeto a su acuerdo y convenio. La materia del litigio no era aquí otra cosa que el ejercicio de atribuciones y competencias constitucionales.

La resolución procesal de los litigios da siempre lugar, fácilmente, a una coordinación de las partes, especialmente cuando predomina la idea de un proceso civil, y sus analogías son trasladadas al proceso constitucional. Entonces, la coordinación entre las partes, que se halla implicada en el desarrollo del proceso, se refleja en la coordinación que se produce entre la par-

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

tes en virtud de la idea contractual y mediante la equiparación de partes procesales y contractuales que se advierte en cuanto al objeto del litigio, de manera que ambas coordinaciones se apoyan y robustecen mutuamente. Sólo en el caso de penalidad por transgresiones constitucionales manifiestas resulta efectiva la analogía con un proceso penal. En los demás casos se imponen, espontáneamente, los puntos de vista y argumentos del procedimiento civil. Así se dice en la sentencia del Tribunal de Justicia Constitucional de 3 de diciembre de 1927: «Al dilucidar la cuestión de si el caso litigioso particular se desarrolla como un litigio jurídico, precisa partir de la exposición de hechos llevada a cabo por el peticionario, análogamente a lo que en el procedimiento civil sucede cuando al ponerse a prueba la admisibilidad del procedimiento jurídico se toman como base las afirmaciones del demandante»¹²⁴. Esto puede ser absolutamente exacto en algún caso concreto, pero exige ulteriores diferenciaciones; en primer término, debe ser tomada en cuenta la peculiaridad de la jurisdicción política y constitucional, que no permite separar, a la manera del procedimiento civil, la capacidad de las partes y la legitimación activa. Por el contrario, es inexacto e induce a error el hecho de señalar una analogía absoluta, en términos apodícticos, sin más argumentación o diferenciación con el procedimiento civil, considerándola como algo evidente y comprensible por sí mismo.

En la bibliografía del Derecho político se advierten análogas tendencias. La teoría de pasadas épocas, como, en general, la del Derecho público, partía decididamente de la idea de que no existe derecho alguno al poder público, y que en cuanto a su ejercicio no se reconoce derecho al cargo, y al mismo tiempo se afirmaba que el titular de una atribución o competencia de Derecho público no puede disponer de ella como de un derecho subjetivo que le corresponda [en contra de esta tesis, la singularidad, enormidad y carácter extemporáneo de una monarquía radican en que el monarca tiene un derecho al cargo y a sus

¹²⁴ Sentencia de 3 de diciembre de 1927, RGZ. 120, anexo páginas 1 y s.: LAMMERS-SIMONS I, página 147.

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

atribuciones políticas, cosa que resulta inconcebible en el moderno Estado —Bernatzik ha estructurado sobre la singularidad de la posición del monarca una definición jurídica de la diferencia entre monarquía y república¹²⁵]; en la actualidad, por el contrario, las distintas instancias que participan en la formación de la voluntad política convierten la interpretación de la Constitución y el ejercicio de las atribuciones que su cargo les confiere en objeto de convenios y de procesos que se desarrollan análogamente a los procesos civiles, sin que la bibliografía del Derecho político haya encontrado en ello nada extraño. Más bien parece conformarse con registrar, en éste como en otros casos, la existencia de precedentes, confiando que el porvenir estructure las variadísimas consecuencias de ese principio político completamente nuevo, cuya iniciación se ha realizado de un modo inconsciente. La publicación hasta ahora más importante acerca de este tema, el trabajo varias veces citado ya de H. Triepel acerca de los «Litigios entre el Reich y los Territorios» (1923), trata ciertamente, de acuerdo con su título, tan sólo de litigios federales, es decir, de aquellos en los cuales la coordinación contractual de las partes puede justificarse mediante el elemento federalista de la Constitución, y aunque Triepel hace muy amplio el concepto de litigio, insiste mucho en que ningún Territorio puede formular una demanda sin tener en cuenta «una relación especial con el derecho». Ello viene a acentuar, con particular insistencia en este caso, la relación que existe entre capacidad para la demanda y derecho público subjetivo. Tampoco el Tribunal de Justicia Constitucional propende, en modo alguno, a considerar toda vulneración de un precepto de la Constitución vigente como lesión de un derecho subjetivo, y, en consecuencia, como fundamento para justificar una demanda¹²⁶. Más, a pesar de ello, en la mayoría de los casos de lesión de interés puede

¹²⁵ *Republik und Monarchie*, 2.^a ed., Tübingen 1919 (1.^a ed. 1892).

¹²⁶ Sentencia de 17 de noviembre de 1928, RGZ, vol. 122, anexo página 18 y s. LAMMERS-SIMONS I, página 169: «Igualmente, aunque el fundamento de la igualdad de los Territorios hubiera de ser reconocido como contenido tático de la Constitución del Reich, Prusia no podría derivar de ello ningún derecho público subjetivo, en virtud del cual estuviera autorizada a proceder contra el contenido de una ley del Reich, que en los demás aspectos (!) se hubiera aprobado de modo constitucional.»

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

fácilmente constituirse y afianzarse un derecho público subjetivo, para lo cual solamente es preciso fundamentar la demanda¹²⁷. La construcción del concepto de litigio jurídico sobre el concepto de derecho subjetivo hace que la categoría de litigios constitucionales dentro de un Territorio (e igualmente dentro del Reich) resulte todavía más difícil y problemática, porque los derechos públicos subjetivos vendrían a sancionar la designación pluralista del Estado.

Es de lamentar, sin embargo, que este hecho sea ignorado. En su libro sobre la jurisdicción política¹²⁸ define F. W. Jerusalén el alcance de dicha jurisdicción diciendo que «todo cuanto pertenece al proceso de formación de la voluntad política, cuyos titulares son los órganos del Estado», pertenece igualmente a la esfera de la jurisdicción política. Pretende también este autor «reconocer derechos subjetivos al titular de una función orgánica, por razón de la misma», derechos que «como tales pueden convertirse en materia de una demanda, lo mismo que ocurre en la jurisdicción civil (!)». También el órgano político, dice, «puede ser titular de un derecho subjetivo, cuando la ordenación jurídica le haya asignado una esfera de autonomía en la realización de su actividad orgánica». Y aquí añade la siguiente limitación extraordinariamente característica: «Naturalmente, el derecho subjetivo del titular del órgano, sobre la base del actual derecho constitucional, nunca puede fundar, por ejemplo, una capacidad para heredarlo». Esperemos —faltaba por decir— que la Ciencia del Derecho lleve tan lejos el parentesco del pluralismo actual con el Estado feudal y estamental de la Edad Media y sus derechos legítimamente adquiridos, que intente garantizar como derecho hereditario hasta la posesión del poder. Tales frases son extraordinariamente sintomáticas para el grado de desintegración que alcanza el concepto de Estado, y merecen

¹²⁷ Sentencia de 3 de diciembre de 1927, RGZ. 120, anexo páginas 1 y s.; LAMMERS-SIMONS I, página 147 (el pasaje ha sido citado en el texto anteriormente, página 120).

¹²⁸ *Die Staatsgerichtsbarkeit*, Tübingen 1930, páginas 51 y 53.

LA JUSTICIA COMO PROTECTORA DE LA CONSTITUCIÓN

la máxima atención. Jerusalén termina este párrafo con la siguiente tesis: «Desde el momento en que ésta (es decir, la jurisdicción política) decide constitucionalmente, por razón de su competencia, acerca de los litigios entre órganos, la Constitución del Reich reconoce y considera la actuación de los órganos públicos como materia de derechos subjetivos, en cuanto atribuye a dichos órganos capacidad para defender sus atribuciones frente a otros órganos, mediante acción adecuada ante la jurisdicción política.» La forma de expresión de Anschütz (*Kommentar*, pág. 154) según la cual la atribución propia del órgano del Estado equivale al derecho subjetivo, es para Jerusalén «sospechosa»; pero sólo porque, a juicio suyo, no va demasiado lejos: tal atribución debe ser más bien idéntica a un derecho subjetivo. Igualmente característica es la formulación de M. Löwenthal, quien encuentra que la distinción entre jurisdicción política y administrativa reside en que aquélla hace valer derechos al poder público y ésta derechos contra el poder público¹²⁹. La práctica del Tribunal de Justicia Constitucional del Reich procede, en comparación con tales construcciones teóricas, de modo extraordinariamente cauto, y evita convertirse en instrumento del pluralismo político. En particular, sólo ha admitido con severas limitaciones, pero no de un modo general¹³⁰ la capacidad judicial de los partidos para cuestiones de derecho

¹²⁹«*Reichsverwaltungsblatt*», 1929, página 523. Tanto más extraño resulta que LÖWENTHAL, en la recensión del libro de JERUSALEM, «*Reichsverwaltungsblatt*» 1930, página 748, se manifiesta muy decidida y acertadamente contra la construcción de derechos subjetivos de los órganos del Estado.

¹³⁰Han sido admitidas como partes fracciones políticas en los siguientes litigios: validez de una elección para el Landtag; duración de mandato de una Asamblea Territorial; institución de Comisiones de Investigación; validez de leyes en las que estas Comisiones colaboraron o estaban autorizadas para ello; constitucionalidad de un decreto de urgencia; salvo estos casos, «su capacidad judicial sólo puede estar basada en circunstancias especiales»; cfs. la enumeración de precedentes y el examen fundamente en la sentencia de 24 de junio de 1930, RGZ. 129, anexo página 8. Por lo demás, no es preciso detenernos en la cuestión de la capacidad de las partes ante el Tribunal de Justicia Constitucional. El examen de este problema, del que hasta ahora falta una exposición sistemática va a realizarlo E. FRIESENHAHN, de Bonn.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

electoral¹³¹ y la capacidad judicial de las fracciones de partidos políticos. Como, además, los litigios constitucionales dentro del Reich no son de la competencia del Tribunal de Justicia Constitucional, se priva a la tendencia al pluralismo de su más peligrosa posibilidad, la extensión del concepto de litigio constitucional.

Sin embargo, en el orden teórico son muy dignas de atención las consecuencias extremas que resultan de tales construcciones de los derechos subjetivos: La Constitución cesaría de ser tratada como fallo político de la Nación entera y unificada; los llamados órganos del Estado, es decir, los titulares de las atribuciones del poder político, podrían considerar sus atribuciones y competencias como derechos subjetivos ejercitados en nombre de las organizaciones sociales, como mandatarios de las cuales se han convertido en «órganos del Estado», reclamando en caso necesario, incluso por vía procesal, contra las organizaciones que les son hostiles. La formación política de la voluntad sería, en su conjunto y en todos sus detalles importantes, un compromiso cuyas partes —los titulares del poder social que integran el Estado Pluralista— según, el estado del asunto, unas veces harían valer por medio de los órganos políticos por ellas detentados los derechos subjetivos a la posesión del poder político, y otras veces, cuando interesara sustraerse al riesgo político, recordarían que en el aspecto «formal» y «de Derecho político» no existen, realmente, como tales órganos.

A semejantes tendencias he contrapuesto en mi «Teoría constitucional» el sistema de un Estado Constitucional democrático con un concepto positivo de Constitución. Cuando se insiste en que la Constitución de Weimar es una decisión política del pueblo alemán unificado, como titular del poder constituyente, y que, en virtud de esta decisión, el Reich alemán es una democracia constitucional, la cuestión relativa al protector de la Constitución puede resolverse de otra manera que mediante una ficticia judicialidad.

¹³¹Sentencias de 17 de diciembre de 1927; LAMMERS-SIMONS I, páginas 334 y 345; pero cfs. más adelante, páginas 144 y s.

II

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL CONCRETA DE LA ACTUALIDAD

1. PLURALISMO, POLICRACIA Y FEDERALISMO

La situación constitucional concreta del actual Reich alemán puede quedar caracterizada, en resumen, por tres conceptos: pluralismo, policracia y federalismo. Tratase de tres fenómenos evolutivos del Derecho político alemán, diferentes uno de otro y que se manifiestan de distinto modo en diversos sectores de la vida política. Los tres fenómenos se hallan solamente unidos, a primera vista, por una antítesis común, la que les separa de la unidad política hermética, aceptada por todos; pero, en lo demás, acusan una naturaleza distinta. La palabra federalismo quiere expresar aquí, solamente, la coexistencia y concurrencia de una diversidad de Estados dentro de una organización federal; trátase en este caso de una pluralidad de estructuras políticas en el sector político. El pluralismo, en cambio, significa una variedad de complejos sociales al poder, firmemente organizados, que se extienden al ámbito entero del Estado, es decir, tanto a los diversos sectores de la vida política como también al ámbito de los Territorios y a los organismos autónomos de las comarcas, complejos que como tales se apoderan de los organismos representativos del Estado, sin cesar por ello de ser estructura meramente sociales (es decir, no políticas). La poli-

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

cracia, por último, es un conjunto de titulares, jurídicamente autónomos, de la economía pública, en cuya independencia encuentra una limitación la voluntad política. Respecto a la primera distinción provisional puede formularse la siguiente antítesis: el pluralismo designa la fuerza ejercida por varias entidades sociales sobre la formación de la voluntad política; la policracia es posible sobre la base de desprender del Estado una serie de haciendas autónomas y de independizarlas frente a la voluntad política; en el federalismo concurren ambos factores en la antítesis formulada por Carl Biflinger: influencia sobre la formación de la voluntad del Reich y libertad con respecto al Reich en la esfera de la propia independencia y autonomía. Estas breves distinciones no pretenden ser definiciones exhaustivas, sino servir tan sólo como punto de arranque para un examen de la actual situación constitucional de Alemania.

Cada uno de los tres fenómenos puede ser examinado e investigado independientemente. Sin embargo, en la realidad de la vida política suelen aparecer simultáneamente con uno o con los otros dos fenómenos, ya sean enlazados a ellos, ya sea para operar y actuar en contra suya. Siempre puede uno de ellos cobijarse tras del otro, y a pesar de esto, buscar en los abusos de éste su propia justificación. Así, por ejemplo, los complejos sociales de poder, que exceden las fronteras territoriales, que poseen una organización rígida y son los soportes del pluralismo, aparecen, con sus partidos políticos extendidos por todo el Reich, como una defensa contra el peligro de una atomización particularista-federalista; pero a su vez, cuando detentan el poder político de un territorio, tales partidos políticos llegan a solicitar la ayuda de los elementos federalistas de la Constitución, contra un partido hostil a ellos, que ocupa una posición decisiva del Reich. La policracia de la hacienda pública, en cuanto está sustentada por corporaciones territoriales autónomas, en particular por municipios con autonomía administrativa, puede igualmente servir de apoyo y auxiliar a un partido político o a un complejo social de poder al que el partido político o a un complejo social de poder al que el partido pertenece, frente a otro partido, aunque no en la misma escala que la autonomía federal; ahora bien, todo el sentimiento tradicional

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

de la autonomía administrativa sirve en realidad a la pluralización del sistema político alemán. El federalismo puede justificarse porque es una organización de Estados, y por esa causa es capaz de neutralizar y superar a los detentadores del poder del pluralismo, factores meramente sociales y desprovistos, por esta razón, en sus actuaciones, de todo sentido de responsabilidad política. Así, en todo momento, y según la posición táctica puede uno de estos factores eliminar o utilizar al otro, apoyarlo o sepultarlo, combatirlo o favorecerlo. Sobre este enmarañado tejido de energías centrifugas y sobre todo un sistema de reacciones centrípetas se alza el actual Reich Alemán.

Las tendencias pluralistas en particular, que se atisban ya en una determinada idea —anteriormente aludida— la de la jurisdicción política, no son en modo algunos fenómenos casuales y aislados. Más bien pertenecen a las fuerzas sin cuya consideración resultan inexplicables las actuales condiciones de la vida constitucional alemana, y que, por lo menos, necesitan ser caracterizadas aquí, en breves palabras, para que pueda apreciarse tanto la situación concreta de la Constitución vigente del Reich como también el problema concreto del protector de la Constitución. Cada institución, e incluso cada norma, tiene como característica, a manera de premisa inmanente de su existencia o su validez, esta relación con un estado de cosas; la relación se hace mas intensiva e inmediata a medida que la institución se aproxima al centro político de la formación de la voluntad estatal. Ya es bastante extraño que durante un cierto tiempo se intentara instituir en Alemania un protector de la Constitución sin contar con un concepto real de Constitución y de litigio constitucional. Pero todavía es más sorprendente que una tal institución, imposible de imaginar sin estabilidad y sin permanencia, se pretendiera implantar en un ambiente que por principio la rechazaba, como permite inferir un detenido examen, y hasta somera apreciación.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

- a) *Evolución del Parlamento hasta convertirse en escenario de un sistema pluralista.*

Las situación constitucional de la actualidad se caracteriza en, primer término, por la circunstancia de que se ha conservado intactas numerosas instituciones y regulaciones del siglo XIX, mientras que la situación actual ha cambiado por completo con respecto a la anterior. Las Constituciones alemanas del siglo XIX corresponden a una época cuya estructura fundamental ha sido reducida a una clara y útil fórmula básica por los grandes teóricos de la política alemana de esa época: la distinción entre Estado y Sociedad. Una segunda cuestión, que aquí no interesa, es la de cómo se valora el Estado y cómo la Sociedad, de si uno de estos elementos está subordinado al otro o no, de cómo y en qué casos depende el uno del otro, etc. Todo esto no suprime la diferencia entre ambos elementos. Precisa tener en cuenta, además, que «Sociedad» era un concepto esencialmente polémico, y que se le consideraba como idea opuesta a la del Estado concreto, monárquico, militarista y burocrático entonces existente: frente a él, lo que no pertenecía a este Estado se llamaba «Sociedad». El Estado era entonces susceptible de ser diferenciado de la Sociedad. Era bastante fuerte para oponerse por sí solo a las demás fuerzas sociales y para determinar sus agrupaciones, de manera que las numerosas diferencias dentro de la sociedad «apolítica» —pugnas confesionales, culturales, económicas— eran referidas al Estado, en caso extremo, mediante la oposición común contra él, y no impedían la integración de la «Sociedad.» Por otra parte, sin embargo, mantenía el Estado un criterio de amplia neutralidad y no intervención frente a la religión y a la economía, y respetaba ilimitadamente la autonomía de estos sectores biológicos y reales; no era, por consiguiente, tan absoluto ni tan poco poderoso que se atreviera a anular todo lo no político. De este modo, era posible un equilibrio y un dualismo; en concreto, se consideraba posible un Estado sin religión ni criterio metafísico, e incluso un Estado agnóstico del todo, e igualmente construir una economía apolítica y un Estado sin economía. El punto de referencia decisivo de todas estas rela-

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

ciones seguía siendo, sin embargo, el Estado, porque éste aparecía con claridad precisa y de modo distinto a la vista de todos. Todavía hoy, la palabra «Sociedad», de acepciones tan diversas, designa ante todo, en el aspecto que aquí nos interesa, lo que no es Estado, y eventualmente, además, lo que no es Iglesia¹³². Semejante distinción es una premisa fundamental a todas las instituciones y regulaciones importantes del Derecho público que se han desarrollado en Alemania en el curso del siglo XIX, y que constituyen una gran parte del Derecho público de este país. El hecho de que en general se haya construido como un «dualista» el Estado de la monarquía constitucional alemana, con sus transposiciones de príncipe y nación, Corona y Cámaras,

¹³²El resumen más sencillo y más claro de las ideas, variadísimas y a veces inasequibles, acerca de la «Sociedad» se halla en la obra de EDUARD SPRINGER, *Das Wesen der deutschen Universität* («*Akademisches Deutschland*» III, 1, página 9): «En la terminología sociológica alemana es costumbre designar lisa y llanamente como 'Sociedad' al cúmulo infinito de formas libres y organizadas, espontáneas y artificiales, fugaces y duraderas de la convivencia humana, que no constituyen Estado ni Iglesia. Esta idea es alto tan nebuloso como la 'ambiente'. Esta nota de SPRINGER refleja el aspecto negativo de la idea de «sociedad»; más, a juicio mío, no es adecuada a la ulterior realidad histórica según la cual «Sociedad», en la situación concreta del siglo XIX, no es solamente una palabra con sentido negativo, sino por añadidura, un vocablo con sentido específicamente político, es decir, polémico, con lo que la palabra cesa de ser «nebulosa» y gana la precisión concreta que un concepto político adquiere el contacto de una idea antitética, también concreta. Como consecuencia de esto, los conceptos que en esta situación se formaron con ayuda de la palabra *societas*, en cuanto adquieren una significación histórica reviste un sentido oposicionista, en la mayoría de los casos: así ocurre no sólo con el «socialismo», sino también con la «Sociología» que, como dice CARL BRINKMANN, ha surgido como una ciencia de oposición (*Versuch einer Gesellschaftswissenschaft*, Munich y Leipzig 1919.) El alumno jurista G. WIEBECK (Berlín) me señala, en un pasaje del libro de L. V. HASNER, *Filosofie des Rechts und seiner Geschichte in Grundlinien*, Praga 1851, página 82, el texto siguiente, de interés para las ulteriores adquisiciones sobre el texto antes mencionado, en particular para la posición de una sociedad que se halla en período de «autoorganización»: «Pero la sociedad, como masa caótica e inorganizada, no es una estructura ética, sino solamente una estructura transitoria, histórica. En cuanto se organiza es una entidad ética, y precisamente el Estado mismo, si éste ha de ser algo más que un *abstractum*.»

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Gobierno y representación nacional, es sólo la expresión de un dualismo fundamental y más genérico, el del Estado y Sociedad. La representación nacional, el Parlamento, la corporación legislativa se imaginaba como el escenario sobre el cual aparecía la Sociedad y se manifestaba frente al Estado. Allí debía integrarse la Sociedad con el Estado mismo (o el Estado con ella)¹³³.

En todos los idearios de importancia se manifiesta de modo fundamental la estructura dualista. La Constitución se considera como contrato entre el príncipe y el pueblo. El contenido esencial de una ley política se hace consistir en «la restricción que impone a la libertad y a la propiedad de los ciudadanos». A diferencia de un decreto administrativo, que sólo se dirige a organismos y funcionarios, el decreto jurídico afecta a todos los ciudadanos. El derecho presupuestario descansa sobre la idea de que entre los dos partners se estipula regularmente un convenio presupuestario, y todavía en la última edición de la obra Meyer-Anschütz (1929, págs. 890, 897) se llama a la Ley de Presupuestos «Convenio Presupuestario». Cuando para un acto administrativo como la preparación del presupuesto del Estado se exige una ley de las denominadas formales, esta formalización no implica otra cosa que la «politiquización» del concepto; el poder político del Parlamento es bastante grande para afirmar, de una parte, que una regulación vale solamente como ley cuando en ella ha colaborado el Parlamento, y simultáneamente, por otra parte, es también suficiente para trazar un concepto formal de ley, es decir, un concepto que prescindiera del contenido real del acontecimiento; ahora bien, esta formalización viene a expresar el éxito político de la representación nacional frente al Gobierno, de la Sociedad frente al Estado monárquico y burocrático. También la autonomía administrativa presupone en todas sus instituciones la diferencia entre Estado y Sociedad; la

¹³³ Por ejemplo y en resumen LORENZ VON STEIN, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich*, vol. 2 (edición de GOTTFRIED SALOMON, Munich 1921, II, pág. 41): La Cámara es el órgano «mediante el cual la Sociedad domina al Estado», o la jugosa observación de RUDOLF GNEIST, *die nationale Reichsidee von den Stränden*, Berlin 1894, página 269: la general aspiración al voto secreto es «signo inequívoco de la superación del Estado por la Sociedad».

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

autonomía administrativa alude a una parte de la Sociedad contrapuesta al Estado y a su burocracia; sobre esta premisa fundamental se han formulado y desarrollado sus conceptos e instituciones durante el siglo XIX.

Semejante Estado «dualista» es un equilibrio de dos diversas especies de Estado: éste es, al mismo tiempo, un Estado de Gobierno y un Estado legislador. Va desarrollándose tanto más en dirección al Estado legislador cuanto más se sobrepone el Parlamento, como corporación legislativa, al Gobierno, es decir: cuanto más se impone la Sociedad de aquel entonces al Gobierno que existe a la sazón. Todos los Estados pueden dividirse según la zona de actividad política en la cual encuentran el centro de su actividad. Así, existen Estados judicialistas, o mejor dicho, de jurisdicción; junto a ellos, Estados que son esencialmente gubernamentales y ejecutivos, y por último, Estados legislativos. El Estado medieval, y en muy amplia escala, hasta la actualidad misma, el pensamiento político anglo-sajón, parten del supuesto de que la médula del poder del Estado finca en la jurisdicción. Equipáranse en este caso la jurisdicción y el poder del Estado, como corresponde actualmente al modo de expresarse el *Codex Juris Cononici* (por ejemplo, cánones 196, 218); no obstante, es preciso tener en cuenta que la idea decisiva de autoridad en la Iglesia romana y en sus más altos dignatarios no se manifiesta en el símbolo de un juez, sino en el de un pastor con su rebaño. El Estado absoluto, que va adquiriendo su forma desde el siglo XVI, se ha producido sobre la base de la ruina y la desintegración del Estado jurídico medieval, pluralista, feudal y estamental, y de su jurisdicción, apoyándose sobre la clase militar y la burocrática. Es por esto, esencialmente, un Estado de tipo ejecutivo y gubernamental. Su *ratio*, la *ratio status*, la razón de Estado, tan mal interpretada, con frecuencia, no se basa en normas objetivas, sino en la efectividad con que el Estado crea un ambiente que permita por sí mismo la vigencia de las normas, porque el Estado pone fin a la causa de todo desorden y a la guerra civil, a la lucha por la justicia normativa. Este Estado «establece el orden y la seguridad pública». Desde el momento en que esto se logró podía infiltrarse en él el Estado legislativo

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

de la Constitución cívica propia del Estado de Derecho. En la llamada situación excepcional (estado de guerra se manifiesta claramente dónde se sitúa el centro del Estado en cada momento preciso de la evolución histórica. El Estado judicial se sirve a este objeto del Consejo de guerra (más exactamente: de la jurisdicción de guerra), es decir, de una Justicia sumaria; el Estado, como poder ejecutivo, recurre a la resignación de poderes en la fuerza pública, en caso necesario simultaneada con la suspensión de los derechos constitucionales; el Estado legislativo recurre a su vez a los decretos extraordinarios o dictatoriales, es decir, a un procedimiento legislativo de carácter sumario¹³⁴.

En semejantes clasificaciones y caracterizaciones de las especies de Estado, precisa tener en cuenta que un Estado legislativo puro es tan poco frecuente como un Estado judicial puro, o un Estado que no fuera otra cosa que Gobierno y Administración. Por tal causa es cada Estado una aleación de estas especies, un *status mixtus*. Aun con esta reserva cabe obtener una caracterización aprovechable de los Estado, según la zona central de su actividad política. Por ello es legítimo —y sumamente interesante para el problema del protector de la Constitución— caracterizar al Estado civil jurídico y constitucional, tal como se ha desarrollado en el siglo XIX, como un Estado legislativo. Responde, como acertadamente ha dicho Richard Thoma, a las «tendencias determinantes de la modalidad del Estado moderno» la idea de «arrebatar al juez y encomendar al legislador la decisión, aunque se discuta la razón y justicia de ésta»¹³⁵. Es posible

¹³⁴ Más detalles acerca del estado de excepción, más adelante, páginas 187 y s. En el tratado de LUDWIG WALDECKER, *Die Grundlagen des militärischen Verordnungsrechts in Zivilsachen während des Kriegszustandes*, AoR. xxxvi (1917), páginas 389 y s. se observa acertadamente la relación entre Estado de justicia y Consejo de guerra, pero se ignora la sucesión de desarrollo ulterior.

¹³⁵ *Grundrechte und Polizeigewalt* (Homenaje al Tribunal Supremo Administrativo de Prusia), Berlín 1925, página 223; no defiende totalmente la misma tesis en el discurso pronunciado ante el Congreso de Profesores alemanes de Derecho político, fasc. 5, página 109; además, en el Homenaje al Tribunal Supremo (1929, pág. 200 y en el *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 2, páginas 109, 136-137).

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

un Estado de jurisdicción en cuanto ciertas normas, concretamente determinadas, pueden ser prescritas a un poder central organizado, aun sin concreción escrita y consciente, y son reconocidas por todos sin discusión. En cambio, en un Estado legislativo no puede existir ninguna Justicia constitucional o Tribunal de Justicia constitucional como auténtico protector de la Constitución. Y ésta es la razón última de que en semejante Estado la Justicia no decida por sí y ante sí las cuestiones constitucionales y legislativas de carácter litigioso. En este orden de cosas merece citarse detalladamente una manifestación de Bluntschli, porque, a causa de su claridad concreta y de su sagacidad científica, puede considerarse como un pasaje clásico de la teoría política del siglo XIX. Bluntschli admite que la Constitución rige también, naturalmente, para los órganos legislativos, y que éstos no tienen en modo alguno derecho a hacer lo que expresamente les está prohibido. Este autor sabe apreciar exactamente las razones y ventajas de la jurisprudencia americana en materia de control judicial de las leyes, y se expresa así: «Si se advierte que el legislador, por regla general, está convencido de la constitucionalidad de la ley, y aún la desea, y que, sin embargo, con facilidad se forman opiniones diversas a este respecto, hasta el punto de que cuando la formulación es objeto de litigio, puede ocurrir que el Tribunal tenga una opinión distinta de la del legislador; cuando se piensa que en este caso la elevada autoridad del legislador tiene que doblegarse, si no en principio por lo menos en los resultados, ante la inferior autoridad de los Tribunales, y que el representante de la nación entera, en conflicto con un órgano singular de la entidad política, se ve obligado a ceder; cuando se medita acerca de la perturbación y la divergencia de que este modo se producen en el proceso homogéneo de la vida política y se recuerda que los Tribunales, por razón de su actual estructura, están llamados preferentemente a conocer normas y relaciones jurídicas de Derecho privado, lo que les inclina a insistir en los factores de carácter lógico formal, olvidando que en estos casos se trata con frecuencia de importantes intereses constitucionales y del bienestar público, cuyo conocimiento y estímulo son misión del legislador; si se

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

tiene presente todo esto, decimos, se dará la preferencia al sistema europeo, aunque éste no protege contra todos los inconvenientes, y aunque tiene también una parte en lo imperfecto de la condición humana. Además, tampoco existen remedios externos contra los juicios injustos de los más altos Tribunales. En cambio, el cuerpo legislativo contiene en su estructura las más importantes garantías de que no ejercerá sus atribuciones con un espíritu anticonstitucional»¹³⁶. La última frase es decisiva y nos revela que según la concepción del siglo XIX, el Parlamento encierra en sí mismo, por razón de su naturaleza y de su esencia, la garantía peculiar de la constitución. Este hecho viene a reflejar la fe en el Parlamento, y representa la premisa de que el cuerpo legislativo es el sustentáculo del Estado, y que este mismo es, a su vez, un Estado legislativo.

Pero esta preeminencia del cuerpo legislativo sólo era posible en una situación determinada. Siempre se presupone, en efecto, cuando así hablamos, que el Parlamento, la Asamblea legislativa, como representante de la Nación o de la Sociedad —ambas, Sociedad y Nación, pueden ser identificadas, en cuanto los dos elementos se contraponen a gobierno y Estado— tiene ante sí, como partenaire suyo en el pacto constitucional, un Estado burocrático independiente de él y pronunciadamente monárquico. El Parlamento, en cuanto representación popular, se convierte en este caso en verdadero protector y garante de la Constitución, porque el otro elemento del convenio, el Gobierno, sólo a regañadientes ha consentido en el pacto. Por esta razón, el gobierno suscita desconfianza; exige gastos e impuestos; se le imagina dilapidador, y a la representación nacional, en cambio, se la tiene como una entidad sobria y enemiga de dispendios, idea que en conjunto era cierta, o podía serlo. La tendencia del liberal siglo XIX era la de limitar en lo

¹³⁶ *Allgemeines Staatsrecht*, 4.^a ed. 1868, vol. 1, páginas 561-62. Es muy instructivo comparar estos párrafos de BLUNTSCHLI con la argumentación de R. GNEIST; éste considera que la garantía estriba en la colaboración para la labor legislativa, llevada a cabo por la monarquía hereditaria y dos Cámaras, una Cámara Alta permanente, y otra Cámara Baja de carácter electivo. Informes op. cit., página 23.

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

posible el Estado a un mínimo, impedirle ante todo intervenciones y ataques a la Economía, y neutralizarlo en absoluto, en lo posible, frente a la sociedad y a sus pugnas de intereses, para que la Sociedad y la Economía adoptaran en su sector respectivo las necesarias decisiones, según sus principios inmanentes. En el libre juego de las opiniones sobre la base de una franca competencia se crean partidos cuyas discusiones y luchas ideológicas dan lugar a la opinión pública, y vienen a determinar el contenido de la voluntad estatal; en el libre juego de las energías sociales y económicas impera la libertad económica y contractual, que parece asegurar la máxima prosperidad económica, porque el mecanismo automático de la economía libre y del mercado libre se mueve y regula a sí mismo según leyes económicas (mediante la oferta y la demanda, el intercambio de prestaciones, la fijación de los precios, la formación de la renta en la economía nacional). Los derechos fundamentales y libertad del ciudadano, en particular la libertad personal, la libertad de manifestar sus opiniones, la libertad contractual, económica e industrial, la propiedad privada, es decir: las normas genuinas de la práctica propia del Supremo Tribunal de los Estados Unidos a que anteriormente nos hemos referido, presuponen un Estado neutral que fundamentalmente es abstencionista, y que a lo sumo sólo interviene para restaurar las condiciones de la libre competencia cuando éstas han sido perturbadas.

Este Estado fundamentalmente neutro, en el sentido liberal y abstencionista, con respecto a la sociedad y a la Economía, siguió siendo también, la premisa de las Constituciones, aunque se admitían excepciones en orden a la política social y a la política cultura. Sin embargo, su criterio fue cambiando radicalmente en la misma medida en que desaparecía la antítesis de aquella estructura dualista de Estado y Sociedad, Gobierno y Nación, y conforme iba perfeccionándose el Estado legislativo. El Estado se convierte en «autoorganización de la Sociedad». Desaparece entonces, como ya hemos indicado, la consabida distinción entre Estado y Sociedad, Gobierno y Nación, desde el momento en que todos los conceptos e instituciones (ley, presupuesto, autonomía administrativa) construidos sobre dicha pre-

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

misa, comienzan a plantear nuevos problemas. Pero, al mismo tiempo, se opera una transformación más basta y más profunda. Organízase la sociedad misma en Estado: el Estado y la Sociedad deben ser fundamentalmente idénticos con ello todos los problemas sociales y económicos se convierten en problemas políticos y no cabe distinguir ya entre zonas concretas político-estatales y apolíticos-sociales. Todas las antítesis que resultan de la premisa del Estado neutro, como una consecuencia inmediata de la distinción entre Estado y Sociedad, y que sólo son casos concretos y manifestaciones metafóricas de esta distinción, cesan por completo. Distinciones como: Estado y Economía, Estado y Cultura, Estado e Instrucción, y otras, como: Política y Economía, Política y Escuela, Política y Religión, Estado y Derecho, Política y Derecho que tienen un cierto sentido cuando corresponden a magnitudes o sectores reales concretamente diferenciados, pierden entonces su sentido y carecen de objeto. La Sociedad, convertida en Estado, se transforma en Estado económico, Estado cultural, Estado previsor, Estado bienhechor, Estado benéfico; el Estado resultante de la autoorganización de la sociedad no puede ya separarse realmente de ella y abarca todo lo social, es decir, todo aquello que guarda relación con la convivencia humana. En él no existe ya sector alguno, frente al cual puede observar el Estado una neutralidad incondicional en el sentido de la no intervención. Los partidos en que se organizan los diversos intereses y tendencias sociales son la Sociedad misma convertida en Estado de partidos, y como existen partidos económica, confesional y culturalmente diferenciados, al Estado no les es ya posible permanecer neutral frente a lo económico, a lo confesional y a lo cultural. En el Estado instituido por autoorganización de la sociedad no existe, al menos en potencia, nada que no sea estatal y político. Del mismo modo que el concepto de la potencialidad militar de un Estado —hallado por juristas y militares franceses— abarca, no sólo lo militar en un sentido estrictamente técnico, sino también la preparación industrial y económica de la guerra e incluso la formación y preparación intelectual y moral de los ciudadanos del Estado, así también este Estado nuevo se extiende a todos los

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

sectores. Un destacado representante de los soldados alemanes del frente, Ernest Jünger, ha propuesto para este asombroso acontecimiento una fórmula plática: la movilización total. Sin fijarnos en la exactitud y en el contenido que corresponde en particular a esas fórmulas de potencialidad militar o de movilización absoluta, precisa tener en cuenta y valorar la idea importantísima que en ellos se encierra. Por lo menos expresa algo muy amplio, y revela una grandiosa y profunda transformación; la Sociedad que a sí misma se organiza en Estado hállase en trance de abandonar el tipo de Estado neutral propio del siglo XIX, y de transformarse en un Estado potencialmente integral. Esta transformación profundísima puede considerarse como eslabón de una evolución dialéctica que se desarrolla en tres estadios: desde el Estado absoluto de los siglos XVII y XVIII, por mediación del Estado neutro del liberal siglo XIX, hasta el Estado total que identifica Estado y Sociedad.

En el terreno económico es donde la transformación se manifiesta con mayor claridad. En este sector puede partirse del hecho reconocido e indiscutible de que las finanzas públicas, tanto en relación al volumen de antes de la Guerra como si se comparan actualmente con el ámbito de la economía libre y privada, es decir, la que no es pública, han experimentado tal aumento que no sólo nos hallamos ante una ampliación cuantitativa, sino también ante una transformación cualitativa, habiéndose operado un «cambio de estructura», que afecta no sólo a los asuntos inmediatamente financieros y económicos, sino a todos los sectores de la vida pública. No es este lugar adecuado para establecer cuáles son las cifras que reflejan esa alteración ni de si son estadísticamente exactos los datos calculados para 1928, según los cuales el 53 por ciento de la renta nacional alemana está mediatizada por el poder público¹³⁷; lo

¹³⁷Esta cifra está calculada en los «*Vierteljahrsheften für Konjunkturforschung*», vol. 5 (1930), fasc. 2, página 72; ha sido valorada y utilizada, por ejemplo, por J. POPITZ (cfs. la nota siguiente) y G. MÜLLER-OERLINGHAUSEN, en su conferencia sobre la crisis económica de 4 de noviembre de 1930, «*Mitteilungen des Langnamvereins*», año 1940, N. F., fasc. 19, página 209; cfs. OTTO PFELEIDERER, *Die Staatswirtschaft und das Sozialprodukt*, Viena 1930, y MANUEL SATTZEW, *Die öffentliche Unternehmung der Genenwart*, Tübingen 1930, páginas 6 y siguientes.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

cierto es que el fenómeno es indiscutible e indiscutido. Un especialista de gran autoridad, el subsecretario Profesor J. Popitz, en un discurso dedicado a dar una visión de conjunto de los conciertos económicos¹³⁸, parte del hecho de que en la distribución de la mayor parte de la renta nacional alemana queda sustraída al mecanismo autónomo de la economía libre y del mercado libre, en lugar del cual se ha impuesto «la influencia decisiva de una voluntad que es, en sí, fundamentalmente extraeconómica, a saber: la voluntad del Estado». Otro especialista de gran prestigio, el Comisario de Ahorros del Reich, subsecretario Saemisch, dice que la Hacienda pública influye de modo decisivo en la situación política de Alemania¹³⁹. En el sector de las ciencias económicas se ha llegado a formular, de manera totalmente acertada a mi juicio, la antítesis entre el sistema anterior y el presente: hemos pasado del sistema de participación (en el cual sólo corresponde al Estado una parte de la renta nacional, una especie de dividendo en los beneficios netos) al sistema de control, en el que el Estado, a consecuencia de las relaciones cada vez más intensas entre Economía y Finanzas, y a consecuencia del extraordinario desarrollo tanto de las necesidades públicas como de la renta del Estado, concurre de modo decisivo como partícipe y nuevo distribuidor de la renta nacional, como productor, consumidor y patrono. Esta fórmula establecida por Fritz Karl Mann en un interesante y notabilísimo trabajo titulado *Die Staatswirtschaft unserer Zeit* (Jena 1930) sólo debe ser empleada para nuestro objeto como fórmula, pues no nos interesa, por ahora, descender a una crítica de la misma en el orden

¹³⁸ *Der Finanzausgleich und seine Bedeutung für die Finanzlage des Reichs, der Länder und Gemeinden*; Publicaciones de la Asociación de la industria alemana del Reich, Berlín 1930, página 6; además: *Der öffentliche Finanzbedarf der Reichssparkommissar*, «Bankarchiv», xxx fasc. 2 (15 de octubre de 1930), página 21.

¹³⁹ *Deutsche Juristenzeitung*, 1.º enero de 1931, col. 17; además en *Der Reichssparkommissar und seine Aufgabe: «Finanzrechtliche Zeitfragen»*, vol. 2. Berlín 1930, página 12.

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

económico. Para la cuestión política y constitución en su aspecto teórico es un hecho decisivo que la relación entre el Estado y la Economía constituye en la actualidad la materia genuina de los problemas de política interior, y que las fórmulas tradicionales del Estado anterior construido sobre la idea de separación de Estado y Sociedad, sólo son adecuados para dar una equivocada idea de la realidad.

En todo Estado moderno, la relación entre Estado y Economía constituye la materia genuina de las cuestiones inmediatamente actuales de la política interior. No pueden ya éstas ser contestadas con el antiguo principio liberal que propugnaba incondicionalmente, absolutamente, el principio de la no intervención. Este hecho ha sido reconocido de modo general, si se prescinde de contadas excepciones. En el Estado actual, y tanto más cuando se trata de un Estado industrial moderno, las cuestiones económicas constituyen el contenido capital de las dificultades de orden político interior: la política interior y exterior es, en gran parte, política económica, aun e sectores distintos de la política aduanera y comercial o de la política social. Cuando se vota una ley política «contra el abuso de las preeminencias económicas» (como es el caso de la Ordenanza alemana sobre cártels, de 2 de noviembre de 1923), se reconocen por parte del Estado y de la ley el concepto y la existencia de un «poder económico». El Estado actual posee una vastísima organización del Derecho obrero, de los contratos colectivos y de las instituciones paritarias para cuestiones de salarios, que le permite influir sobre estos últimos de un modo decisivo, otorga subvenciones elevadísimas a los diversos sectores económicos; es un Estado benéfico y previsor, y, simultáneamente, como consecuencia y en una escala gigantesca, un Estado fiscal y de carácter tributario. A esto hay que añadir para de caso de Alemania que es, además, un Estado de reparaciones, obligado a abordar a otros Estados extranjeros tributos que se cuentan por millardas. En semejante situación, la exigencia de la no intervención significaría una utopía y hasta una contradicción con el Estado mismo, pues la no intervención vendría a representar que en los antagonismos y conflictos sociales y económicos, que hoy no se ventilan con

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

recursos puramente económicos, se dejara libre curso a los distintos grupos o potencias. En semejante situación, la no intervención no es otra cosa que una intervención a favor de los que en aquel momento son superiores y más desaprensivos, circunstancia que una vez más patentiza la verdad escueta del principio, tan paradójico en apariencia, que Talleyrand formuló para la política exterior: La no intervención es un concepto difícil; significa aproximadamente lo mismo que la intervención.

En la transición al Estado económico estriba el cambio más ostensible con respecto al siglo XIX en las concepciones acerca del Estado. En otros sectores cabe advertir igualmente la transformación, aunque, a consecuencia del aplastante predominio ejercido por las dificultades y problemas económicos, no reviste en ellos tal importancia y actualidad. No es de extrañar que la protesta contra semejante expansión del Estado aparezca, en primer término, como defensa contra aquella actividad política que en un momento tal determina precisamente la modalidad del Estado, es decir, como defensa contra el Estado legislativo. Por eso se reclaman, en primer término, garantías contra el legislador. Así pueden explicarse también los primeros ensayos imprecisos para arbitrar remedios, ensayos que han sido comentados en la Primera parte de este libro y que se aferraban a la organización judicial, para lograr con ella un contrapeso al legislador, cada vez más poderoso y cada vez más lleno de ambiciones. Dichos ensayos estaban condenados al fracaso, porque no derivaban de un concreto conocimiento de la situación constitucional en su conjunto, sino solamente, de una reacción de carácter reflejo. Su error peculiarísimo consistía en que a la fuerza del legislador moderno sólo podían contraponer una Justicia que, o bien se hallaba ligada por normas concretas a dicho legislador, precisamente, o sólo podía oponer a éste principios imprecisos y discutibles que no podían justificar una autoridad superior a la del legislador. La transición al Estado económico y bienhechor significa, ciertamente, un momento crítico para el tradicional Estado legislativo, pero precisamente por ello no debía ni podía aportar, sin más fuerzas nuevas y energías políticas a los tribunales. Alterada de tal suerte la situación, y dada la extensión de

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

los objetivos y problemas políticos, no es precisamente la Justicia, sino acaso el Gobierno, quien puede arbitrar soluciones. En la actualidad, en la mayoría de los Estado del continente europeo faltan a la Justicia normas concretas sobre la base de las cuales puedan hallarse en condiciones de ominar por sí sola esta situación completamente nueva.

El Parlamento, el cuerpo legislativo, titular y centro del Estado legislador, desde el mismo momento en que su triunfo parecía ser completo, se convierte en una estructura que encierra en sí misma una contradicción, que viene a negar sus propias premisas y las premisas de su victoria. Su situación y su superioridad actual, sus ansias de expansión frente al Gobierno, su avance en nombre del pueblo, todo esto presupone una distinción entre Estado y sociedad, distinción que dejó de existir, por lo menos en esa forma, después de la victoria del Parlamento. Su unidad, y hasta su identidad consigo mismo, estaba hasta entonces determinada por su partenaire político en el interior, el antiguo Estado monárquico, militarista y burocrático. Caído éste, el Parlamento se desintegró también, por decirlo así. El Estado es ahora —así se afirma— una autoorganización de la Sociedad, pero se pregunta cómo ha llegado a lograr su unidad la sociedad que se organiza así misma, y si la unidad sobreviene realmente como resultado de la «autoorganización». Efectivamente, en principio, «autoorganización» sólo significa un postulado, y un procedimiento que se caracteriza por su contraposición a los anteriores métodos, ya no subsistentes, de la voluntad política y de la formación de la unidad, o sea un procedimiento de tipo negativo y polémico. La identidad que radica en la palabra «autor» y que se agrega a la palabra «organización» no suele manifestarse en todos los casos y de modo incondicionalmente seguro como unidad de la sociedad en sí ni como unidad del Estado, pues como frecuentemente hemos tenido ocasión de advertir, también existen organizaciones prósperas y otras que no lo son.

En un principio se imaginaba que los partidos políticos eran los titulares de la autoorganización. Sin embargo, vino a revelarse que en gran parte se habían transformado mucho. En el

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

círculo de ideas del Estado constitucionalista del tipo liberal, el partido se caracteriza por el hecho de ser una estructura que descansa sobre el principio de la libre competencia y sobre el libre juego del proselitismo: es decir, que no se trata de una entidad fija, de un complejo estable, permanente y organizado a fondo. Tanto la «libertad» como la «competencia libre» repudian, por razón de su idea misma, toda opresión social y económica, y sólo admiten como estímulo la convicción libre de hombres social y económicamente libres, espiritual e intelectualmente independientes, capaces de formar juicio propio. Esta idea del partido que hasta el Estado actual se presuponía en las Constituciones cívicas inspiradas en la idea del Estado actual se presuponía en las Constituciones cívicas inspiradas en la idea del Estado de Derecho, se halla también en la base de las regulaciones establecidas con carácter normativo en la vigente Constitución del Reich. Con frecuencia se ha destacado el hecho de que la Constitución del Reich ignora los «partidos» y que esta palabra sólo viene expresada en un único pasaje, en el artículo 130, apartado 1, y aun ahí, de un modo negativo y denegatorio. También se ha aludido frecuentemente a la gran distancia que existe entre esta regularización y la realidad de la actual situación política interior. A ello podría añadirse que si la Constitución del Reich ignora los partidos políticos, sólo hace esto y puede hacerlo porque siempre quiere partir del hecho de que el partido político es, sociológicamente, algo tan poco sólido, tan poco formado, una estructura tan fluida e incluso tan aérea, que acaso convenga tratarla como inexistente. La única región en que los partidos debieran existir de modo exclusivo es, como Hugo Preuss ha manifestado de modo consecuente y con insistencia notoria, la esfera de la opinión pública a la que —de acuerdo con la tradición integral de este concepto— considera como un «fluido indefinible» e inorganizable. Pero en lugar de esto los grandes partidos, en su mayoría, son actualmente estructuras en parte dotadas de una firme organización y en parte plasmadas en un complejo social minuciosamente organizado, con burocracias influyentes, con un ejército permanente de funcionarios remunerados, con todo un sistema de organizaciones auxiliares y de socorro, a las cuales está ligada una clientela, espiritual, social y económicamente

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

coherente. La extensión a todos los sectores de la existencia humana, la supresión de todas las barreras y neutralizaciones liberales de distintos sectores, como Religión Economía y Cultura, en una palabra, lo que anteriormente fue señalado como transición a lo «integral», está ya realizado en cierto modo para una parte de los ciudadanos, por algunos complejos sociales de organización, de manera que si no contamos ya con un Estado integral, tenemos por lo menos algunas estructuras de partido que tienden a la integración, que poseen contenido social y abarcan a sus hombres plenamente, desde la juventud: partidos, cada uno de los cuales, como dice Eduard Spranger, tiene «un programa cultural completo», y cuya coexistencia informa y sustenta al Estado pluralista. En cuanto existen complejos de esta naturaleza con mayorías concurrentes que se mantienen dentro de ciertos límites, es decir, en cuanto existe un «Estado pluralista de partidos», se impide que el Estado total, como tal Estado se imponga con la misma violencia con que se ha impuesto en los llamados «Estados de un solo partido», como Rusia soviética e Italia. Ahora bien, mediante la pluralización no se interrumpe la transición a lo total, sino que solamente, por decirlo así, se parcela, en el sentido de que cada complejo social organizado de poder trata de realizar en sí mismo y para sí mismo la totalidad, en cuanto lo es posible —desde el orfeón y el club deportivo hasta las ligas armadas, para la defensa propia. El hecho de que un rótulo como el de «Estado de un solo partido» haya sido posible para designar aquellas otras estructuras políticas, y espontáneamente admitido en el lenguaje corriente, revela con claridad meridiana hasta qué punto la palabra «partido» ha cesado de designar una estructura inorgánica, apoyada sobre la libre competencia. El preclaro y certero crítico liberal de esta evolución, M. J. Bonn, ha caracterizado esta transición diciendo que es el paso a un nuevo Estado feudal y estamental: un profesor de Derecho político de la autoridad de Triepel ha llamado la atención sobre la antítesis del sistema de los partidos sólidamente organizados con las normas y premisas de la Constitución; la copiosa bibliografía referente al cambio de configuración y de estructura de los partidos alema-

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

nes revela que la transformación que se oculta detrás de esta fórmula de autoorganización de la Sociedad por los partidos hace tiempo que como problema moderno ha llegado a adquirir categoría científica.

A pesar de esto, el concepto de partido presupuesto por la Constitución parece esfumarse sin suscitar extrañeza. Yo no creo que más allá de esta literatura científica especializada, y si se prescinde de ciertas melancolías lamentaciones, haga una impresión profunda el hecho de que un profesor como Marx Weber insista en la definición de partido como una «estructura que esencialmente descansa sobre la libre competencia». El Tribunal de Justicia Constitucional del Reich ha formulado, en cambio, una definición de partido político, que, precisamente por su naturalidad misma, permite reconocer la transformación profunda que en el concepto de partido se ha operado, y que es, al mismo tiempo, la que registra todo el sistema alemán. Dice el Tribunal de Justicia Constitucional en su sentencia de 7 de julio de 1928: «Para proceder ante el Tribunal de Justicia Constitucional sólo pueden considerarse como partidos políticos aquellas asociaciones de personas en las cuales existe la posibilidad de que tengan una cierta trascendencia en el resultado electoral. Los grupos que, de modo indudable, no se hallan en situación de procurarse acceso a la representación nacional, es decir, aquellos cuya posibilidad de actuación política no resulta afectada por la estructura del derecho electoral, no se consideran como partidos en sentido parlamentario.» Si únicamente se admiten como partidos aquellos grupos cuya actividad electoral ha logrado alcanzar resultados positivos (circunstancia que ha de comprobarse mediante los resultados logrados en anteriores elecciones), el principio anteriormente decisivo de la libertad incondicionada y la igualdad de posibilidades para todas las opiniones políticas y para todos los partidos quedan suprimidos¹⁴⁰. Como criterio para establecer la condición de partido en

¹⁴⁰La frase citada en el texto aparece en los considerandos de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia Constitucional en 7 de julio de 1928, y hace referencia al Partido socialdemócrata independiente de Sajonia (RGZ. 121, anexo pág. 8; LAMMERS-SIMONS I, págs. 309 y s.) No está completamente de acuerdo con esta manera de considerar la «falta de auspicios» otra frase que figura en una sentencia de 17 de diciembre de 1927, referente al Partido populista de la derecha, circunscripción de Hamburgo (LAMMERS-SIMONS I, pág. 348): «Por eso no es procedente someter las candidaturas electorales que no tengan posibilidades de triunfo... a otras condiciones que las que tengan posibilidades de lograrlo.»

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

sentido parlamentario, plantea el Tribunal de Justicia Constitucional una serie de requisitos. En primer lugar, un número de afiliados nada despreciable; el Partido social-demócrata independiente de Sajonia no es considerado como partido, fundándose este criterio en que las elecciones para el Reichstag celebradas en 20 de mayo de 1928 sólo consiguió en total 2,953 votos en las tres circunscripciones electorales sajonas, y en consecuencia no tenía la más pequeña posibilidad de lograr en las elecciones para el Landtag de Sajonia un solo mandato. En consecuencia, y basándose en el hecho de que de otro modo sería imposible una elección proporcional, sólo se admiten partidos firmemente organizados, pero no «grupos sueltos». Los primeros se caracterizan por las siguientes notas: un programa; una base de organización relativamente amplia; diarios de los cuales dispone el partido. En una palabra, debe tratarse de organizaciones a las que «no pueda negarse una cierta solidez» y «en las cuales pueda contarse con una suficiente continuidad». «Un partido presupone la agrupación fija de un gran número de ciudadanos para el logro de finalidades políticas»¹⁴¹. Partido, asociación, orden son una misma cosa.

Considerándola de cerca, la definición de partido que formula el Tribunal de Justicia Constitucional es un indicio de que no sólo se ha alterado fundamentalmente el concepto de partido, sino también el de elección. La preocupación de que pueda ser llevado a la práctica el sistema de representación proporcional desempeña en los considerandos de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia Constitucional un papel decisivo, y

¹⁴¹Sentencias de 17 de diciembre de 1927, LAMMERS-SIMONS I, página 346; de 12 de mayo de 1928, LAMMERS-SIMONS I, página 414, y de 7 de julio de 1928 (Partido socialdemócrata independiente de Sajonia) RGZ. 121, anexo página 8, y LAMMERS-SIMONS I, página 311.

necesita ser objeto de una consideración mas detenida. En efecto, no sólo este nuevo concepto de partido se deriva ineludiblemente de las necesidades del sistema de representación proporcional, sino que incluso se llegan a justificar ciertas modificaciones al fundamento de la igualdad de voto afirmado que el sistema de representación proporcional hace necesarias tales limitaciones, porque la igualdad de voto no es un concepto lógico-matemático, sino un concepto jurídico, y porque, además, es una aspiración, política muy respetable la de luchar contra la automatización de los partidos. El Tribunal de Justicia Constitucional para en silencio el hecho de que las dos cosas negadas por él —el elemento «matemático» y la atomización de los partidos— al menos con esta intensidad, sólo han penetrado en la situación actual de los partidos, como consecuencia del sistema de representación proporcional, por lo que los dos puntos de vista del mencionado Tribunal más bien justifican una restricción del sistema de representación proporcional que una limitación del principio de igualdad de voto o del principio del carácter directo de la elección. Ahora bien, el derecho a la representación proporcional y el partido sólidamente organizado se hallan, en la realidad, unidos entre sí del modo más íntimo. Independientemente del derecho a la representación proporcional, la situación constitucional del presente se caracteriza por la existencia de solidas organizaciones de partido. La crítica generalizada y a veces muy acerba de que se hace objeto el sistema de elección proporcional no debería de perder de vista dicha circunstancia, especialmente cuando se plantea la cuestión de hasta qué punto son posibles las reformas y qué puede alcanzarse mediante la «supresión» del sistema de representación proporcional. Lo más importante que en este estado de cosas puede comprobarse, y que revela, además, la alteración absoluta de los conceptos tradicionales, es lo siguiente: «En la práctica electoral contemperaría no sólo el principio del carácter inmediato de la votación y el de la igualdad del voto resultan limitados, y anulados en parte, por el predominio del sistema de representación proporcional, sino que el procedimiento de la «elección» misma ha logrado un contenido completamente nuevo. En la monarquía

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

constitucional, la superioridad del Parlamento anterior descansaba en el carácter electivo de sus miembros. Aparecía aquél como un cuerpo elegido por la nación entera, frente al Rey y a su Gobierno. La elección establecía una relación inmediata entre el elector y diputado. Que la minoría derrotada en las urnas careciese de representación propia organizada era algo consecuente y democrático, porque la premisa fundamental de toda democracia queda destruida cuando se invalida el axioma de que la minoría derrotada se somete de antemano al resultado de la elección (y no aspira a imponer su voluntad propia) y de que, por consiguiente, reconoce como voluntad suya la voluntad de la mayoría. Ahora bien, si para hacer imposibles esas derrotas se organiza mediante el sistema de la representación proporcional la representación de las minorías, es preciso, para ser consecuente, consentir que numerosos partidos, incluso los más pequeños, sean tomados en consideración. Si se combate, pues, la atomización de los partidos, se combate un efecto del sistema que no observa ya el axioma democrático fundamental de la identidad de voluntades de todos los ciudadanos. Cuando para favorecer el sistema de la representación proporcional se limita la igualdad y carácter directo de la elección, con ello se quiere expresar que un procedimiento electoral basado en el sistema de la representación, que choca con las dos propiedades fundamentales del derecho electoral democrático: la igualdad y el carácter inmediato de votos, se antepone a estas dos propiedades fundamentales y se considera más importante que la misma elección democrática. En última consecuencia, el derecho de representación proporcional con su sistema de listas da lugar a que la masa de los electores no elija ya un solo diputado. El procedimiento se desarrolla más bien como sigue: De las deliberaciones secretas de un comité incontrolable resulta una pluralidad de listas de partidos, con una larga serie de nombres, que se presentan a las masas electorales; éstas se distribuyen en la elección entre la lista de partidos. Ya no cabe hablar de que el elector individual determine directamente al diputado en concreto; no existe otra cosa que una agrupación y una distribución de las masas electorales según las diversas listas de partido. Por lo que

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

se refiere a los miembros socialmente agrupados en solidas organizaciones de partido, y a los grupos o fuerzas sociales que van aliados a ellas, este método no implica otra cosa que una llamada al ejército de los partidos, que se halla dispuesto; pero en cuanto la masa de los ciudadanos no encuadrados en tales organizaciones toma parte en la lucha electoral, fluctúa, como un leño despreciable o como la arena del desierto, entre estas organizaciones firmes y en torno a ellas, y es, en la mayoría de los casos, la que da la nota decisiva. Tampoco puede llamarse a esto elección, aunque no contradiga a la idea de la democracia en la misma medida que ocurre con el pluralismo de los complejos sociales firmemente organizados. Pero no es ya una elección en el sentido de la idea tradicional que tenemos de elección de diputados y representantes, sino, en realidad, un proceso de naturaleza plebiscitaria. Lo que conocemos, pues, como «elección» para el Reichstag o el Landtag de la actualidad presenta, por consiguiente, dos aspectos: de una parte es la mera comprobación estadística de la diversificación pluralista del Estado en varios complejos sociales sólidamente organizados, y de otra parte es una manifestación plebiscitaria.

El Estado democrático ha sido designado y aun definido frecuentemente como Estado de partidos. El Estado democrático parlamentario es, en un cierto y especial sentido, Estado de partidos todavía en mayor escala. En diversos aspectos cabe considerar a todo Estado como Estado de partidos, pero ello sólo demuestra que semejante caracterización es vacía y carece de interés en cuanto no se añaden datos más precisos sobre la clase, organización, estructura y número de los partidos. Para que un Estado legislativo de tipo democrático-parlamentario, y un Estado que en este sentido especial es Estado de partidos pueda atender, conforme a las premisas constitucionales, las funciones reguladas en la Constitución, los partidos deben corresponder y estar de acuerdo con el concepto de partido preestablecido en la Constitución, y que es, como ya hemos afirmado, el concepto liberal de partido, que sólo comprende a éste como una estructura libre. En efecto, el sentido de todas las instituciones y métodos constitucionales en una democracia par-

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

lamentaría, y el que en particular responde también al sistema parlamentario de la Constitución de Weimar, es que un continuado proceso de transición y movimiento ascensional conduce desde los intereses y opiniones egoístas por conducto de la voluntad de los partidos a una voluntad homogénea del Estado. El robustecimiento del partido no debe alcanzar, por consiguiente, límites extremos, porque de otro modo opondría una resistencia excesiva a la transformación y a la reelaboración. Los partidos se imaginan como medios para formar la voluntad política general, y su admisión y reconocimiento no tiene, naturalmente al sentido de que hayan de utilizar su participación en el proceso creador de la voluntad política como materia para pactar compromisos con otros partidos, ni como medio de explotación. El Parlamento debe ser más bien la escena donde se desarrolle un proceso de transformación mediante el cual la gran variedad de antítesis, intereses y opiniones sociales, económica, culturales y profesionales se reduzca a la unidad de la voluntad política. Es una creencia antigua, aunque más bien liberal que democrática, que precisamente los métodos parlamentarios son los más adecuados para utilizar de esta suerte los partidos como transformadores, y que el Parlamento es ante todo el lugar en que el egoísmo de partido, en virtud de una ficción de la idea o de una sutileza de la institución, puede ser transformado en medio para crear una voluntad ultraegoísta, ultrapartidista, una voluntad político-estatal. En particular, un partido que ha llegado al Gobierno está obligado a sustentar puntos de vista más elevados y más amplios que los estrechos móviles partidistas. Debido a la clase, composición y número de los partidos, y a causa también de la transformación, ya aludida, de los partidos en complejos firmemente organizados con un gran aparato administrativo y una compacta clientela, y dado, además, el gran número de partidos y fracciones que son necesarios para integrar una mayoría, el avance ascensional desde la voluntad egoísta del partido a la voluntad responsable del Estado encuentra siempre nuevas dificultades. En pugna con las premisas de la regulación constitucional, sólo se constituyen aquellos Gobiernos que a consecuencia de sus compromisos y obligaciones con

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

otras fracciones políticas son demasiado débiles y se hallan coartados para gobernar por sí mismos, pero que, por otra parte, poseen todavía bastante apetencia de poder y riqueza para impedir que otros gobiernen. Aquella «ficción» de la idea o de la institución deja entonces funcionar, simplemente, y en lugar de una voluntad estatal sólo se produce una adición, cambiante en todos los aspectos, de intereses momentáneos y particulares. La situación actual del parlamentarismo alemán se caracteriza por el hecho de que la formación de la voluntad estatal tiene que apoyarse sobre mayorías parlamentarias lábiles, que se modifican de un momento a otro, y en las que participan grupos numerosos de partidos heterogéneos¹⁴². La mayoría sigue siendo solamente una mayoría de coalición, completamente diversa según los distintos aspectos de la lucha política —política exterior, política económica, política social, política cultural—. En una palabra, este Estado de partidos democrático-parlamentario es un Estado de partidos en coalición lábil. Los efectos y abusos de semejante situación han sido frecuentemente expuestos y criticados: mayorías que no son susceptibles de ser calculadas; Gobierno incapaces de gobernar, e irresponsables a consecuencia de sus obligaciones y compromisos; compromisos incesantes de partidos y fracciones que se realizan a expensas de un tercer partido o del conjunto de todos ellos, y en los cuales cada partido que colabora se hace pagar su colaboración: reparto de los cargos públicos y municipales y de todas las demás prebendas de carácter público entre los correligionarios, según determinadas claves basadas en la fuerza de cada fracción o en la situación táctica. Incluso los partidos que con una sincera convicción política pretenden situar el interés de la colectividad sobre los fines del partido, se ven obligados, en parte para atender a su clientela y a sus electores, pero más todavía por imposición del pluralismo inmanente de semejante sistema, a colaborar en este continuo tráfico de compromisos o a permanecer apartados y sin

¹⁴²Sobre la inestabilidad de los Gobiernos alemanes desde 1919 y la heterogeneidad de sus componentes, cfs BÜHLER, *La Constitución alemana*, páginas 173 y ss. EDITORIAL LABORAL: Biblioteca de Cultura Política.—N. del T.

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

importancia, llegando a encontrarse, en fin de cuentas, como aquel famoso perro de la fabula de Lafontaine, que con los mejores propósitos guarda el asado de su señor, pero cuando otros perros caen sobre él, se aviene a participar en el banquete.

La diferencia que existe entre un Estado parlamentario integrado por partidos libres, es decir, sin organización firme, y un Estado pluralista de partidos con estructuras sólidamente organizadas, como representantes de la voluntad estatal en formación, puede ser más grande que la que existe entre monarquía y república o entre éstas y cualquier otra forma de Gobierno. Las agrupaciones sociales firmes, que en la actualidad aparecen como titulares del Estado pluralista, convierten el Parlamento, donde sus exponentes aparecen en forma de fracciones, en un mero reflejo o imagen de la distribución pluralista del Estado. ¿Cómo puede surgir, en esta situación, la unidad en que queden superados y fundidos los violentos antagonismos de partidos y de intereses? Toda discusión sería ociosa; recordemos sólo que una simple referencia mía a este principio ideal del parlamentarismo ha inducido a Richard Thomas a hablar de un fundamento «totalmente inservible». Ciertas uniones circunstanciales entre los diversos partidos (intereses agrarios, intereses obreros, burocráticos y también feministas) pueden hacer surgir una mayoría respecto a determinadas cuestiones; pero como en el pluralismo no se trata solamente de partidos y fracciones parlamentarias, y, por otra parte semejantes uniones circunstanciales pueden ser a su vez factores de la agrupación pluralista, vienen éstas a significar ciertamente una complicación, pero en lugar de constituir el termino y la desaparición de este estado de cosas, lo confirma y robustece. La famosa *solidarité parlementarie*, los intereses privados comúnmente egoístas (intereses que caen por fuera de los límites del partido) de los representantes parlamentarios, y en particular del político profesional genuino, pueden ser un motivo eficiente y un provechoso factor de unidad, pero naturalmente no bastan ya, dada la robusta solidez de las organizaciones, en una situación tan difícil como la actual en Alemania. Así, el Parlamento, en lugar de ser la escena de una actividad libre y unificadora llevada a cabo por representantes nacionales

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

libres, en lugar de ser el transformador de los intereses de partido en una voluntad que esté por encima de todos ellos, se convierte en teatro de la distribución pluralista de las potencias sociales organizadas. La consecuencia es que, o resulta incapaz de lograr mayorías y de actuar, por razón de su pluralismo inmanente, o que la mayoría que se constituye en un momento determinado utiliza todas las posibilidades legales como instrumentos y medios de asegurar su poder, y aprovecha en todos los aspectos la época de su dominio político, ante todo para limitar las posibilidades que pudieran ofrecerse de hacer otro tanto al adversario más robusto y peligroso. Sería sencillamente candoroso atribuir todo esto a la maldad humana o a una vileza específica de nuestra época y sólo posible en la actualidad. La historia política y constitucional de Alemania conoce fenómenos análogos acaecidos en otros siglos, con inquietante frecuencia y regularidad: lo que el Emperador y los Príncipes hicieron al desintegrarse el antiguo Imperio Romano-Germánico para asegurar el poder de sus dinastías, se repite actualmente en numeroso paralelos.

También en este orden de cosas es fundamental la transformación operada con respecto al siglo XIX. Pero hoy aparece asimismo encubierta esa transformación por el velo de palabras y formulas que se han mantenido inalterables, por antiguas ideas y giros, y por un formalismo puesto al servicio de todos estos residuos. Mas no debemos suponer por ello que haya sido pequeño el efecto logrado tanto en la conciencia política como en la constitucional y, de un modo inmediato, sobre el Estado y la Constitución misma. Dicho efecto consiste principalmente en que, en la misma medida que el Estado se transforma en una estructura pluralista, en lugar de la fidelidad al Estado y a su Constitución aparece la fidelidad a la organización social, hacia las estructuras que sustentan el pluralismo estatal, e incluso, como anteriormente hemos manifestado ya, el complejo social muestra frecuentemente la tendencia a ser total, es decir, a lograr la sujeción de los ciudadanos por él abarcados tanto en el orden económico como en el filosófico. Así, surge, en definitiva, un pluralismo hecho de sujeciones morales y obligaciones de

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

fidelidad, una «*plurality of loyalties*» mediante la cual se va estabilizándose cada vez más firmemente la distribución pluralista y poniéndose cada vez más en peligro la formación de una unidad estatal. En su realización práctica resulta imposible la existencia de una burocracia obligada al Estado, porque también esta especie de burocracia presupone un Estado diverso de los complejos sociales organizados. Pero, además, se produce un pluralismo de los conceptos de legalidad, que destruye el respeto a la Constitución y transforma el terreno creado por ésta en una zona insegura, batida desde varios lados, cuando en realidad toda Constitución debiera ser consustancialmente una decisión política que estableciese de modo indudable lo que es la base constitucional de la unidad estatal. Los grupos o la coalición que en cada momento dominan, consideran sinceramente como legalidad la utilización exhaustiva de todas las posibilidades legales y el aseguramiento de sus posiciones, el ejercicio de todas las atribuciones políticas y constitucionales en materia de legislación, administración, política personal, derecho disciplinario y autonomía administrativa, de donde resulta naturalmente que toda severa crítica e incluso cualquier amenaza a su situación aparece para esos grupos como ilegalidad, como acto subversivo o como un atentado contra el espíritu de la Constitución; entre tanto, cada una de las organizaciones adversarias afectadas por semejantes métodos de Gobierno se esfuerza en demostrar que la vulneración de esta misma posibilidad constitucional constituye el más grave atentado contra el espíritu y el fundamento de una Constitución democrática, no obstante lo cual rechaza con decisión firme, igualmente, todo reproche de ilegalidad y de transgresión constitucional que se le dirija. Entre estas dos negaciones que funcionan de modo contrapuesto y casi automático en el ámbito del pluralismo estatal queda aplastada la Constitución misma.

Estas consideraciones relativas a la situación constitucional concreta pretenden evidencia una realidad, a cuya contemplación se sustraen muchos por diversos motivos y con variadas objeciones, pero cuyo conocimiento claro es perfectamente indeclinable para quien quiera efectuar una investigación política

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

con el propósito de examinar el problema de la defensa y garantía de la Constitución. No basta, en modo alguno, hablar en general de una «crisis» o evacuar las consideraciones que preceden, con una referencia a la «bibliografía sobre las crisis». Si el Estado actual ha de ser un Estado legislador, si además se produce una tal extensión de los sectores propios de la vida política y de la actividad política que pueda hablarse de una transición al Estado total, si al mismo tiempo, empero, el cuerpo legislativo queda convertido en escenario y en centro de la distribución pluralista del Estado unitario en una mayoría de complejos sociales firmemente organizados, de poco servirá hablar —con fórmulas y contrafórmulas acuñadas para una situación de monarquía constitucional, propia del siglo XIX— de la «soberanía del Parlamento» pensando que así se soluciona el problema más difícil del Derecho constitucional contemporáneo.

b). La policracia en la economía pública

El desarrollo de las tendencias pluralistas, que se concentran y exteriorizan en el cuerpo legislativo, coincide con la transición al Estado «económico». En el sector de la economía pública deberían manifestarse propiamente, en relación adecuada a su gran extensión, el unitarismo más intenso en cuanto al régimen del conjunto, la existencia de líneas directrices de carácter homogéneo y al mismo tiempo la posibilidad de un programa, homogéneo también, en los aspectos financiero y económico. Como toda unidad económica, incluso la más pequeña, un complejo económico de amplitud tan grande como la que hoy presenta la economía pública en Alemania necesitaría, por lo menos, un cierto plan, por muy alejados que queramos permanecer de una economía socialista de tipo racionalizado y uniforme. Ahora bien, un Parlamento que sólo es escenario y reflejo de un Estado pluralista de partidos en coalición lábil, difícilmente será capaz de desarrollar un plan semejante, porque éste exige una consecuencia y una continuidad suficientes para dominar durante un lapso de tiempo las situaciones variables,

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

permanencia con la cual no cabe contar en la actual situación de las mayorías y de los partidos. A falta de una tal uniformidad y coherencia, se registra en el sector económico una pluralidad y una interferencia de sujetos de la economía pública, elementos que son muy numerosos, gozan de una amplia autonomía y son independientes unos de otros. Popitz ha denominado esta situación «policracia», con lo cual designa muy acertadamente un fenómeno de particular naturaleza, que guarda íntima relación con el pluralismo del sistema político alemán, pero que no es idéntico a él. En la economía pública de Alemania impera hoy una «diversidad casi infinita de titulares de una voluntad, que no se hallan suficientemente enlazados entre sí, y que son de naturaleza y calificación muy distinta». Popitz enumera los siguientes: el Reich, los 17 Territorios, 65,000 municipios y mancomunidades de ayuntamientos, los titulares del seguro social (7,427 cajas mutuales para enfermedad, 106 cooperativas profesionales, 35 institutos de seguros de invalidez, el Instituto de seguros del Reich para empleados, la Caja de pensiones para los mineros, el Instituto de colocación de obreros y de seguro contra el paro); además incluye los grandes establecimientos de la economía pública, dotados de un régimen propio, ante todo el Reichsbank, los Correos y los Ferrocarriles del Reich; por último, otras instituciones y empresas más o menos autónomas¹⁴³. Puede ser que este resumen y enumeración necesite una diferenciación más precisa, y que sea susceptible de admitir muchos complementos y nuevos puntos de vista. Pero ello no resta interés ni mérito científico al hecho de haber llamado la atención sobre este importante fenómeno del actual estado político, ni disminuye tampoco el valor epistemológico de la comprobación, así como su gran importancia para el cuadro completo de la situación constitucional.

Como consecuencia de una tal policracia se revela la falta de líneas normativas homogéneas, una desorganización y una falta de plan, e incluso una aversión hacia todo plan, que llega a revestir excepcional importancia porque el Estado hace tiempo

¹⁴³Cfs. anteriormente la referencia bibliográfica de la página 137, nota 6.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

que ha iniciado su traslación hacia el Estado económico. Su influencia económica ha experimentado tan extraordinario incremento, que la extensión adquirida por la actividad del Estado como dice Popitz, «hace tiempo que ha superado la etapa del Estado bienhechor después de pasar por el Estado administrativo y por su réplica, el Estado fiscal, y la evolución amenaza, al parecer, con llevarnos al Estado de asistencia». La policracia de los titulares de la economía pública se construye, jurídicamente, en términos esenciales, sobre la autonomía política y la administración autónoma, ante todo sobre la autonomía de los municipios. El reconocido principio de la «universalidad del radio de influencia» permite una extensión casi ilimitada de la economía municipal; la forma, propia del Derecho privado, que revisten las explotaciones comunales de carácter colectivo, permite sustraerse al control del Estado (inspección del Estado, Oficina de información comunal en el Ministerio de Hacienda del Reich) y crear una especie de alodio de derecho privado, que puede tener una importancia política semejante a la del alodio medieval para los vasallos, quienes, de este modo, podían sustraerse a la agrupación estatal fundada sobre la institución feudal. En todo este proceso puede fácilmente advertirse y explicarse la transformación funcional que ha experimentado la institución de la autonomía administrativa. Anteriormente nos hemos referido al hecho de que la institución de la autonomía administrativa, tal como está regulada en Alemania en numerosas leyes del siglo XIX y como tradicionalmente se ha conservado de modo casi inalterable, presupone la situación concreta de dicho siglo con sus diferenciación entre Estado y Sociedad, y que la administración autónoma aparece por consiguiente, de modo esencial, como una parte de la sociedad diferenciada del Estado. En cuanto al Estado se convierte en autoorganización de la Sociedad y las posiciones de la autonomía administrativa son ocupadas por los mismos titulares del pluralismo político, se hace problemática la estructura de esta institución jurídica que es la autonomía administrativa, y en particular la relación que existe entre la inspección del Estado y dicha autonomía. Todo intento de establecer y llevar a la práctica un amplio programa

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

financiero y económico con directrices homogéneas para el régimen de la economía pública choca con los estorbos y obstáculos de esta policracia tan diversa, que ésta parapetada, como en el Estado de derecho, detrás de una muralla legal, y que goza, al mismo tiempo, de la protección de las normas constitucionales. Sin embargo, su resistencia no resulta invencible por razón de su propia fuerza, sino por íntima colaboración de policracia y pluralismo (y además, por la inteligencia entre policracia y federalismo, a que inmediatamente nos referimos).

Precisa investigar y examinar más de cerca el problema de la policracia. Ante todo me parece indispensable para la conveniencia del presente estudio constitucional llevar a cabo la siguiente distinción, dentro del complejo de dicho nombre señalado. Una parte de las energías de la policracia basa su importancia política y su capacidad de resistencia en la relación que la liga con los titulares del Estado pluralista, interesados en la policracia en cuanto ésta viene simultáneamente a robustecer la posición efectiva de sus organizaciones. Otro sector, en cambio, debe su justificación y en gran parte también su origen mismo a una tendencia en cierto modo opuesta a la anterior: frente a la distribución pluralista del Estado es preciso que ciertos complejos e instituciones, necesitados de una protección especial dentro de la economía pública, sean sustraídos al influjo partidista y neutralizados en el aspecto político. A este grupo pertenecen, ante todo, el Reichsbank y los Ferrocarriles del Reich. El procedimiento de efectuar estas neutralizaciones será examinado más adelante (pág. 166). Aquí aludimos a él solamente porque dentro del fenómeno integral de la policracia era necesario establecer la diferenciación entre titulares de la policracia que solamente son auxiliares y aliados del pluralismo, y otros que deben el ser a una reacción contra éste.

Con este ni se niega ni se contradice en modo alguno el hecho mismo o el fenómeno de conjunto designado con la palabra «policracia». Simplemente afirmamos con toda claridad que deben ser tenidas en cuenta diversas orientaciones contrapuestas para que sea posible una descripción exacta del Estado constitucional concreto de nuestros días, y que interesa tener presentes

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

al mismo tiempo las numerosas negaciones y amenazas que existen para la unidad política de la nación que toda democracia presupone. La policracia de la economía pública adquiere su importancia peculiar por coincidir en nuestros días con el quebrantamiento pluralista del Estado legislativo y parlamentario, al mismo tiempo que se opera una evolución más intensa del Estado económico. En el centro de este problema integral, que aquí hemos reducido a breves palabras, plantéase una cuestión que en principio se ha formulado del siguiente modo: ¿hasta qué punto son conciliables entre sí el parlamentarismo y el Estado que obra conforme a un plan económico de conjunto? La cuestión ha sido contestada en forma netamente negativa en un escrito de H. Göppert, *Staat und Wirtschaft* (Tübingen 1924), que todavía ahora posee una gran actualidad. Cabe, sin embargo, establecer una diferenciación más precisa respecto a la modalidad concreta del parlamentarismo. La policracia resultará más peligrosa para un Estado cuyo Parlamento no es sino el reflejo del pluralismo de los complejos de fuerza social, que para un Estado que forme su voluntad política mediante un sistema de dos partidos turnantes que funcione con normalidad. La cuestión alcanza un grado de intensidad todavía más alto cuando, simultáneamente con su evolución hacia el pluralismo, el Estado no sólo se dedica a explotar empresas económicas individualizadas, sino que, convertido ya en un Estado económico, se halla en trance de llegar a ser un Estado de beneficencia, de subvenciones y de asistencia. El punto extremo, el momento crítico del problema se alcanza cuando un Estado económico de esta naturaleza, con un tal Parlamento determinado en forma pluralista, se encuentra con grandes dificultades económicas, en una situación anormal, y para seguir subsistiendo se ve obligado a poner en práctica normas directrices homogéneas y planes económicos y financieros de gran alcance efectivo y de considerable extensión temporal. La cuestión, de este modo planteada, de si el parlamentarismo pluralista y el moderno Estado económico son conciliables entre sí, debe ser hoy negada en absoluto.

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

c). El federalismo

La cuestión de si el sistema parlamentario es conciliable con determinadas modalidades de la organización política fue planteada por la teoría estatal alemana, en pasadas épocas, tan sólo respecto a la organización federal, y negada en la mayoría de los casos, a este respecto, hasta el año 1928. En el derecho federal alemán de la Constitución del Reich hecha por Bismarck se consideraba como un axioma que el parlamentarismo y la organización federal representan términos que casi se excluyen uno a otro. Erich Kaufmann sustentó esta tesis durante la Guerra (1917) en su trabajo *Bismarcks Erbe in der Reichsverfassung*; y ha sostenido con carácter general, y no sólo para el Estado federal monárquico de 1871, la relación estricta y sustancial entre el federalismo y la imposibilidad del parlamentarismo. Una tesis análoga, al menos para el Estado federal monárquico, aunque con valoración inversa, sirve de base a las ideas de Hugo Preuss; como consecuencia de dicha tesis, en sus primeros proyectos de Constitución partía del hecho de que el Estado federal debe ser sustituido por otro en el que impere una amplia descentralización y una gran autonomía administrativa. En mi «Teoría constitucional» (1928) he sostenido la opinión de que el verdadero fundamento de las disparidades que se advierten de modo indudable en este problema no puede ser referido originariamente a la antítesis de parlamentarismo y federalismo, sino a la relación peculiarísima de federalismo y democracia: lo mismo la democracia nacional que toda organización federal presuponen, en esencia, una homogeneidad, y por eso resulta difícil justificar diversos Estados democráticos y autónomos dentro de una unidad nacional homogénea. En una democracia nacional, un Estado federal sólo resulta posible cuando se deja subsistir el marco rígido de un federalismo heredado de otras situaciones constitucionales, aunque obligándose a desarrollar una función esencialmente distinta. En la Asamblea nacional de Weimar no se tuvo en cuenta el difícil problema del principio de estructuración federal; más bien se procedió a conservar la organización federal preexistente y a introducir, al mismo tiempo, el parla-

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

mentarismo en el marco de una democracia nacional, no sólo en el Reich, sino hasta en cada uno de los Territorios, en virtud de la Constitución del Reich (art. 17 RV.). Coexisten ahora, desde hace doce años, organización federal y parlamentarismo en el Reich y en los Territorios, de manera que la conciliación de ambos actores queda demostrada *ipso facto*, en apariencia. Pero no debe olvidarse la alteración estructural y funcional que ha hecho esto posible. La conciliación entre organización federal y parlamentarismo, en este caso concreto, se explica solamente por el hecho de que, de una parte, es decir, en el Reichstag alemán, está habitualmente representados, aun en la coalición de partidos que sirve de base al Gobierno del Reich, influyentes partidos federales, y entre ellos, de modo casi regular, un partido completamente limitado a un Territorio que defiende sus intereses federales, el partido populista bávaro; pero, al mismo tiempo y en sentido inverso, los distintos complejos sociales de poder que forman el Estado pluralista, justamente con sus organizaciones que se extienden a todo el Reich y traspasan las fronteras de los Territorios, están interesados en defender las posiciones políticas que han logrado alcanzar en cada uno de los Territorios, porque de este modo se hallan protegidos de la manera más perfecta posible contra otro partido o coalición de partidos dominante en el Reich en otros Territorios y hostil a ellos. Así, las instituciones y posiciones federales pueden convertirse en auxiliares y aliadas del pluralismo. Pero la «conciliabilidad» así lograda entre parlamentarismo y federalismo, sólo se consigue mediante un doble quebrantamiento del hermetismo y de la solidez de la unidad estatal.

Si se prescinde de esta posibilidad de que pluralismo y federalismo se alíen, la organización federal puede constituir un contrapeso especialmente útil contra las estructuras pluralistas de carácter general y contra los métodos de su política de partido. Una descentralización territorial eficaz, solamente es posible en la actualidad, en un Estado pluralista de partidos, sobre la base de una organización federal. Dentro de un Estado que no represente sino la autoorganización de la Sociedad, la institución de la autonomía administrativa de los municipios, heredada del

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

siglo XIX, y que presupone la antítesis entre Estado y Sociedad, no tiene ya energía bastante para oponerse a los poderes pluralistas con posibilidades de éxito, cuando dichos poderes ocupan indistintamente todas las posiciones culminantes en el Estado y en la Sociedad, en la inspección pública y en la autonomía administrativa. La autonomía estatal de un país ofrece, en cambio, tal posibilidad. Democracia y federalismo son conciliables entre sí cuando concurren determinadas premisas concretas (recordemos, por ejemplo, los modelos de los Estados Unidos y de la Confederación helvética); el federalismo, es decir, una organización federal, suministra, en una democracia semejante, el medio más seguro para lograr una descentralización territorial. En una colectividad estatal, que simultáneamente está organizada de modo federal y regida parlamentariamente, en el actual Reich alemán, el federalismo puede justificarse, como consecuencia, de dos maneras nuevas: en primer término es un recurso de auténtica descentralización territorial, y en segundo lugar puede ser considerado como antídoto contra los métodos peculiares del pluralismo de los partidos políticos, de análoga manera a los anteriormente enunciado ya respecto a las manifestaciones de atomización de la economía pública del Reich y a los ensayos de «neutralización» a que aludiremos más adelante.

2.- REMEDIOS Y REACTIVOS

a) Ensayo de una Constitución económica

Frente al hecho inconcuso de que el Estado domina o influye en gran escala el sector económico, resulta justificado reclamar, como contestación a cuestiones tales como las planteadas por pluralismo y policracia, una reforma de la Constitución vigente del Reich. Mientras que el Estado actual puede considerarse como un Estado económico, la Constitución estatal, tal como la poseen la mayoría de los Estados modernos, incluso Alemania, no parece ser una «Constitución económica», sino una Constitu-

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

ción que con impropiedad notoria denomina «política»; en ella se ignoran las entidades y potencias económicas como tales, y el Estado se mantiene «neutral», al parecer, con respecto a la Economía. Naturalmente, toda Economía y toda «Sociedad», como cualquier otra manifestación de la convivencia humana, reclaman una «Constitución», es decir, una ordenación cualquiera, de modo que en otro sentido distinto, impreciso y expuesto a error, puede hablarse de una Constitución social y económica en cuanto, conforme a los métodos tradicionales del siglo XIX, se separan entre sí Estado y Sociedad, Política y Economía, y se consideran sectores reales distintos. Ahora bien, semejante «Constitución» «económica» o «social», no es precisamente la Constitución del Estado. En la organización y en la estructura política del Estado no se valoran estructuras y elementos económicos como tales (por ejemplo; empresas, sindicato, asociación económica, Cámaras económicas u otras representaciones de intereses); pero, además, el ciudadano individual no ocupa su posición política ni ejerce sus derechos cívicos en su condición de sujeto económico, por ejemplo como patrono o como obrero, como productor o como contribuyente, o por razón de otra calidad o prestación económica; para semejante Constitución sigue siendo tan sólo un *citoyen* y no un *producteur*. Una de las decisiones fundamentales y positivas de la legislación vigente es la de que haya rechazado el sistema de una Constitución económica, y, en particular, la del sistema «político» de Consejos. Incluso el «anclaje del sistema de Consejos» en el artículo 165 RV., como se ha subrayado con insistencia, sólo tiene una importancia económica, pero no una significación estatal en cuanto a la organización. Si se concibiera dicho artículo de otro modo, la actual Constitución del Reich sería una creación monstruosa y fantástica, porque contendría en sí diversas Constituciones contradictorias, y en su último artículo y a manera de apéndice, amalgamaría con toda la estructura de la organización anterior esta nueva Constitución accesoria en litigio. Por esto no es admisible utilizar el artículo 165 para hacer de la Constitución vigente una Constitución económica, y de la Constitución económica del artículo 165, la

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

Constitución estatal de Alemania¹⁴⁴. Tampoco el Consejo Supremo de Economía es un órgano estatal decisivo, aunque para realizar el programa de Consejos del artículo 165 se llegue a dar carácter definitivo. La primera parte capital que en punto a la organización tiene la Constitución del Reich es la parte políticamente decisiva. Esta contiene una resolución acordada con plena conciencia, contra la estructuración política del Reich como Constitución económica.

164

¹⁴⁴ Sólo en apariencia se hallan en contradicción con estas ideas las manifestaciones de uno de los mejores conocedores de estos problemas, E. TATARIN-TARNHEYDEN, *Berufsverbände und Wirtschaftsdemokratie, ein Kommentar zu Artikel 165 der Reichsverfassung*, Berlín 1930, página 13, TATARIN dice, ciertamente, que el artículo 165, apartado 1, es «el fundamento ideal de la Constitución económica legalmente regulada, y anticipada ya en otros apartados». Pero ésta no debe ser una «Constitución social económica diversificada de la Constitucional estatal», sino «un fragmento de la Constitución estatal misma». Más, si entiende exactamente, sólo puede ser denominada fragmento de la Constitución estatal del mismo modo que lo es, por ejemplo, el derecho a la autonomía administrativa (art. 127 RV.). Ciertamente se dice más adelante que la Constitución del Reich ha emprendido un «doble camino» para la formación de la voluntad política, de una parte el de la democracia basada en el número de habitantes, y de otra el de la colaboración de las clases económicas y estamentos profesionales. Sin embargo, en la página 12 se afirma que la democracia basada en el número de habitantes se ha convertido por la Constitución de Weimar en «fundamento de sus sistema político», y luego se dice: «Nuevamente, como con tanta frecuencia ocurre en la Constitución de Weimar, nos hallamos con el resultado de un compromiso: la coexistencia de dos sistema estatales distintos —el atomista y el orgánico—, coexistencia que sólo puede tolerarse por el hecho de que al segundo sistema se le asigne una significación secundaria al desviarlo desde el sector político hasta el económico.» A esto puede decirse solamente: *ergo*... Cuando H. HERRFAHRDT manifiesta que el artículo 165, último de la Constitución vigente, es al mismo tiempo el primero de una Constitución futura, no hace, propiamente, otra cosas que confirmar la tesis desarrollada en nuestro libro. De especial valor e interés son a este respecto los comentarios de E. JACOBI, *Grundlehren des Arbeitsrechts*, Leipzig 1927, páginas 392 a 395. «A este respecto (sobre el art. 165 RV.) resulta de todo punto errónea la idea de una Constitución económica sustantiva, aneja a la Constitución estatal.» JACOBI no ve en el artículo 165, apartado 1, «de ningún modo, una nueva creación de Derecho público». En cambio, si se llevara a la práctica el sistema planeado en el artículo 165, apartado 2, «nos hallaríamos en realidad ante nuevas categorías de Desarrollo público». «Pero este programa no se ha realizado... la Constitución económica de Derecho público arbitrada por el artículo 165, apartado 2, RV., no existe.» La decisión fundamental respecto a la clase y forma de la existencia política, que es consustancial a una Constitución, hace imposible semejante coexistencia de dos principios estructurales contradictorios; ésta debe ser la razón más importante de que el artículo 165 no pueda ser realizado sin trastornar, literalmente, la Constitución de Weimar. En ello radica también el punto culminante de la cuestión de si conforme a la vigente Constitución del Reich puede existir una representación de intereses económicos (diferenciada de la mera representación). Yo insisto en que no es éste el caso; la argumentación del F. GLUM, *Der deutsche und der französische Reichswirtschaftsrat*, Berlín 1929, páginas 37 y ss., y además, el capítulo «Consejo económico del Reich» en el *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. 1, página 582, descansan en el hecho de que la Economía «se convierte en un conjunto y, como consecuencia, en algo político, sin cesar de hallarse 'frente al Estado'». Mediante la representación, la Economía será conducida «al interior del Estado». Glum invoca el artículo 17 de la Ordenanza sobre el Consejo Supremo de Economía, de 4 de mayo de 1920: «Los miembros del Consejo Supremo de Economía son representantes de la Economía entera de la nación alemana»; y continúa así: «De este modo se manifiesta claramente que los miembros del Consejo Supremo de Economía —tanto los permanentes como los que no lo son— no tienen que representar intereses, ni siquiera los intereses económicos de la nación entera.» Sin embargo, esto sólo puede significar lo siguiente: o bien son representantes, y entonces representan al pueblo entero, pero no a la economía, o no lo son. El hecho de que no sean representantes de intereses no les convierte en representantes. GLUM reconoce la posibilidad ulterior de que puede proponerse una especie de gremio, independientemente, de perito. Pero tampoco el perito independiente es representante. Acerca de las diversas especies de independencia, cuya diversificación aparece como necesaria a este particular, cfs. más adelante, página 238.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

De aquí resulta una ostensible discrepancia: un Estado económico, pero sin Constitución económica. Es natural que se pretenda lograr una armonía en cualquier de las dos direcciones señaladas, o bien depurando el Estado en todos aquellos elementos que le caracterizan como Estado económico, es decir, «deseconomizando» el Estado, o por el contrario, sustituyendo la vigente Constitución no económica por una Constitución económica, es decir, «economizando» el Estado de un modo resuelto. La primera solución conduciría a transformar los actuales partidos políticos, que en gran parte son representaciones organizadas de intereses y agrupaciones más o menos «estamen-

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

tales» y «feudales», en estructuras independientes, orientadas según los principios de la libre opinión y de la libre competencia, y también a hacer independientes a los diputados en particular, como corresponde a la Constitución vigente (art. 21). Esto podría ensayarse estableciendo formas severas de incompatibilidad, y no sólo en el sentido de las tradicionales, como en el caso de la incompatibilidad entre mandato parlamentario y desempeño de determinadas funciones, sino de las llamadas incompatibilidades económicas, las que existen entre el mandato parlamentario y determinadas profesiones o cargos económicos como los de síndicos, secretarios de federación o de partido, miembros de un comité de vigilancia, banqueros, proveedores del Estado, etc. Semejantes incompatibilidades serían acaso muy útiles y necesarias en particular, y responderían a las exigencias que plantea la pureza moral de la vida pública¹⁴⁵. Ahora bien, no podrían destruir el sistema entero, que descansa sobre la íntima asociación de Estado y Económica. Las masas de los actuales electores se agruparían verosímilmente por razón de sus intereses económicos, y esto no puede evitarse por decreto ni ley alguna; dada la complicación de la actual organización económica de Alemania, el establecimiento de incompatibilidades para ciertas profesiones y cargos significaría una desigualdad y una falta de equidad con respecto a otras colocaciones y profesiones igualmente determinadas en el orden económico; son tan abundantes las posibilidades, imperceptibles para la ley, que se ofrecen a los poderes económicos y sociales para influir de un modo indirecto, que por tal procedimiento sólo crearía un nuevo sistema de subterfugios, sin alterar, en cambio, la estructura integral de la vida del Estado.

La otra solución opuesta, la de dar al Estado, convertido en Estado económico, una verdadera Constitución económica, sea la del Estado estamental, sindical o soviético, tiene a primera

¹⁴⁵Acerca del problema de las incompatibilidades, cfs. el trabajo de WERNER WEBER, *Parlamentarische unvereinbarkeiten* (Incompatibilidades), AöR, N. F., vol. 19 (1930), página 161 y s.; acerca de las llamadas «incompatibilidades económica», páginas 239 y s.; cfs. también más adelante, página 246.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

visita la ventaja de que responde más exactamente y se adapta mejor a las circunstancias reales. Sin embargo, tal ventaja no pasa a ser un beneficio abstracto, y en la realidad su concreción sería peligrosa e induciría a error. No nos referimos aquí a las dificultades prácticas de la realización — valoración y diferenciación de los diversos ramos profesionales y grupos, cómputos de votos y distribución del poder político según la importancia económica de dichos sectores— sino solamente a las reservas fundamentales que sugieren semejantes soluciones, tan plausibles en apariencia. Su realización, en lugar de robustecer la unidad de la voluntad política, no haría sino ponerla en peligro; las antítesis económicas y sociales no quedarían resueltas y extinguidas, sino que se manifestaran más abiertamente y con carácter más desconsiderado, porque los grupos en lucha no se verían obligados ya a dar el rodeo de unas elecciones nacionales de carácter general, y a lograr una representación del pueblo. Es muy digno de tenerse en cuenta que en la actualidad sólo dos grandes Estados poseen semejantes Constituciones económicas: la Rusia comunista, con su sistema soviético, y la Italia fascista, con su *stato corporativo*. Trátase de dos países en gran parte agrarios todavía, que no se hallan a la cabeza de la evolución económica y del progreso industrial, y cuya Constitución económica está ensombrecida por una organización de partido rígidamente centralizado y por el llamado «Estado de un solo partido». El sistema de la Constitución económica no tiene, en este caso, el sentido de hacer libre y autónoma la Economía, sino que sólo trata de ofrecerla al Estado y someterla a él; el régimen de un solo partido se deriva de la necesidad de impedir el dominio del Estado por diversos partidos, o sea de la conveniencia de evitar la dispersión pluralista del Estado.

b) El problema de la neutralidad política interior en el Estado pluralista de partidos

Naturalmente se comprende que, frente a los métodos pluralistas de formación de la voluntad, en el Estado de partidos

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

deben existir instancias y procedimientos que sean independientes de los poderes públicos de este género de Estado. Como aquí sólo tratamos de hacer una somera exposición de la situación constitucional contemporánea, no nos detendremos a comentar planes de reforma, si bien merecen citarse, por lo menos, las normas, proyectos de ley y documentos publicados por la «Liga para la renovación del Reich» respecto al «problema del Consejo del Reich» (Berlín 1930.) Pero aun prescindiendo de todos los proyectos y aspiraciones, existen actualmente organismos y entidades cuyo sentido peculiar reside en el hecho de que significan una reacción contra los métodos del Estado pluralista de partidos. En conjunto no han llegado hasta ahora, en la mayoría de los casos, a definir claramente su contenido, porque entre esos organismos existen grandes disparidades y sólo están ligados por una antítesis común frente al Estado de partidos en coalición lábil, porque algunos de ellos se encubren bajo rótulos míticos o se mantienen ocultos, mientras que otros se manifiestan abiertamente, y, ante todo, porque algunas de estas entidades son, por naturaleza, poco relevantes en sus manifestaciones, mientras que los métodos propios del Estado de partidos en coalición lábil se destacan con energía ostensible en primer término de la vida política actual. A pesar de ello; semejantes reactivos neutrales son consustanciales al Estado contemporáneo, y sin ellos este Estado sería imposible de imaginar, porque, en realidad no existiría, Estado alguno que sólo fuera un Estado pluralista de partidos. Además de las fuerzas puramente partidistas, es preciso que existan siempre otras fuerzas situadas fuera de los partidos y aun por encima de ellos, para que la unidad política no se resuelva en una mera coexistencia pluralista de complejos sociales de poder. Cuando, por añadidura, los organismos e instancias previstos en la Constitución no son capaces de realizar una unidad política homogénea, resulta absolutamente inevitable que la sustancia política se traslade a otros puntos cualesquiera del sistema social o político. Otros poderes, sean legales o apócrifos, asumen voluntariamente o forzados por la necesidad, con plena convicción o en forma semiconsciente, el papel del Estado, y

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

gobiernan, por decirlo así, por debajo de mano. La «ficción» en virtud de la cual es en el Parlamento precisamente donde llega a realizarse la unidad de voluntad de la nación entera, no puede apoyarse en modo alguno sobre los partidos de coalición ni cobijarse en los despachos de las fracciones; el Parlamento no posee ningún monopolio imperdurable en virtud del cual haya de ser el único escenario de esa ficción, sino que ese centro de gravedad puede fácilmente desplazarse. Por esta razón, para formarse una idea completa de la realidad de la situación política, es necesario tener también en cuenta esas diversas reacciones y remedios. Todas ellas, en cuanto resultan agrupadas por una antítesis común contra el actual Estado de partidos en coalición lábil, pueden caracterizarse en conjunto como una tentativa de realizar un Estado neutral en cuanto a los partidos políticos. Naturalmente se comprende que la palabra «neutral», dotada de tan diversas acepciones, y determinada, como cualquier otro concepto político, por su antítesis concreta, no significa, en principio, para nuestro objeto, otra cosa que la pugna contra las fuerzas y métodos del Estado de partidos en coalición lábil, y su poder es lo suficientemente grande y lo bastante centralizado para agrupar entre sí estas diversas reacciones mediante una antítesis que les sirva de denominador común. Según las manifestaciones que anteriormente hemos hecho acerca de los grupos pluralistas, policráticos y federales, en parte aliados, en parte opuestos entre sí, resulta explicable que según la situación táctica no quede excluida en modo alguno la posibilidad de una alianza ocasional entre ellos.

De acuerdo con la tradición histórica del Estado alemán precisa pensar en primer término, a este respecto, en las instituciones y métodos propios de un Estado burocrático, y buscar en ellas el genuino contrapeso a los efectos disolventes del Estado de partidos en coalición lábil, si bien conviene tener en cuenta que, simultáneamente, la burocracia asume una misión y unas funciones adecuadas a las variaciones operadas en la organización del Estado, elementos todos ellos que no pueden concebirse ni justificarse con los conceptos del Derecho político monárquico. La Constitución vigente del Reich sale al encuentro

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

de esta eventualidad y protege a la burocracia alemana mediante garantías constitucionales e institucionales contra los métodos de la política parlamentaria de la expoliación (arts. 129-130 RV.). Incluso llega a prohibir expresamente que los funcionarios sean «servidores de un partido» y ofrece ciertas seguridades para garantizar su posición independiente (principio de la colocación vitalicia, intangibilidad de los derechos bien adquiridos, procedimiento jurídico ordinario para las acciones de derecho patrimonial, etc.). Harto sabido es que, a pesar de dicha prohibición constitucional, los cargos burocráticos, por lo menos en muchos Territorios, son tratados abiertamente como objeto de expoliación y de componendas entre los partidos que gobiernan. La mayoría se mantiene muy escéptica y resignada respecto a las posibilidades de resistencia del Estado burocrático alemán frente al Estado de partido en coalición. Recordemos, sin embargo, que en el Reich, donde existe un presidente, que con independencia de los partidos de coalición nombra a los funcionarios, incluso a los llamados funcionarios políticos, el reparto de los cargos de funcionarios entre los afiliados a los partidos de coalición no acaece tan fácilmente como en los Territorios, en los que los Ministros de los partidos de coalición proceden como agentes de sus partidos respectivos, sin el obstáculo que supone el nombramiento presidencial. Además acaso, quepa esperar con cierto optimismo que, como consecuencia del carácter vitalicio de los empleos, y de otras garantías constitucionales, los correligionarios a quienes se concede un cargo público queden separados del partido, captados por la conciencia política de la burocracia alemana, y que, mediante las instituciones profesionales de ésta, se transformen de servidores del partido en funcionarios del Estado. Los elementos del Estado burocrático que todavía cabe presuponer existente en la Alemania actual, pueden constituir de este modo en el sistema del Estado neutral de un interesantísimo resorte contra la política de partido, y aun asegurar para el porvenir ciertas posibilidades de imparcialidad. Pero por valiosos e insustituibles que sean, de nada sirven, sin embargo, para acabar con el abuso peculiarísimo del Estado de partidos en coalición lábil, es decir, con la falta de un Gobierno estable y

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

apto para gobernar. La burocracia está limitada por la naturaleza a la Justicia y a la Administración. Como consecuencia, es el poder legislativo o el Gobierno quien le provee con normas o principios directivos. La burocracia carece de aptitud para adoptar por su cuenta resoluciones políticas y para determinar conforme a las normas y módulos de su «especialidad» las líneas directrices de la política. Puede crear obstáculos y mostrarse retraída, desarrollando dentro de este marco su acción neutralizadora, pero no le es dado decidir ni gobernar en sentido estricto.

Todavía resultaría menos posible basar el Estado neutral en la Justicia, y transferir mediante cualquier subterfugio judicial la adopción de decisiones políticas a Tribunales ordinarios o constitucionales integrados por jueces de carrera. En el Capítulo I de este tratado hemos aludido ya a las demandas y proyectos en virtud de los cuales se pretende encomendar la resolución de las difíciles cuestiones de la situación constitucional contemporánea a un Tribunal que observe todas las apariencias de judicialidad. Acaso pudieran parecer plausibles semejantes intentos de solución no sólo a los elementos auténticamente judiciales, cuyos hábitos mentales corren por las causas del procedimiento civil y penal, sino también a ciertas propensiones del carácter alemán, y particularmente a la «apetencia de la legalidad», a que tan frecuentemente se alude. Actualmente se juzgan ya con más cautela estos planes de «judicialización» de la política, y se conocen mejor los estrictos límites de la judicialidad, límites que precisamente han de ser defendidos, en interés de la independencia del poder Judicial y del Estado de Derecho, contra la politiquización por los partidos. La judicatura profesional independiente alemana pertenece, como entidad neutral en el orden político interior, al complejo que anteriormente hemos calificado de Estado burocrático. Pondríase en peligro tanto esta judicatura profesional como los fines de una objetividad imparcial, si se pretendiera utilizarla para implantar como Estado neutro un Estado judicial criptopolítico.

Más serio es el intento —muy acreditado fuera del círculo de los juristas profesionales— de crear una especie de Estado neu-

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

tral de peritos y asesores (expertos), en el que las resoluciones políticas se encomendaran a conocedores de los diversos sectores, particularmente a peritos administrativos, financieros y económicos¹⁴⁶. De esta orientación se encuentran numerosos atisbos en la mayoría de los Estados modernos. Como ejemplo de especial trascendencia para Alemania puede citarse, en primer término, la institución del Comisario de Ahorros del Reich. «Este instituto, en el fondo, no significa otra cosa que el *testimonium* de una convicción según la cual para el Gobierno y para sus miembros existen muchas cosas que como políticos no pueden decir o estimular sin comprometerse, pero que merecen ser dichas y estimuladas, asuntos que ha de tomar por su cuenta otra persona que sólo tiene deberes concretos y cuya neutralidad parece asegurada por su personalidad y por su cargo. El convencimiento de que existen ciertos antagonismos en cualquier forma de Estado y con particular amplitud acaso en una forma política federal y democrática al mismo tiempo, entre política —en el sentido de política de partidos y de coalición, y no en el sentido de política estatal, o por lo menos con muy escasa tendencia a ello— y objetividad estricta, ha sido la causa originaria y decisiva de una institución tan notable como la del Comisario de Ahorros del Reich»¹⁴⁷. Mediante la resolución acordada por

¹⁴⁶ Acerca del problema general del perito neutralmente alejado de la política de partidos en la democracia actual: ALFRED ZIMMERN, *Democracy and the Expert*, en «*The Political Quarterly*», vol. 1 (enero e 1930), página 7-25, donde se destacan los *Advisory Committees* en la Sociedad de las Naciones, de Ginebra. De la reciente bibliografía de habla alemana acerca del *Civil service* anglosajón, citaremos: CARL J. FRIEDRICH, *Das Berufsbeamtentum in der Vereinigten Staaten*, «*Beamten-Jahrbuch*», fasc. 3, Berlín 1930, páginas 3 y ss. (cfs. también la interesante nota del mismo acerca de la influencia de las ideas del Estado alemán en su trabajo «*Deutsche Gedanken beim Aufbau des amerikanischen Staates*», Homenaje a CARL SCHURZ, BERLÍN 1929, pág. 131); FRITZ MORSTEIN MARX, *Berufsbeamtentum in England*, «*Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft*», vol. 89(1930), páginas 449-495.

¹⁴⁷ J. POPITZ, «*Bankarchiv*», 15 de octubre de 1930, página 22; además CARL BILFINGER, *Der Reichssparkommissar*, Berlín 1928, especialmente página 13 (el «ahorro ajeno a la idea de partido»); SAEMISCH, *Der Reichssparkommissar und seine Aufgaben* («*Finanzrechtliche Zeitfragen*», fasc. 2), Berlín 1930; O. BÜHLER, *Der heutige Stand der Verwaltungs- und Verfassungsreform*. 2.^a ed., Stuttgart 1931.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

el Gobierno en 27 de noviembre de 1922, se confió al Presidente del Tribunal de Cuentas del Reich, el ex ministro doctor Saemisch el cargo de Comisario de Ahorros, y no ya sobre la base de disposiciones legales, sino en tal forma que los Ministros, otorgándole su particular confianza (que por consiguiente debe rectificarse en cada cambio de Gabinete) le dan la posibilidad de procurarse el material necesario para sus informaciones y peritajes. Este Comisario de Ahorros carece de un poder autónomo e imperativo. En la concurrencia de este cargo con el de Presidente del Tribunal de Cuentas se revela ya la típica incompatibilidad que se advierte en la mayoría de los ensayos de neutralidad política con respecto a los partidos, pues según el artículo 123 de la Ordenanza de presupuestos del Reich (redacción de 14 de abril de 1930, RGB1. II, pág. 693) los miembros del Tribunal de Cuentas no pueden pertenecer al Reichstag. La actividad del Comisario de Ahorros como perito neutral entre los partidos y como informador es de máxima importancia y rebasa considerablemente la del conjunto de informes particulares emitidos —entre ellos figuran como documentos sobresalientes por su pericia y objetividad administrativa los informes relativos a las administraciones territoriales de Turingia, Württemberg, Hesse, Mecklenburgo-Schwerin y Lippe.

Son, además, ejemplo de peritos económicos los doce vocales del Consejo Supremo de Economía, nombrados libremente por el Gobierno, entre personas que «mediante especiales trabajos han estimulado de modo eminente la economía del pueblo alemán o pueden estimularla en lo futuro». En cierto sentido la institución entera del Consejo Supremo de Economía (como también el *Conseil National Economique*, de Francia, el *Economical Advisory Council* de Inglaterra y otras entidades semejantes) integrada por concedores de la Economía y representaciones de los interesados, que colaboran informando a los organismos legisladores, puede estimarse como atisbo de un Estado de expertos, a no ser que quiera considerarse este caso como ele-

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

mento de transición a una verdadera Constitución económica. Sin embargo, puede decirse que el elemento característico de tales instituciones radica provisionalmente en el hecho de que su influencia está basada en el peso de sus informes técnicos, pues ese estamento pericial no actúa como poder político. Esta especie de influencia es de gran importancia práctica, particularmente en las Comisiones. En el marco del régimen parlamentario se revela ocasionalmente, en la actualidad, el extraordinario influjo de ciertas Comisiones parlamentarias, entre las cuales merecen citarse, en primer término, las Comisiones de presupuestos¹⁴⁸. Pero es natural que las Comisiones parlamentarias, a pesar de esa inicial tendencia y por razón de su composición política basada en los partidos, no se hallen en términos generales en condiciones de observar la neutralidad debida, aunque teóricamente se insista en que esas Comisiones e incluso la de Investigaciones, son imparciales y deben «garantizar una amplia y estricta representación de todas las opiniones». También en este caso trasciende el hecho de que el Parlamento es, en gran escala, escenario del sistema pluralista; por esta razón, y siguiendo el modelo inglés que junto a los «*Select Committees*» parlamentarios, conoce las «*Royal Commissions*» nombradas por la Corona¹⁴⁹ se forman Comisiones especiales de investigación, y en particular Comisiones económicas para encuestas, organismos de carácter imparcial e independiente que hacen posibles comprobaciones auténticas y objetivas por el Parlamento. Un ejemplo de este género de comisiones de encuestas neutrales e imparciales es el «Comité para la investigación de las condiciones de producción y de venta en la economía alemana» (ley del Reich, de 15 de abril de 1925, RGB1. 1 pág. 195), cuyos miem-

¹⁴⁸ Acerca del Comité de Presupuestos del Reich, cfs. la disertación de B. RILINGER en la Escuela Superior de Comercio de Berlín.

¹⁴⁹ Sobre este particular, el informe de G. LASSAR sobre «Comités de investigación según el derecho inglés» que el Ministro del Interior del Reich envió el 11 de noviembre de 1926 al Reichstag (Documentos del Reichstag, tercer período de elección, núm. 2690); según este informe la cita de TODD, *Parliamentary Government*; además A. BERTRAM, Hamburgo «*Wirtschaftsdienst*» 28 de mayo de 1926 (año 11, págs. 701 y s.).

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

bros son designados por el Gobierno del Reich y poseen una amplia independencia asegurada por la exención de responsabilidad. En otro aspecto pueden incluirse también en este grupo las Cámaras (Cámaras de comercio y de la industria, Cámaras profesionales de diversa naturaleza) y, además los Consejos auxiliares.

En el sector de la Justicia¹⁵⁰, si se prescinde de la composición de los Tribunales del Trabajo, pueden citarse los vocales peritos del Tribunal Supremo de Economía, que figuran junto a los vocales juristas y son elegidos por el Presidente, de una lista formada por el Consejo Supremo de Economía, «teniendo en cuenta los distintos grupos profesionales y representaciones de intereses de los diversos Territorios», y en definitiva; a reserva de otra regulación, decide la Sala del Tribunal económico del Reich, constituida por un presidente y cuatro adjuntos de la categoría de peritos (ordenanza sobre el Tribunal Supremo de Economía, de 21 de mayo de 1920). De especial interés es la composición del Tribunal de cártels constituido en el Tribunal Supremo de Economía, respecto al cual establece la llamada Ordenanza de cártels (art. 11 de Ordenanza contra el abuso de poder económico, de 2 de noviembre de 1923) que han de nombrarse dos adjuntos teniendo en cuenta la cuestión económica que se debate, y además, como último adjunto, un perito «del cual puede esperarse que representará la causa del bien común, independientemente de los intereses de las partes en litigios». Este último precepto es de un grandísimo interés instructivo porque distinguen los expertos de las partes de aquellos otros peritos imparciales que poseen en cierto modo una neutralidad absoluta, trazándose así una antítesis muy necesaria —aunque al mismo tiempo encubre la dificultad del problema— entre peritos de las partes (con los cuales se han realizado suficientes experiencias durante la economía coercitiva de la época de guerra y

¹⁵⁰ Acerca de los adjuntos de la categoría de peritos en los litigios jurídico-económicos, y de la participación de los particulares en la resolución de estos litigios, cfs. el informe preparado para el 36.º Congreso de Juristas alemanes por el Presidente de Sala, doctor KÖPPEL y el abogado, docto G. FRIEDLÄNDER (informes, páginas 321-454).

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

del período de transición) y peritos imparciales. En el arbitraje político se repite en forma bastante análoga un hecho que más adelante (pág. 226) examinaremos con más detalle en su peculiar estructura. El Comité de conciliación y la Cámara de conciliación se integran de manera que se nombra un presidente imparcial frente a un número igual de vocales patronos y obreros (artículo 1 párrafo 5 del decreto sobre Conciliación de 30 de octubre de 1923, RGB1. 1, pág. 1043); según el decreto del Presidente del Reich respecto al trámite de los litigios por vías de conciliación, en interés público, de 9 de enero de 1931 (RGB1. 1, página 1) pueden ser designados todavía dos vocales imparciales.

Además, en el Reich alemán y para atender a las exigencias de las reparaciones han surgido dos Institutos cuyo sentido radica precisamente en ser entidades neutrales, independientes, en oposición al Estado de coalición de partidos: el Reichsbank y la Sociedad de Ferrocarriles del Reich. Son éstos, complejos autónomos, diferenciados del resto del Gobierno y de la Administración pública, y dotados con amplias garantías contra la influencia de los partidos políticos. Que precisamente sean las incompatibilidades parlamentarias las que garanticen esta independencia, es el signo más evidente de la orientación que siguen estas manifestaciones autonómicas. También la nueva regulación establecida por el Plan Young ha insistido en ellas. En el caso de Reichsbank, el Presidente del Reich, independiente del Parlamento, asegura la relación con el Gobierno alemán aprobando la elección de Presidente del Reichsbank llevada a cabo por el Consejo general, el nombramiento de los vocales del Directorio, previo acuerdo del Consejo general, por el Presidente del Banco, y la revocación de éste o de un miembro del Directorio (artículo 6 de la Ley bancaria del Reich, en su redacción de 13 de marzo de 1930); los vocales del Consejo general del Reichsbank no pueden ser ni funcionarios inmediatos del Estado ni personas que perciban sueldo del Reich o de uno de los Territorios (artículo 17); el control de la emisión de billetes se lleva a cabo por el Presidente del Tribunal de Cuentas del Reich, como comisario, que está rodeado de todas las garantías propias de la inde-

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

pendencia judicial y que tampoco pueden pertenecer al Reichstag (artículo 121, 123 de la Ordenanza de presupuestos del Reich). En el preámbulo a las leyes relativas a la Conferencia de la Haya (II parte, Ley bancaria, págs. 3-4) se reconoce como necesaria la plena «garantía» del principio de la independencia, y se la denomina «garantía fundamental del mantenimiento y del patrón monetario». Por lo que respecta a la Sociedad de ferrocarriles del Reich, hállase atenuado la rígida separación que fue establecida por la ley de Ferrocarriles del Reich de 30 de agosto de 1924; el Gobierno (parlamentario) del Reich disfruta de amplios derechos de información y atribuciones de control; los vocales del Consejo de administración de los Ferrocarriles del Reich son actualmente nombrados por el Gobierno del Reich (artículo II, párr. 11); un representante permanente del Gobierno del Reich puede participar sin voto en las sesiones del Consejo de Administración y de sus comisiones. Por lo demás, aplícase también en este caso la norma de la independencia y de las autonomía, y subsisten las incompatibilidades parlamentarias para el Consejo de Administración, cuyos miembros deben ser «expertos conocedores de la vida económica o peritos en materias ferroviarias» y «en ningún caso miembros del Reichstag, de un Lantag, del Gobierno del Reich o de un Gobierno Territorial (párrafo 10). El preámbulo pone de manifiesto (pág. 16) que la legislación del Reich puede llevar a cabo, ciertamente, modificaciones en la ley de Ferrocarriles del Reich, pero tan sólo con la condición de que no se creen con ello cargas nuevas para la sociedad y de que «queden intactos tanto el carácter independiente de la Sociedad con su administración autónoma, como los preceptos y garantías de los pagos de reparaciones». Aquí se advierte el fundamento político exterior e internacional de la independencia y de la neutralidad —última e interesantísima garantía contra las intervenciones del Estado de partidos.

En ambos casos, Reichsbank y Ferrocarriles del Reich, se ha operado una desmembración de los derechos de soberanía política y se ha constituido un sujeto autónomo de derecho que aparece como independiente y neutral frente al Estado de partidos. Todavía pueden imaginarse otras posibilidades de estructu-

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

ras autónomas, llevadas en parte a la práctica, ya sea como patrimonios especiales, sin formación de un nuevo sujeto jurídico, pero con separación del presupuesto general del Estado (por ejemplo, la organización de Correos del Reich sobre la base de la Ley de Hacienda postal del Reich, 18 de marzo de 1924, RGB1. pág. 287), ya sea en forma de monopolios independizados, ya sea constituyendo en titulares de estos derechos políticos, de tal manera desglosados, a ciertas entidades autónomas, como sucede en el sector del seguro social, de la autonomía municipal o económica, con iglesias, sociedades filosóficas u otras asociaciones. Las entidades autónomas de la administración comunal propia no interesan provisionalmente en este orden de cosas, porque a consecuencia del precepto contenido den el artículo 17 RV. están incorporadas a la zona inmediata de influencia del sistema de partidos o fracciones políticas, habiéndose convertido en los más sólidos puntales de la «policracia» a que anteriormente hemos hecho referencia. En cambio, los Territorios alemanes en particular pueden desarrollar una cierta función neutralizadora. Aunque son igualmente Estados de Partidos con régimen parlamentario, la circunstancia de que en ellos actúan coaliciones de composición distinta que las del Reich, da lugar a un cierto contrapeso, basado en la mera diferencia. Los elementos federalistas de la actual Constitución alemana realizan, por tal causa, una finalidad, una función completamente nuevas, a saber: la de ejercer un efecto neutralizador frente al Estado de partidos en coalición lábil del Reich. Dicho efecto es tanto más pronunciado cuanto mayor es la necesidad de una reacción. En este orden de cosas se manifiesta una de las peculiaridades de la transformación funcional a que anteriormente (pág. 160) hacíamos referencia, y en virtud de la cual se presta vida nueva, *ratio essendi* al federalismo de la antigua escuela, por razones y motivos distintos de los federales, y se reanima la lucha contra el unitarismo en el Reich y contra el centralismo en Prusia. En el Consejo del Reich el federalismo se asocia con elementos del Estado burocrático; el hecho de que esta instancia no se haya convertido todavía en una asamblea de funcionarios de partido, sino que haya continuado siendo un

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

colegio de expertos en materia de administración, puede explicarse por la circunstancia de que la Constitución persiste en el carácter estatal de los Territorios, y demuestra que el federalismo puede ser un reservorio de energías políticas. De este modo, junto al Estado burocrático, al Estado de peritos e informadores, y junto a las entidades creadas para atender a las reparaciones de guerra, aparecen todavía las fuerzas del Estado federal entre la serie de reactivos que tratan de asumir actualmente las funciones del Estado neutral con respecto a los partidos políticos, mediante un juego combinado que, si no obedece a un plan fijo, conduce por lo menos al mismo término.

c) Insuficiencia de la mayoría de las formas de neutralización; variedad de acepciones de los conceptos de neutralidad y de despolitización.

En algunas de las tendencias hacia la formación de estructuras autónomas y desglosadas se impone indudablemente una rectificación indispensable. Pero ¿cabe extraer de ello un principio general de construcción política? ¿Es lícito, invocando por ejemplo el principio auténticamente alemán de cooperación, llevar más lejos todavía este desarrollo hacia el pluralismo? ¿Existe razón para hablar aún de «emigración general de capitales» respecto a lo que en Alemania existe todavía de sustancia política? Yo me inclino a negarlo, precisamente porque falla, sin duda alguna, la única finalidad que pudiera justificarlo: es decir, la realidad, la objetividad del Estado.

Por una falsa generalización suelen confundirse con ciertos términos como neutralidad, despolitización y objetividad, en la actual situación de Alemania, finalidades u objetivos que son en muchos casos distintos y hasta contrapuestos. La consecuencia de esto es que los remedios arbitrados se anulen o neutralicen mutuamente. El Estado de partidos en coalición lábil da origen a un Gobierno incapaz de gobernar, a un desgobierno, y de esta ausencia de decisión, de la tendencia a lograr un Gobierno efectivo y una auténtica resolución política, se produ-

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

cen las dispersiones más variadas de la sustancia política. Pero por otra parte se lucha, al mismo tiempo, con el defecto inherente a la circunstancia de que las resoluciones políticas carezcan de imparcialidad y de objetividad. Mientras que en toda resolución política es inevitable que alguno de los interesados se considere perjudicado por ella, puede contarse siempre con una casi general aquiescencia cuando se proclama la «lucha contra la política en general», y se exige la despolitiquización como criterio de objetividad absoluta. En el primer caso, el motivo dominante es la necesidad de una resolución política, y las reacciones se producen por el hecho de que falta semejante decisión, y porque, en realidad, no se gobierna; en segundo caso, por el contrario, se intenta organizar un sistema en el que no exista ya resoluciones políticas de ninguna especie, sino solamente objetividad y especialización, en que las cosas se rijan por sí mismas y las cuestiones se resuelven por sí solas. La primera atiende a la necesidad de que es necesaria para una resolución política y un gobierno; la otra, de que política y gobierno son, por naturaleza, algo irreal y superfluo. En las demandas de despolitiquización suelen mezclarse frecuentemente ambas tendencias, porque la política de partidos en general o la del Estado de partidos en coalición lábil, en particular, no son consideradas como política verdadera, y, en cambio, sí como algo irreal, de manera que en este caso de asociación las negaciones de dos tendencias contrapuestas, y dos males diametralmente opuestos, que deben ser combatidos con elementos contrarios, pretenden quedar cubiertos bajo un mismo rótulo impreciso e insuficiente, que por esta misma razón no abarca ninguno.

Por lo que respecta en particular al «Estado neutral de asesores y perito», la distinción de peritos interesados y otros imparciales conduce a un dilema que en las antítesis y conflictos más difíciles hace problemático el valor de dicho Estado pericial de carácter neutro: o el perito es, al mismo tiempo, un interesado en el asunto, y entonces no es neutral, con lo que el procedimiento paritario no conduce a una decisión porque paridad, por el contrario, significa no decisión; o el perito no es un interesado, y entonces le falta con frecuencia el conocimiento defini-

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

tivo y peculiarísimo del asunto. Ocasionalmente puede ser una buena solución encomendar el fallo a peritos independientes, pero de este modo no cabe lograr decisiones políticas, y en los conflictos de mayor gravedad la autoridad del asesor, el mero peso de sus argumentos, «*the mere weight of expert agreement*» no resulta suficiente, por lo común, para vencer la resistencia de intereses más fuertes y contrapuestos. Sucede aquí algo semejante a cuando se encomiendan las resoluciones políticas a la Justicia profesional: a la larga, esto no conduce a manifestaciones neutrales, sino, por el contrario, a imprimir carácter político de partido a lo que hasta entonces no eran sino instituciones neutrales. El efectivo detentador de la fuerza política puede procurarse fácilmente la necesaria influencia para proveer los cargos de jueces y para designar a los peritos; si logra esto, la resolución judicial o pericial del problema no es sino uno de tantos cómodos medios de los que su política dispone, y esto es precisamente lo contrario de lo que con la neutralización se pretendía; si no lo logra, pierde el interés por las opiniones e informes de los peritos, cuyo escritos y votos fácilmente quedan ignorados. Durante los últimos años, el sino de muchas comisiones integradas por peritos y asesores independientes ha venido a demostrar hasta la saciedad esta ya antigua experiencia.

La contradictoria falta de claridad que sustancialmente caracteriza a la mayor parte de los intentos de «neutralización» se traduce con sus resultados prácticos en forma inadecuada a sus peculiares fines. Si la policracia de la economía fuera impulsada todavía más lejos por la creación de nuevas estructuras autónomas y desglosadas, en unión con el sistema pluralista, llegaría finalmente a situaciones propias de un Estado estamental medievalista, situaciones en las cuales ha sucumbido ya una vez el Estado alemán. El peculiar peligro del Estado de partidos en coalición lábil, el cual debe combatirse mediante un proceso de automatización y despolitización, sobreviene también, de un modo absoluto, en el mismo sentido. Asimismo el Estado pluralista, con sus continuadas componendas entre partidos y fracciones, transforma el Estado en un cúmulo de compromisos y contratos, por medio de los cuales los partidos que integran la

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

coalición se reparten entre sí, según una proporción numérica, todos los cargos, ingresos y ventajas, y llegan a considerar como equidad la conducta que en esas gestiones observan. La Constitución de un Estado regido por semejantes métodos de formación de la voluntad política se reduce a la frase «*pacta sunt servanda*» y a la protección de los «derechos bien adquiridos». Esto es inherente, consustancial a todo sistema pluralista. El interés de los partidos y fracciones, de sus organizaciones auxiliares y protectoras y de sus burocracias no se halla en modo alguno en necesaria contradicción con los intereses particulares de organismo desglosados y autónomos. Más bien se advierte que entablan relaciones y pactan alianzas con ellos. Como generalmente sucede en las relaciones del pluralismo, policracia y federalismo, también en este caso son posibles muchas interferencias y mestizajes. La última consecuencia de semejante pluralismo, doblemente consolidado, sería la completa desintegración de la unidad alemana. Entonces quedaría a merced de la presión exterior, del interés que los Estados acreedores tengan en conservar la unidad del deudor de las reparaciones, el determinar si la unidad política de Alemania debe ser continuada o no, y se dejaría al arbitrio de los Gobiernos extranjeros establecer por conducto de un comisario o podestá las líneas directrices de la política interior alemana, puesto que el sentido político de la nación no había sido suficiente para modelar su propia voluntad política.

Ello no significaría la despolitización de la situación alemana; simplemente en lugar de una política alemana se desarrollaría otra extranjera. El error fundamental de todos aquellos intentos de despolitización se halla ya involucrado en la ambigua y errónea palabra «despolitización». En cuanto se trata de proposiciones serias, sólo se comprende bajo dicho rótulo, en realidad, y en la mayoría de los casos, la eliminación de una determinada especie de política, a saber, la política de partido, es decir, una «liberación de la política de partido», y aun esto sólo según el sentido de aquella política partidista de particular naturaleza que es propia del Estado de partidos en coalición lábil. La palabra refleja pues, solamente, una determi-

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

nada antítesis contra ciertos métodos peculiares de la política de partidos. Por lo demás, hay que reconocer que la política es inevitable e imposible de desarraigar. Con fáciles y cómodas antítesis cabe distinguir Política y Derecho, Política y Economía, Política y Cultura, pero entonces se parte de la falsa idea del siglo XIX liberal de que es posible separar un cierto sector de «Política» de otros sectores concretos como Economía, Religión, Derecho, etc. La peculiaridad de lo político radica, sin embargo, precisamente, en el hecho de que todo sector imaginable de la actividad humana es, en potencia, político y se convierte efectivamente en político cuando los conflictos y cuestiones decisivos se agolpan en este sector. Lo político puede asociarse con cualquier materia, y no hacer sino darle un «giro nuevo» —si se me permite hacer uso de una fórmula usada por Eduard Spranger. Así resulta una equivocación y un artilugio equívoco, cuando no falaz, indicar con la palabra despolitización que es posible evitar la enojosa responsabilidad y el resigo de lo político, que cabe eliminarlo por completo. Todo cuanto es de interés público es político en cierto modo, y nada de lo que esencialmente interesa al Estado puede ser despolitizado en serio. El apartamiento de la política es el apartamiento del Estado. Dónde pueda terminar éste, dónde haya de arribar el fugitivo, nadie puede preverlo; de todos modos, seguramente el resultado será, o bien la decadencia política u otra nueva clase de política.

OJEADA ACERCA DE LOS DIVERSOS SIGNIFICADOS Y FUNCIONES DEL CONCEPTO DE NEUTRALIDAD POLÍTICA INTERIOR DEL ESTADO

Teniendo en cuenta la variedad de acepciones de la palabra «neutralidad» y el estado caótico que amenaza convertir en inútil o inaplicable un concepto que es esencialísimo, resulta procedente un esclarecimiento terminológico y concreto. Por consiguiente, vamos a intentar una exposición de conjunto en la que se agrupen los diversos significados, funciones y tendencias polémicas de esta palabra, con arreglo a un cierto sistema.

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

I. Significados negativos —es decir, acepciones que evitan toda decisión política— de la palabra «*neutralidad*».

1. Neutralidad en el sentido de no intervención, de imparcialidad, de *laisser passer*, de tolerancia pasiva, etc.

En esta acepción se manifiesta por vez primera en la conciencia histórica la neutralidad política interior del Estado, en forma de neutralidad del Estado con respecto a las religiones y confesiones. Así dice Federico el Grande en su testamento político: Je suis neutre entre Rome et Génève, fórmula que por lo demás pertenece al siglo XVII; encuéntrase en un retrato de Hugo Grocio y es de gran importancia para el proceso de neutralización que se inicia en este siglo¹⁵¹. En última instancia este principio debe conducir a una neutralización general respecto a todas las concepciones y problemas imaginables, y a una equiparación absoluta, según la cual, por ejemplo, el hombre de ideas religiosas no ha de gozar de protección mayor que el ateo, ni el nacionalista de mejores derechos que el enemigo y difamador de la nación. De ahí resulta, además, la absoluta libertad de todo género de propaganda: la religiosa como la antirreligiosa, la nacional como la antinacional; absoluta «consideración» a los que «piensan de otro modo» aun cuando contradigan las costumbres y la moral, aun cuando combatan la forma del Estado y desarrollen una agitación al servicio de Estados extranjeros. Esta especie de «Estado neutral» es el *stato neutrale ed agnóstico*. Estado sin contenido o con un contenido mínimo. Estado relativo que ya no establece distinciones. Su Constitución es neutral, ante todo frente a la Economía; neutral en el sentido de la no intervención (libertad económica y contractual), con la «afirmación del Estado liberado de la Economía y de la Economía liberada de la Política» (F. Lenz.) Este Estado puede ser, sin embargo, político, porque al menos en el orden ideológico conoce un enemigo, aquel que no cree en esta especie de neutralidad espiritual.

2. *Neutralidad en el sentido de las concepciones del Estado como instrumento*, según las cuales el Estado es un medio técnico que debe funcionar con exactitud precisa y dar a todos las mismas posibilidades de utilización.

Las concepciones instrumentales del Estado sirven en su mayoría de giros como los siguientes: el aparato judicial y administrativo del Estado, la «máquina del Gobierno» el Estado como explotación burocrática, la máquina

¹⁵¹ Acerca de este proceso de neutralización, y de sus estadios, cfs. CARL SCHMITT, «*Europäische Revue*», noviembre de 1929.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Legislativa, la cancela de la legislación, etc. La neutralidad del Estado como instrumento técnico puede imaginarse en el sector del poder ejecutivo, y acaso cabe suponer también que el aparato judicial o el administrativo funcione de igual modo, y que esté a disposición de cualquier usuario que de él se sirva regularmente, con la misma objetividad y carácter técnico que el teléfono, el telégrafo, el correo y otras organizaciones técnicas que, sin tener en cuenta el contenido de la comunicación se ponen al servicio de cualquiera que observa las normas de su funcionamiento. Semejante Estado sería despolitización de modo exhaustivo, y no estaría en condiciones de distinguir amigos y adversarios.

3. Neutralidad en el sentido de igualdad de posibilidades en la formación de la voluntad política.

En este caso, la palabra adquiere una acepción que sirve de base a ciertos significados literales del derecho electoral universal e igual, así como a la igualdad general ante la ley, en cuanto esta prerrogativa no cae ya bajo el ámbito señalado en el número 2 (como igualdad respecto a la aplicación de la ley). Todos tienen la posibilidad de lograr una mayoría; cuando alguien pertenece a una minoría vencida, límitase a pensar que tuvo una posibilidad de constituir mayoría, y que todavía la tiene. También ésta es una idea liberal de equidad. Semejantes acepciones de neutralidad para indicar que existen las mismas posibilidades de participar en el proceso de integración de la voluntad política, son también las que, de un modo inconsciente en la mayoría de los casos, sirven de base a la concepción dominante respecto del artículo 76 RV. Según ellas, el artículo 76 no sólo contiene un precepto sobre reformas de la Constitución (según podría deducirse del texto), sino que sirve también de base a una omnipotencia ilimitada, absoluta, y a un poder constituyente. Así opinan, por ejemplo, G. Anschütz, en su comentario al artículo 76 (10.^a ed., página 349-350); Fr. Giese, *Kommentar*, 8.^a ed., 1931, página 190, y R. Thoma. *Handbuch des deutschen Staatsrechts* II, página 154, quien va tan lejos que considera la opinión de C. Bilfinger y la mía, por ser diferentes de la suya, como una personalísima y arbitraria interpretación jurídica a la que aplica epítetos desusados y poco halagüeños. Esta concepción dominante del artículo 76 sustrae a la Constitución de Weimar su sustancia política y su «fundamento», y lo convierte en un procedimiento de reforma neutral e indiferente frente a todo contenido, e incluso neutral también frente a la forma de Gobierno que hoy existe. A todos los partidos deben dárseles, equitativamente, las mismas posibilidades de lograr las mayorías necesarias para provocar, con ayuda del procedimiento vigente para la reforma de la Constitución la finalidad por ellos perseguida —ya sea República soviética, Imperio nacional socialista, Estado sindical económico-democrático, Estado corporativo profesional, monarquía a la vieja usanza, aristocracia de cualquier género— e implantar una nueva

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

Constitución. Todo privilegio de la forma de Estado existente o de los partidos que a la sazón detentan el Gobierno, ya sea en forma de subvenciones para la propaganda, distinciones en cuanto al uso de las estaciones radiotelefónicas, periódicos oficiales, ejercicio de la censura cinematográfica, limitación de la actividad política o de la pertenencia de los funcionarios a un partido, en el sentido de que el partido gobernante sólo permite a los funcionarios la adscripción al propio grupo o a otro de los grupos afines, prohibición de reuniones decretada contra los partidos extremos, diferencia entre partidos legales y revolucionarios por razón de su programa; todo esto son transgresiones burdas e irritantes de la Constitución, en el sentido de la concepción dominante del artículo 76 llevada a sus últimas consecuencias. Cuando se discute el problema de si la ley de Protección de la República de 25 de marzo de 1930 (RGB1. 1, pág. 91) es anticonstitucional o no, no suele tenerse en cuenta la relación sistemática de este problema con el artículo 76.

4. Neutralidad en el sentido de paridad, es decir, igualdad de admisión de todos los grupos y tendencias en cuestión, en las mismas condiciones y con una consideración igual, en la distribución de ventajas y otras prestaciones de carácter político.

Esta paridad reviste importancia histórica y práctica para las asociaciones religiosas y filosóficas en un Estado que no se ha desentendido de modo estricto de estas cuestiones, sino que permanece enlazado con cierto número de agrupaciones religiosas y otras similares existentes, ya sea mediante obligaciones patrimoniales de cualquier naturaleza, ya sea mediante la colaboración mutua en los sectores escolar, benéfico, etc. A este respecto se plantea una cuestión que en ciertas circunstancias concretas puede revestir gran dificultad y ser motivo de preocupaciones, a saber, la de qué grupos han de ser admitidos a dicha paridad. Tal es, por ejemplo, la cuestión que se suscita cuando se interpreta la neutralidad política de la radiodifusión en el sentido de la paridad, señalando qué partidos políticos pueden ser admitidos, porque no es posible admitir automática y mecánicamente todos los partidos que se presenten. Análoga cuestión se plantea cuando se concibe la libertad de la ciencia (artículo 142 RV.) como paridad de todas las tendencias científicas, exigiendo que todas estas sean tenidas igualmente en cuenta al proveer las cátedras, en forma equitativa y proporcional. Max Weber reclamaba que si en las Universidades se admiten valoraciones, deben ser admitidas todas ellas, principio que puede ser razonado teóricamente tanto con la lógica del Estado agnóstico relativista como con el criterio liberal de igualdad de oportunidades; pero en la práctica (para los nombramientos) esto sólo conduce, en el sistema pluralista de partidos, a la paridad de los que en cada momento gobiernan el Estado. La neutralidad en la acepción de paridad sólo es prácticamente realizable respecto

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

a un número relativamente pequeño de grupos autorizados, y únicamente cuando la distribución del poder y de la influencia de los elementos favorecidos por ese trato paritario está determinada de un modo fijo e indiscutible. Un número demasiado grande de grupos que soliciten un trato parejo, o bien una gran inseguridad en el momento de establecer valoraciones acerca de su potencialidad e importancia —es decir, la incertidumbre en el cálculo de las cuotas a que se suponen con derecho— obstaculiza tanto la aplicación del criterio de paridad como también la evidencia del principio que le sirve de base.

La segunda objeción contra una paridad consecuentemente llevada a efecto deriva de que tal paridad conduce de modo necesario o bien a un equilibrio en que la decisión resulta imposible (así ocurre frecuentemente en la paridad de obreros y patronos), o bien, cuando se trata de grupos fuertes y determinados de un modo inequívoco, a una *itio in partes*, como la de los católicos y protestantes desde el siglo XVI en el antiguo Imperio alemán. Cada partido pone entonces a salvo la porción de sustancia política que le interesa, y mediante un compromiso se aviene a que la otra parte haga otro tanto con su propio sector. Ambos métodos son ajenos al sentido de decisión política, y se partan deliberadamente de ella.

II. Acepciones positivas de la palabra «neutralidad», es decir, aquellas que dan lugar a una decisión.

1. Neutralidad en su acepción de objetividad y realidad, sobre la base de una norma reconocida.

Es la neutralidad del juez, en cuanto falla apoyándose en una ley reconocida, cuyo contenido es determinable. La sujeción a la ley (que contiene obligaciones concretas) es la que primeramente permite la objetividad y, como consecuencia, esta especie de neutralidad, así como también la independencia relativa del juez frente a la voluntad del Estado en los demás aspectos (es decir, la exteriorizada en forma distinta de la regulación legal); esta neutralidad conduce realmente a un fallo, pero no a un fallo político.

2. Neutralidad sobre la base de una actuación pericial no interesada ni egoísta.

Es la neutralidad del asesor experto y del consejero, del adjunto perito, en cuando no es representante de intereses ni exponente del sistema pluralista (cfs. página 174); sobre esta neutralidad descansa también la autoridad del mediador y del árbitro, en cuando no cae dentro del ámbito señalado en la cifra 3.

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

3. *Neutralidad como expresión de una unidad y de un conjunto que abarca grupos contrapuestos*, es decir, todas estas antítesis relacionadas entre sí.

Es la neutralidad que va implicada en la resolución política de las pugnas interestatales, frente a la desintegración y fragmentación del Estado en partidos e intereses especiales, cuando la resolución impone el interés del conjunto político.

4. *Neutralidad del individuo ajeno*, es decir, del que como tercero formula en caso preciso una decisión, y con ello determina una unidad.

Es la objetividad del protector con respecto a los Estados sometidos a su protectorado y a sus antagonismos políticos interiores, del conquistador respecto a los diversos grupos en una colonia, de los ingleses frente a los indios y a los mahometanos en la India, de Pilatos (*quid est veritas?*) frente a las luchas religiosas de los judíos.

d) *Procedimiento del Gobierno constitucional según el artículo 48 RV. Transición desde el estado excepcional en el aspecto policíaco-militar al estado excepcional en el orden económico-financiero.*

La solución de las dificultades presentes no puede consistir en que se continúe debilitando al Estado, y mucho menos en que se le deje ir a fondo con un *sauve qui peut* general. La causa de los abusos y defectos en punto a realidad y objetividad es precisamente la gran debilidad que caracteriza a un Estado económico como consecuencia de los métodos pluralistas propios del Estado de partidos en coalición lábil, y este defecto no puede subsanarse mediante nuevas debilitaciones y nuevos desgloses de poder. La mayoría de las proposiciones y demandas de despolitización olvidan la sencilla verdad de que para imponer la neutralidad en el sentido de un independiente objetivismo precisa una energía y una fuerza especial que permitan hacer frente a agrupaciones e intereses muy robustos. Cuando al Estado le falta esta cualidad, tiene que ocupar el lugar suyo otra

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

fuerza que, como consecuencia, se transforma en Estado. Neutralidad, en el sentido de realidad y objetividad, no supone debilidad y falta de política, sino lo contrario. La solución no consiste, por consiguiente, en una objetividad apolítica, sino en una política concretamente informada, que tenga presentes los intereses de la colectividad y que sea capaz de adoptar decisiones.

El sentido de toda Constitución racional es procurar un sistema de organización que permita formar una voluntad política e instituir un Gobierno capaz de gobernar. Es, ante todo, propósito consciente y meditado de la vigente Constitución del Reich alcanzar esta meta, y todas sus instituciones propias de una democracia parlamentaria y plebiscitaria deben orientarse, en primer término, a constituir un Gobierno eficiente. Parte del hecho de que un Gobierno que se apoye en fundamentos democrático y encuentre la aprobación y aclamación del pueblo es más robusto y eficaz de cualquier otra clase de Gobierno. Esta es la causa de que el Libro primero de la Constitución del Reich, el dedicado a organización, aparte de las disposiciones de derecho federal, contenga un equilibrio, bien ponderado en principio, de la democracia parlamentaria con la plebiscitaria. En el centro de la parte plebiscitaria de la Constitución figura el presidente del Reich, siendo de especial importancia el hecho de que en las tendencias de neutralización que han dado lugar a formaciones autónomas, el Presidente aparece situado en un punto de especial importancia: él es quien establece el contacto entre el Reich alemán y el Reichsbank, aprobando el nombramiento del Presidente de dicho Banco, elegido por el Consejo federal del Reichsbank, y quien convalida el título del nombramiento (art. 6, ap. 4 de la Ley del Reichsbank, de 13 de marzo de 1930); del mismo modo, en la sociedad Ferrocarriles del Reich, la elección de Presidente del Consejo de Administración (artículo 12 de los Estatutos) y el nombramiento del Director General y de los Directores de Sección (art. 17 de los Estatutos) necesitan la aprobación del Presidente del Reich. El reconocimiento teórico de su posición central y sus posibilidades constitucionales padece sin embargo todavía como consecuencia de las interpretaciones que hacen de la Constitución de Weimar, según

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

el clisé trasnochado de antes de la guerra, una caricatura, desde el momento en que no ven en ella más que una anti Constitución contra la antigua Constitución del Reich. Como consecuencia, peligra la comprensión de los artículos 25 (disolución del Reichstag, concepto de «por una sola vez» y del «mismo motivo»¹⁵²), 54 (voto de censura) y 48. Sin embargo, la práctica de esos artículos ha dado lugar a una serie de precedentes bien reconocidos, que jurídicamente no se pueden olvidar.

La cuestión a que todo se reduce en este caso —es decir, qué remedios son constitucionalmente posibles ante las dificultades y métodos anticonstitucionales del sistema pluralista— ha encontrado una respuesta más eficaz y más adecuada al espíritu de la Constitución que la que representan los desgloses de poder y manifestaciones de autonomía que cada vez son más extremadas.

La práctica de las leyes de autorización y particularmente en los dos casos de las leyes generales de 13 de octubre de 1923 (RGB1. 1, pág. 943) y de 8 de diciembre de 1923 (RGB1. 1, página 1179), revela que en casos críticos el giro de las cosas se aparta del Parlamento. Es muy característico que en la primera ley de autorización, que admitía desviaciones de los derechos fundamentales de la Constitución, no estaba prevista para los decretos del Gobierno una cooperación del Reichstag, sino solamente un derecho por parte del Reichstag a que le fuera

¹⁵² El «mismo motivo» en el sentido del artículo 25 RV., es también materia concreta de disparidad de opinión entre el Presidente del Reich (Gobierno) y el Parlamento, es decir, el tema de un conflicto que el pueblo decide mediante una nueva elección. Pero si se disuelve un Parlamento incapaz de lograr una mayoría, ya no se da esta premisa, y sería absurdo dar a un nuevo Parlamento que, por decirlo así, continúa siendo incapaz de lograr mayorías, derecho a continuar cuatro años en esta incapacidad; cfs. CARL SCHMITT, *Einmaligkeit und gleicher Anlass bei der Reichstagsauflösung nach art. 25 RV.*, «Archiv. d. öff. Rechts», N. F. vol. 8 (1925), página 162. Esta circunstancia ha sido ignorada por F. GLUM, *Parlamentskrise und Verfassungslücke*, «Deutsche Juristenzeitung», 1930, página 1415 y O. BÜHLER, *Die Grenzen verfassungsmässigen Vorgehens der Regierung bei Erledigung des Sanierungsprogramms*, «Reichsverwaltungsblatt», vol. 51 (1930), página 780.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

comunicada la ley y otro derecho a pedir su revocación mientras que en la segunda ley de autorización, antes de promulgarse el decreto exigía que fuera oída, aunque sólo en sesión secreta, una Comisión del Reichstag, integrada por 15 vocales (y una Comisión del Consejo del Reich.) Un nuevo síntoma que merece ser citado es el de los Ministros funcionarios y los Gabinetes burocráticos¹⁵³. Pero el hecho decisivo consiste en la práctica del artículo 48. Para la estructura de la situación constitucional del presente reviste especial importancia porque se vio obligada a moverse en un sector económico y financiero. En efecto, la transición al Estado económico se ha simultaneado con la evolución del Parlamento hasta constituir el escenario del sistema pluralista, radicando precisamente en esto la causa de la confusión que se advierte en el Derecho constitucional, y al mismo tiempo la necesidad de arbitrar remedios y reactivos.

1.- La evolución del Derecho constitucional ha dado lugar, en ciertas importantes cuestiones del estado de excepción y del derecho a promulgar decretos extraordinarios, a resultados que en la práctica gubernamental, en la sentencia de los Tribunales Supremos y hasta en la bibliografía, han sido reconocidos y aceptados con tal amplitud, que hoy ya precisa partir de ellos, como parte integrante del actual Derecho constitucional alemán. La interpretación del artículo 48 RV. encierra ciertamente una serie de cuestiones jurídicas de especial dificultad, no tanto en el sentido de si por la situación concreta existe un peligro importante, en el Reich, para el orden y la seguridad pública —decidir la cuestión de si en efecto se dan los requisitos de las atribuciones extraordinarias es, naturalmente, cuestión que compete a un Gobierno que sepa cumplir con sus deberes—, sino, ante todo, para el problema de Derecho constitucional referente al contenido de las atribuciones y autorizaciones asignadas al Presidente del Reich en el artículo 48, apartado 2. Las discrepancias de

¹⁵³ Acerca de este particular cfs. O. KOELLREUTTER, *Der deutsche Staat als Bundesstaat und als Parteienstaat* (*Recht und Staat*, fasc. 51), Tübingen 1927, páginas 31 y s.

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

opinión de explicar naturalmente, en primer término, por la diferencia de los intereses y concepciones de la política de partido, cuestión que no es de este lugar inquirir. A esto se añade que precisamente en el problema de la «situación excepcional» siguen influyendo todavía conceptos y denominaciones sugeridos por el Derecho político de la monarquía constitucional, que trastornan los conceptos y puntos de vista de un Derecho constitucional republicano, especialmente cuando a esto se agrega que las atribuciones del Presidente del Reich se tildan de «dictatoriales». Finalmente, en muchas ocasiones no se tiene en cuenta que los preceptos del artículo 48, apartado 2, fueron imaginados por la Asamblea nacional legislativa como una regulación provisional concebida con deliberada amplitud, a los cuales había de dar una delimitación definitiva una Ley orgánica promulgada de conformidad con el artículo 48, apartado 5. Por eso la interpretación jurídica, aparte de las dificultades generales de toda cuestión de alta política, aparte de las dificultades generales de toda cuestión de alta política, ha de tener en cuenta las peculiaridades que resultan de una regulación provisional que cuenta ya con una vigencia de años.

A pesar de esta extraordinaria dificultad y confusión puede comprobarse que acerca de la interpretación del artículo 48, apartado 2, se ha desarrollado una práctica ya decenal en unión con una copiosa bibliografía, dando lugar a algunas normas que consideradas sin prejuicios resultan ya indiscutibles, y han logrado general la aceptación. Así sucede por lo menos respecto a los dos puntos siguientes:

a) La atribución del Presidente del Reich para promulgar «decretos que suplan a la ley» según el artículo 48, apartado 2 RV.

La abundante práctica a que hasta fecha han dado lugar los decretos jurídicos promulgados según el artículo 2 y 4 nos dispensa de insistir en ello; bastará recordar los resúmenes ofrecidos por POETZSCH-HEFFTER (*«Jahrbuch des öffentlichen Rechts»*, vol. 13, 1925, págs. 141 a 157; vol. 17, 1929, págs. 99-101.) El Tribunal Supremo del Reich ha confirmado globalmente esta práctica, y ha considerado al Presidente del Reich, en este aspecto, como legislador en el sentido de la «reserva de la Ley»; por ejem-

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

plo, «RGBt. 56, 115» (capacidad para promulgar decretos jurídicos, y en particular prescripciones penales); igualmente, 56, 163; 56, 188 («una especie de derecho a decretar para casos extraordinarios, que tiene el Presidente del Reich») 56, 420 (el derecho a promulgar decretos jurídicos «es indudable»); 57, 384; 58, 269 (decretos según el art. 48, ap. 2 son «indudablemente» preceptos legales en el sentido de los arts. 105, 151, 152 RV); 58 360 (no existe derecho de control del juez respecto a los requisitos previos y duración de los decretos); especialmente, empero 59, 41: «Pues la alteración de las prescripciones penales en cuanto a su contenido concreto o al ámbito penal, cae en la esfera del poder legislativo y por lo tanto compete libremente al Presidente del Reich, juntamente con dicho poder, cuando se dan las premisas allí indicadas y para las finalidades que en ese mismo lugar señalan.» Cfs. además, RGZ. 123, 409 (semejanza con el derecho a decretar para casos de necesidad); o «Reichsfinanzhof» 17, página 73. En la bibliografía, la teoría dominante ha sido formulada del siguiente modo por el comentario de Anschütz, página 250: «Estos decretos (según el art. 48, ap. 2) pueden prescribir o prohibir todo aquello para lo cual es precisa y suficiente una simple ley del Reich no reformadora de la Constitución.» Coinciden con él: POETZSCH-HEFFTER, *Kommentar*, página 237, GIESE, *Kommentar*, 8.^a ed., página 138.

Según esto, en el artículo 48, apartado 2, además de otras atribuciones extraordinarias se contiene también, desde luego, la atribución de promulgar decretos jurídicos con fuerza de ley, dentro del marco de este precepto constitucional. Dejaremos sin resolver por ahora (pues hemos de volver sobre ello más adelante) el hecho de si esta atribución venía dada desde el principio por el artículo 48 (como acepta la doctrina dominante en la teoría y en la práctica) o si se ha adicionado a él como efecto de la evolución de estos diez últimos años. Hasta qué punto este derecho a decretar pueda denominarse derecho a decretar para casos excepcionales es una nueva cuestión. En términos generales, todo decreto promulgado sobre la base de atribuciones extraordinarias puede considerarse como decreto de necesidad, y en este sentido todos los decretos promulgados por el Presidente del Reich sobre la base del artículo 48, apartado 2, aparecen como decretos para el caso de necesidad. En cambio, en un sentido más estricto y específico, el Derecho constitucional de la monarquía constitucional sólo ha reconocido el caso de decreto de necesidad cuando el Parlamento no está reunido, y sólo

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

entonces ha desarrollado para él una regulación típica¹⁵⁴. Cuando los decretos de necesidad del Presidente del Reich se promulgan en una situación semejante, puede hablarse también de decretos de necesidad en sentido estricto. Ambos géneros de decretos pueden ser distintos; por otra parte tienen también muchos rasgos comunes, y la capacidad para decretarlos cae bajo el amplio concepto de las atribuciones extraordinarias.

b) Desarrollo de una situación excepcional y de necesidad, específicamente económica y financiera. Tanto la práctica del artículo 48, apartado 2 RV. como, en particular, la del artículo 55 de la Constitución de Prusia han reconocido como admisible, bajo la presión de ciertos estados de necesidad esencialmente económicos y financieros, que son propios de nuestra época, la posibilidad de aplicar las atribuciones extraordinarias a caso de necesidad y peligros de carácter económico y financiero. Los resultados de la práctica del artículo 55 de la Constitución de Prusia pueden ser aplicados sin más requisitos, a este respecto, al artículo 48 RV., siendo indiferente la cuantía de las diferencias existentes entre los dos preceptos constitucionales y entre ambos institutos jurídicos. El artículo 48 RV. contiene actualmente también, desde luego, un derecho a decretar que cumple los requisitos de un derecho a promulgar decretos de necesidad. En el aspecto que aquí nos interesa no sólo es admisible, sino

¹⁵⁴ Reina actualmente una extraña y abierta contradicción entre la aceptación del concepto «estar reunido», en el Reich (art. 24 RV.) y en Prusia (art. 55 PrV.); confróntese a este particular mi trabajo en la *«Deutschen Juristenzeitung»* de 15 de octubre de 1930 (págs. 1285 y ss.). La decisión del Tribunal de Justicia Constitucional del Reich alemán, de 13 de julio de 1919, acerca del derecho a promulgar decretos de necesidad en Prusia (RGZ., 125 anexo página 1; LAMMERS-SIMONS II, págs. 66, 69) pasa por alto esta cuestión de Derecho político. Tampoco el trabajo de W. JELLINEK en el *«Reichsverwaltungsblatt»* de 6 de diciembre de 1930, página 779 —que se dirige contra mi escrito citado— ha podido resolver la pugna existente entre la práctica del artículo 24 RV. en el Reich y la del artículo 55 de la Constitución de Prusia en este Territorio. Para renunciar al concepto hasta ahora corriente de «estar reunido» (que como tal no resulta dudoso) sería preciso situar sistemáticamente el problema entero del actual Derecho parlamentario sobre un nuevo fundamento.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

que hasta resulta obligada la adaptación de los puntos de vista y argumentos decisivos (así se pronuncia también RGZ. 123, página 409). Esto significa dos cosas: los requisitos de las atribuciones extraordinarias (estado de excepción, peligro considerable de la seguridad y del orden público) pueden estar fundados en una situación de necesidad económica y financiera o en un peligro que de ellas derive; el carácter inicialmente económico y financiero de la situación de que se trata no excluye la aplicación de atribuciones extraordinarias¹⁵⁵. Además, va inherente al contenido de estas atribuciones el derecho de promulgar con fuerza de ley decretos que por su materia y por su carácter son económicos y financieros¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Los ejemplos de decretos de contenido económico y financiero, promulgados sobre la base del artículo 48, apartado 2 son muy numerosos; aquí citaremos solamente los que siguen: decretos sobre divisas y marcos-rentas, de noviembre de 1923; otro referente a la denegación temporal de prestaciones sobre la base de una cotización del marco fuera de Alemania, de 5 de noviembre de 1923 (RGBl. I, pág. 1082); además, del mismo día: decreto complementario a otro sobre la obtención de recursos por vía de empréstito y la emisión de bonos del Tesoro (RGBl. I, pág. 1083, siendo de advertir que el decreto complementado de 20 de octubre de 1923 se dictó en virtud de una ley de autorización); decreto de 13 de octubre de 1923 (derogación de la ley sobre tributos de carbón, de 20 de marzo de 1923, RGBl. I, pág. 945, como decreto basado en la ley de autorización de 18 de octubre de 1923 RGBl. I, página 979); decreto de 5 de abril de 1924 (RGBl. I, pág. 397) sobre tasas de viajeros, de 10 de noviembre de 1924 (RGBl. I, pág. 737) sobre rebajas de impuestos, justificadas por razones económicas, etc. Ejemplos de decretos económicos promulgados por los Gobiernos territoriales en virtud del artículo 48, apartado 4, están señalados especialmente en el precitado resumen de POETZSCH-HEFFTER. La práctica de los decretos de necesidad dictados por el Gobierno prusiano según el artículo 45 de la Constitución de este Territorio, ha continuado sosteniendo —con la aquiescencia ininterrumpida del Tribunal de Justicia Constitucional (sentencia de 21 de noviembre de 1925, RGZ. 112, anexo página 10; de 23 de marzo de 1929, RGZ, 124, anexo pág. 19; de 13 de julio de 1929, RGZ. 124, anexo pág. 19; de 13 de julio de 1929, RGZ, 125, anexo pág. 7)— el criterio de que también las situaciones de apremiante e insólita gravedad, en materia financiera, justifican que tratándose del Estado e incluso de sus entidades autónomas se lleguen a promulgar decretos de necesidad.

¹⁵⁶ Así, los ya citados decretos según el artículo 48, apartado 2, y especialmente el decreto de necesidad promulgado por el Gobierno prusiano (8 de mayo de 1929) acerca de la regulación del impuesto sobre la industria para el año económico 1929, decreto autorizado por la sentencia del Tribunal de Justicia Constitucional de 8 de mayo de 1929.

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

Estos dos resultado —derecho a promulgar decretos con fuerza de ley, por el Presidente del Reich, según el artículo 48, apartado 2, y el carácter (presuntamente también) económico y financiero del estado de excepción y de las atribuciones por él motivadas— descansan sobre una interpretación del artículo 48 que ha logrado afianzarse en una práctica jurídica decenal, y resulta adecuada a las concretas peculiaridades de la situación excepcional de un Estado económicamente oprimido, obligado a la tributación y que, al mismo tiempo, soporta grandes cargas sociales. Ciertamente son posibles y existen todavía muchas diferencias de opinión y cuestiones de interpretación en cuanto a aquel difícil precepto constitucional; sin embargo, existe ya una práctica inequívoca respecto a los dos resultados antedichos. No es necesario ocuparse de las numerosas controversias y distinciones de derecho consuetudinario, reforma o desarrollo de preceptos de la Constitución, etc., para llegar a la comprobación simple de que desde hace años existe una práctica constante, sustentada por una firme convicción jurídica. Ella ha dado un contenido, interesante en el aspecto del Derecho positivo, a la regulación provisional del artículo 48, cuya duración se prolongará hasta que se decrete la Ley orgánica que exige el apartado 5. Cuatro factores han colaborado a ello: 1, la concepción, dominante en la teoría del Derecho político, respecto al artículo 48, apartado, 2, que equipara el Presidente del Reich, en este aspecto, con el «mero legislador»; 2, los numerosos precedentes en la práctica del Gobierno del Reich, en los referente al carácter legislativo de los decretos, y —como elemento complementario esencial— la práctica relativa a decretos de necesidad promulgados por el Gobierno prusiano, en cuanto se trata de adoptar medidas económicas y financieras de carácter excepcional, acerca de lo cual interesa tener en cuenta que la eficacia de un precedente indiscutible en el Derecho público suele ser más intensa y decisiva que en el Derecho privado, y que el prece-

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

dente puede tener una fuerza especialmente decisiva en el Derecho constitucional y en el Derecho internacional; 3, las numerosas sentencias — absolutamente claras y seguras en este aspecto— dictadas por el Tribunal Supremo del Reich, el Tribunal Supremo de Hacienda y todos los demás Tribunales Supremos, ante todo el Tribunal de Justicia Constitucional del Reich, que han confirmado tanto el carácter económico de las atribuciones excepcionales como la atribución del Gobierno para recurrir a estos poderes extraordinarios cuando no existe un Parlamento capaz de producir una mayoría o de desarrollar sus actividades (sentencia de 13 de julio de 1929 RGZ. 125, anexo página 8); 4, el reconocimiento tácito de dichas medidas por el Reichstag, que no ha solicitado la derogación de los decretos promulgados en virtud del artículo 48, apartado 2, circunstancia que, por lo menos, significa una aquiescencia a su validez, en el orden jurídico constitucional¹⁵⁷.

¹⁵⁷ En la teoría del Derecho constitucional ha sido discutida con frecuencia la equiparación de las atribuciones extraordinarias con el derecho que tiene el Presidente del Reich a dictar decretos con fuerza de ley; especialmente nos hemos ocupado de esta cuestión ERWIN JACOBI y yo, en el informe sobre la dictadura del presidente del Reich, presentado al Congreso de Profesores de Derecho político, en 1924 (Publicaciones de la Asociación de Profesores alemanes de Derecho político, volumen 1, 1924, pág. 99 y pág. 110 y s.); además, se ha interesado por esta cuestión, aunque con otro fundamento, incluso contradictorio al nuestro, R. GRAU, *Die Diktatur des Reichspräsidenten*, 1923, páginas 102-103, y en otro escrito sobre *Diktaturgewalt und Reichsverfassung* (homenaje a SECKEL, Berlín 1927, pág. 290). Hasta qué punto era admisibles como medidas, por razón de su contenido, los decretos jurídicos del Presidente del Reich, de 26 de julio y de 1 de diciembre de 1930 (RGB1. I, página 311 y página 517), es una cuestión aparte, que en términos generales ha de resolverse afirmativamente porque en definitiva toda aplicación de leyes y toda actividad ejecutiva se traduce en medidas. Teniendo en cuenta la práctica jurídica desarrollada desde entonces, la controversia resulta zanjada desde el momento en que el derecho a decretar con fuerza de ley, ejercido por el Presidente del Reich, si no se hallaba inicialmente contenido en sus atribuciones para adoptar medidas, puede considerarse actualmente incorporado a él. Por lo demás, sigue planteada la controversia acerca de la amplitud de las atribuciones concedidas por el artículo 48, apartado 2, párrafo 1, puesto que en el reconocimiento de que el Presidente del Reich tiene sin duda en la actualidad semejante derecho a decretar, no radica limitación alguna de sus atribuciones para adoptar las necesarias medidas, conforme al artículo 48, apartado 2, párrafo 1; del mismo modo, tampoco la natural limitación del derecho a dictar decretos con fuerza de ley, como equivalente de simples leyes (de las que no alteran la Constitución), puede estimarse como una limitación de las atribuciones que le permiten dictar las necesarias medidas, limitaciones en el sentido de que todo precepto constitucional simple constituye un obstáculo insuperable para las medidas protectoras de la Constitución; en ello no existe, pues, un reconocimiento de las opiniones teórico-doctrinales según las cuales cada uno de los detalles numerosísimos de los preceptos legales contenidos en la Constitución es más interesante que la Constitución misma. La distinción entre decretos jurídicos con fuerza de ley y medidas continúa subsistente, y adquiere su significación especial (por ejemplo: cuando, desconociéndose la esencia de una garantía institucional, se declara inadmisibles la rebaja de salarios ordenada por medio de un decreto con fuerza de ley, se habría de tener por lícita la orden dada a las cajas públicas de pagar solamente una parte del salario, independientemente de la acción jurídica que compete a los funcionarios); las atribuciones del Presidente del Reich, para adoptar todas las medidas necesarias, subsisten junto al derecho a promulgar decretos con fuerza de ley en su plena amplitud constitucional, hasta que la ley orgánica ha llevado a cabo una regulación más precisa. La denegación del derecho a dictar decretos con fuerza de ley podría apoyarse ante todo sobre el carácter provisional de la regulación del artículo 48, apartado 2, y sobre la necesidad de llegar mediante la ley orgánica prevista en el apartado 5 a una regulación definitiva del estado excepcional, y a provocar en el plazo más breve otra autorizaciones para promulgar decretos jurídicos. En la misma medida en que fue prosiguiendo la práctica del artículo 42, apartado 2, dejó de pensarse en la ley orgánica, y al mismo tiempo el precepto constitucional fue perdiendo, de día en día, su carácter provisional, lo que hizo necesario incorporar a las atribuciones extraordinarias del Presidente del Reich un auténtico derecho a promulgar decretos con fuerza de ley, aunque, por lo demás, en tanto que la ley orgánica no se haya dictado, continúa subsistiendo e imperando el carácter provisional de la regulación.

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

2. Respecto a la relación entre preceptos jurídico-financieros contenidos en la Constitución y atribuciones extraordinarias del Presidente del Reich se infiere que también son también admisibles decretos con carácter jurídico-financiero sobre la base de las atribuciones extraordinarias, en cuanto respetan los límites constitucionales de éstas. Cabe preguntar, sin embargo, si la exigencia (reserva) de una ley en materia fiscal —para tributos y tasas, artículos 134 RV.; para la ley del presupuesto, artículo 85 RV.; para las autorizaciones de créditos y prestación de garantías,

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Artículo 87 RV.— queda cumplimentada por un decreto con fuerza de ley, promulgado en virtud de las atribuciones extraordinarias del artículo 48, o si cuando se exige una ley para adoptar resoluciones en materia fiscal, lo que se exige es, precisamente, una ley formal.

La concepción predominante en la bibliografía del artículo 48, apartado 2 equipara de modo general las atribuciones decretales extraordinarias del Presidente del Reich con la facultad para promulgar simples leyes (cfs. la formulación, anteriormente mencionada, del comentario de Anschütz); pero según esta opinión no es dudoso que la exigencia jurídico-financiera de una ley no puede satisfacerse de manera distinta que la exigencia normal de leyes respecto a los derechos fundamentales y de libertad, o sea también mediante un decreto según el artículo 48, apartado 2. A su vez, la práctica hasta el momento actual no considera en modo alguno la exigencia de una ley en materia tributaria como la exigencia de una ley formal. La exacción de tributos y tasas, la fijación de tarifas aduaneras y otras regulaciones fiscales no están ya reservadas en la actualidad, y desde hace tiempo, a las leyes en sentido formal; en este sector existe una larga serie de decretos, que no necesita prueba ulterior, y cuya validez jurídica no cabe discutir seriamente, y por lo demás, apenas es discutida. El artículo 2 de la Ordenanza general sobre las tasas dispone expresamente que Ley, en sentido de dicha Ordenanza, es toda norma jurídica. Pero también respecto de las autorizaciones relativas a gastos presupuestarios, así como a créditos y garantías, la práctica del Gobierno del Reich ha adoptado de modo incontrovertible el punto de vista de que la reserva jurídico-financiera de la ley no existe una ley formal, sino que puede ser cumplida por un decreto con fuerza de ley¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Así, por ejemplo, el decreto —indiscutible en punto a su vigencia jurídica— suscrito por HILFERDING, Ministro de Hacienda del Reich, en 20 de septiembre de 1923 (RGBL. I, pág. 386), acerca de la ampliación de las atribuciones crediticias, decreto promulgado en virtud del artículo 6, apartado 1, cifra 2 de la Ley de necesidad de 24 de febrero de 1923 (RGBL. I, pág. 147.) Este Decreto, teniendo presente la autorización muy general de esta ley de necesidad, eleva la autorización de créditos prevista en la Ley referente a la fijación de un segundo suplemento del Reich para el año económico 1923, de 14 de agosto de 1923 (RGBL. II, pág. 329), agrega, además la cantidad correspondiente de los ingresos del presupuesto extraordinario, amplía la autorización otorgada al Ministro de Hacienda para emitir bonos del Tesoro con objeto de robustecer de modo transitorio los recursos ordinarios de la Caja general del Reich, y establece, por último, que las autorizaciones otorgadas por este Decreto sólo quedarán sin vigor cuando hayan sido suplidas por otras según los procedimientos de la legislación ordinaria.

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

Una vez reconocido que el Presidente del Reich puede decretar con fuerza de ley en virtud el artículo 48, apartado 2, y admitido, además que los decretos con fuerza de ley también son lícitos en el sector del Derecho fiscal, ya no pueden ser inadmisibles los derechos con fuerza de ley promulgados según el artículo 48, apartado 2, para las autorizaciones referentes a créditos y garantías y para el Presupuesto, porque lo que es justo respecto de los tributos y las tasas no puede ser injusto para otros sectores jurídico-financieros. La exigencia de una ley en materia fiscal sólo puede juzgarse con un solo criterio. Mientras no se practiquen separaciones o desgloses, precisamente circunscritos, de determinados sectores y patrimonios —como sucede con el Reichsbank, con los Ferrocarriles del Reich o con los Correos de Reich como empresa autónoma— todas las finanzas públicas están dominadas por el principio de la unidad y de la totalidad. El hecho de que para los empréstitos sea necesaria una ley financiera que autorice el crédito, se justifica diciendo que los empréstitos influyen de rechazo sobre el sistema tributario (*G. Jèze, Allg. Theorie des Budgets*, Tübingen 1927, página 93); lo primario es, por consiguiente, la ley tributaria, y no la ley del empréstito. La íntima relación de todos los ingresos y gastos del Estado ha hecho que fuese reconocido y aceptado el principio de la unidad financiera incluso en las luchas constitucionales presupuestarias del siglo XIX, y todos los intentos, emanados del Gobierno monárquico, para realizar distinciones (por ejemplo, los efectuados en los Territorios cuyo presupuesto pertenece al tipo de los denominados bávaro-sajonés, para separar entre sí autorización tributaria y derecho presupuestario) se han revelado como irrealizables. También ha sido decisivo

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

el principio de unidad de todo el presupuesto del Estado para la interpretación, actualmente reconocida de un modo casi general, del artículo 75, apartado 4 RV. (inadmisibilidad de la iniciativa popular en materia de leyes financieras). Por esto no es posible diferenciar dentro de la exigencia de una ley en materia fiscal, ni hacer para el Presupuesto y las autorizaciones del artículo 87 una reserva legal cualitativamente distinta que para los elementos esenciales y fundamentales del presupuesto del Estado y del plan presupuestario, a saber: los tributos y las tasas.

La objeción que pudiera sugerir en el aspecto jurídico formal el núcleo de la argumentación judicial contra los decretos financieros con fuerza de ley se basa sobre un razonamiento que, a mi juicio, no suele examinarse detenidamente¹⁵⁹, pero que sin duda alguna necesita aclaración y comenario. La exigencia jurídico-financiera de una ley (arts. 85, 87 RV.) se distingue particularmente de la exigencia de una ley en materia de derechos fundamentales (arts. 114, 115, etc. RV.). Cuando en un derecho fundamental o de libertad se reservan excepciones e intervenciones que pueden realizarse «sobre la base de una ley», las excepciones e intervenciones resultantes de un decreto jurídico con fuerza de ley se apoyan no sobre una ley formal, pero por lo menos —conforme a la definición de ley enunciada por el liberal siglo XIX, según la cual la ley en sentido material es un ataque a la libertad y a la propiedad— sobre una ley en sentido material, porque el decreto afecta la libertad y la propiedad. Según esto, en semejante definición de la ley, si no una ley formal, existe por lo menos una ley material, y en cuanto a la exigencia de una ley, esto es en cierto modo bastante. Algo muy distinto sucede cuando se trata de la exigencia de una ley en materia fiscal. Las leyes sobre tributos y tasas se consideran actualmente, en realidad, como leyes en sentido material, aunque esta concepción no haya logrado abrirse paso hasta el siglo XIX, como consecuencia del Derecho presupuestario constitucional; para ella no existía,

¹⁵⁹ GRAU op. cit., NAWIASKY, AöR. N. F: 9, página 53, J. LUKAS, Asociación de Profesores alemanes de derecho político, fasc. 6, 1929, página 46; A. Hensel, DJZ. 35 (1930), página 1058.

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

por consiguiente, ninguna peculiaridad. Por el contrario, la aprobación del presupuesto con las autorizaciones de gastos, o la concesión de una autorización para obtener créditos o prestaciones de garantía no es, según la opinión dominante, una ley en sentido material, sino un acto administrativo en el sector financiero. Mientras que en aquellas intervenciones que sobre la base de un decreto se realizan en un derecho fundamental, queda observada la reserva de la ley mediante una ley en sentido material, en una aprobación del Presupuesto o en una autorización de créditos y garantías (según una concepción primitiva también para la exacción de impuestos y tasas) llevada a cabo por decreto no existe como antecedente una ley formal ni una ley material, es decir, no existe ley alguna; la reserva de la ley no se cumple, por consiguiente, en modo alguno, y el acto cae en el vacío. De este modo la exigencia de una ley en materia fiscal aparece, a diferencia de la exigencia legal en materia de derechos fundamentales, como una reserva de particular rigidez formal. Conviértese en reserva formal absoluta, que excluye todo decreto y autorización, y sólo puede quedar satisfecha mediante una ley formal.

Este proceso ideológico desconoce, empero, el sentido jurídico constitucional de la distinción existente entre ley material y ley formal, como también el del doble concepto de ley material, que define la ley unas veces como regla general de derecho y otras como restricción de la libertad y de la propiedad. Acerca de la importancia jurídico-constitucional del concepto de ley hablaremos detalladamente más adelante (pág. 206). La diversidad de la exigencia de ley en materia fiscal no es, sin embargo, tan grande como aparenta ser si se juzga por dicha argumentación. En ambos casos se trata, en efecto, de proteger la propiedad, pero, además de ello, tanto en la reserva relativa a derechos fundamentales como en la jurídico-financiera se trata de una regulación de competencias con carácter organizatorio, y la exigencia de una ley en materia fiscal no contiene ya otra cosa que un precepto organizatorio de esta naturaleza. Sería, pues manifiestamente improcedente considerar toda regulación de competencia como «absolutamente formal» en esencia, y decla-

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

rar, sobre esta base, que queda excluido cualquier otro recurso constitucional y admisible. Según la Constitución vigente del Reich no es este el caso. La regulación de competencia del artículo 68 de la constitución del Reich, por ejemplo (las leyes del Reich son acordadas por el Reichstag), ostenta también carácter organizatorio, y, sin embargo, no excluye los decretos jurídicos sobre la base de una ley de autorización, ni aquellos otros decretos promulgados en virtud del artículo 48, apartado 2.

Prescindiendo de ello, aquel proceso ideológico presente un punto de vista interesante desde el aspecto del Estado de Derecho, en cuanto establece una fundamental diferencia entre simples medidas y actos con forma jurídica. Sin embargo, la interpretación, dominante hasta hoy día, del artículo 48, apartado 2, ha rechazado la distinción entre medidas y actos de carácter jurídico y ha equiparado al Presidente del Reich respecto al artículo 48, apartado 2, con el mero legislador. En unión con Erwin Jacobi ha sostenido la diferenciación entre medidas y actos con forma jurídica, intentando esta distinción frente a la teoría dominante. Todavía hoy insisto en la exactitud teórica de la distinción y opinión que la diferenciación entre decreto con fuerza de ley y medidas se ha generalizado en la práctica actual del artículo 48 (cfs. anteriormente, página 196, nota 26). Pero precisamente la resistencia de las teorías sustentadas por profesores de Derecho político era entonces tan violenta que la falta de diferenciación, en el orden teórico, se impuso como doctrina dominante. Esta teoría no sólo influyó de un modo estimulante en la formación del actual criterio que reconoce el derecho a promulgar decretos con fuerza de ley, sino que en su virtud precisamente se ha hecho posible el ejercicio jurídico del mismo. Ella dio lugar al error jurídico y teórico que es típico e indispensable para semejantes estructuras jurídicas, y sin el cual no hubiera llegado a producirse la convicción jurídica que se sobrepone a la mera práctica y ejercicio de estas instituciones. Como Richard Thoma (*Der Vorbehalt des Gesetzes*, Homenaje a O. Mayer, 1916, pág. 213) dice acertadamente, es un «fenómeno perfectamente corriente» en el Derecho político que «el error engendre un derecho consuetudinario». Hoy, como anterior-

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

mente hemos indicado, precisa admitir, como derecho positivo originado del artículo 48, apartado 2, que las órdenes del Presidente del Reich pueden ser decretos con fuerza de ley. De este modo adquieren un carácter jurídico formal, inmediatamente sobre la base de un precepto constitucional; son similares a la ley y cesan de ser medidas en sentido específico que como tales no satisfacen, naturalmente, a los casos en que se requiere una ley. La restricción de las atribuciones extraordinarias, contenida en su limitación a las medidas, en el ámbito del Estado de Derecho, desaparece ahora. Sería improcedente que la teoría dominante pretendiese actualmente operar una regresión en las estructuras jurídicas por ella consolidadas, al darse cuenta de los efectos y consecuencias de su error jurídico. Ni siquiera tiene ya la posibilidad de hacer valer frente al decreto con fuerza de ley del artículo 48, apartado 2, la severidad formal de la exigencia de una ley para los asuntos de carácter financiero.

3.- Otra objeción contra los decretos presupuestarios y crediticios promulgados según en el artículo 48, apartado 2 de la Constitución del Reich podría acaso derivarse del hecho de que las atribuciones de control del Parlamento —es decir, el derecho del Reichstag a solicitar la derogación apoyándose en el artículo 48, apartado 3— resultarían prácticamente anuladas si sobre la base de los decretos se hubieran realizado gastos o contratado empréstitos. En tal caso, la petición de derogación por parte del Reichstag vendría demasiado tarde, y no sería ya capaz de suprimir los efectos y consecuencias jurídicas y reales de dichos decretos.

Ahora bien, esta objeción sólo aparentemente contradice la admisibilidad jurídico-constitucional de tales decretos. En la realidad afecta sin excepción a todos los efectos y consecuencias jurídicos y reales de toda aplicación de atribuciones extraordinarias, y por consiguiente carece de fuerza probatoria especial para los decretos que concretamente interesan a nuestro caso. Toda medida que se adopte sobre la base del artículo 48, aun cuando se mantenga con la mayor cautela dentro del marco más estricto y generalmente reconocido de estas atribuciones, provoca ciertos

efectos reales y, habitualmente también, jurídicos. Se decretan, por ejemplo, preceptos penales y se instauran Tribunales extraordinarios sin tener en cuenta si podrán retrotraerse las consecuencias de las detenciones, sentencias y ejecuciones; se suspenden diarios que no pueden aparecer ya hasta que se levante la prohibición, se declara el estado de guerra y se causan destrozos de todo género, e incluso se registran muertes. Que todo esto no pueda darse por no sucedido cuanto el Reichstag reclama la derogación de la medida, no permite inferir que la medida no hubiera debido ser adoptada o que desde un principio fuese anticonstitucional, por la dificultad e imposibilidad de reparar sus posibles consecuencias. De otro modo se llegaría al absurdo resultado de afirmar que el artículo 48, apartado 2, sólo admite las medidas que puedan adoptarse sin producir efectos ni consecuencias: como acertadamente dice el Tribunal Supremo (RGZ. 123, 409) «apenas podría cumplir su misión —la atribución extraordinaria— si regularmente hubiera de contarse con una derogación de carácter retroactivo». Lo que se admite de modo general y naturalísimo respecto a las disposiciones penales y a las consecuencias, frecuentemente muy temibles, de la intervención de la mano armada, debería valer también, por lo menos del mismo modo, para las disposiciones de carácter pecuniario.

En la historia constitucional europea ha podido existir una época en la que cabía concebir el privilegio de la ley principalmente como privilegio de la ley formal financiera con respecto a todos los demás valores políticos, constitucionales y humanos, porque estaba dominada por la ficción de una Economía apolítica y de un Estado deseconomizado. La Constitución vigente del Reich no sigue ese mismo criterio. En el artículo 48, apartado 2, párrafo 2, ha incluido la propiedad privada (art. 153) entre los derechos fundamentales susceptibles de suspensión, haciendo de este modo posibles, con carácter general, las restricciones de la libertad contractual y económica. En este sentido, la Constitución de Weimar presenta una antítesis con respecto a las tradiciones liberales precedentes, que, en términos generales, desconocían la suspensión de las garantías relativas a la propie-

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

dad. El fundamento de la notable divergencia que se advierte con respecto a la tradición liberal consiste en que no solamente se ha querido hacer posible la incautación de armas (cfs. H. Preuss, Informes taquigráficos, pág. 1332), sino también la adopción de eficaces medidas de carácter económico y financiero: por ejemplo, la fijación de tasas para la subsistencias, la regulación de las condiciones de venta, etc. (declaraciones del ministro prusiano Heiner en la sesión 47.^a de la Asamblea Nacional, de 5 de julio de 1919). Ya en 1919 se advertía que, de acuerdo con la evolución económica y social, debía operarse libremente el tránsito desde el estado de sitio o de guerra al estado de excepción y de necesidad en el aspecto económico. En la actualidad entre dentro de las atribuciones regladas del Presidente del Reich el determinar si el artículo 153 debe ser suspendido transitoriamente, y para resolverse a ello no necesita más que un gesto, pues la declaración de «suspensión» no es más que una formalidad. En este aspecto, no existe ni la más pequeña duda, aun para la interpretación más estricta del artículo 48, apartado 2. El Presidente del Reich, durante el plazo de suspensión decretada para restaurar la seguridad y el orden público, puede practicar expropiaciones sin indemnización, con objeto de arbitrar los recursos necesarios para reponer la seguridad y el orden público, decretar confiscaciones e imponer contribuciones. Frente a tales posibilidades indiscutidas e indiscutibles no puede denegársele el derecho a procurarse por vía de crédito las cantidades necesarias; lo contrario respondería al espíritu de un constitucionalismo proto-liberal, de un constitucionalismo que en ciertas ocasiones, y por lo menos en apariencia, se muestra propenso a sacrificar el Estado entero y el resto de la Constitución a la santidad del derecho formal financiero.

4. La razón peculiar de todas las objeciones contra los decretos financieros con fuerza de ley debería buscarse menos, sin embargo, en consideraciones de índole jurídica formal que en reminiscencias históricas constitucionales y en la influencia de otros conflictos también referidos a la Constitución. Tales consideraciones se apoyan en situaciones pretéritas, que revestían

otro carácter en el orden jurídico-constitucional, y son los que la Sociología señala como *résidu*. Por eso es tan necesario recordar que la situación de la monarquía constitucional en el siglo XIX, con sus distinciones entre Estado y Sociedad, Política y Economía, no existe ya. Esta apreciación es de una inmediata importancia en el aspecto jurídico-constitucional. La interpretación jurídica y científica de la Constitución no puede avanzar sin un claro sentido crítico de la historia, so pena de caer en un formalismo insustancial y en una palabrería vana. Necesita sobre todo una aclaración el concepto de ley formal, y, dentro de éste, a su vez, el concepto de ley formal financiera. Dicho concepto está ligado a una determinada situación jurídico-constitucional y caracterizado por la íntima relación que tiene con una determinada estructura constitucional, relación que abarca el contenido positivo de la regulación. Precisamente está determinado de un modo absolutamente político en cuanto a su carácter «formal», y la formalización significa en este caso, como ya hemos indicado anterior (pág. 130), lo contrario de la despolitización. Es la expresión de una pura ampliación política de poderes y de atribuciones, y la denominamos «formal» porque frente a un determinado adversario se libera el concepto material de la ley que limitara su poder; una ley en sentido formal, como lo son ciertos actos administrativos del Derecho financiero, no debe ser ley por razón de su contenido concreto, sino solamente por razón del organismo que la promulga o que colabora a su promulgación; el carácter «formal» desarrollado (aunque no expresado en el texto de las Constituciones escritas) por la teoría jurídico-política de la monarquía constitucional, no significa otra cosa sino que la atribución o competencia para practicar determinados actos, o para colaborar a ellos es incumbencia del Parlamento, sin tener realmente en cuenta la regulación de las demás competencias. Con esta sencilla aclaración no quiere decirse, sin embargo, que el concepto de la ley formal sea injusto o falso. Sólo es cuando se intenta sustraerse a su preciso planteamiento crítico, y darle un carácter absoluto, trasladándolo a situaciones heterogéneas de derecho constitucional. El concepto de la ley absolutamente formal tiene un contenido

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

cabal y comprensible como medio de lucha de la burguesía con la monarquía constitucional, y dándose la premisa de una separación entre Estado y Sociedad. Formalización equivale en este caso, exclusivamente, a politización: su objeto es extender frente a un Gobierno no parlamentario el ámbito de poder del Parlamento, respecto a acontecimientos y procesos importantes en el aspecto jurídico-financiero. La exigencia de una ley formal se dirige, por consiguiente, polémicamente, contra un adversario político determinado, a saber: contra el Gobierno regio de la monarquía constitucional alemana, divorciado de la representación nacional; y la exigencia de una ley viene a expresar en las Constituciones alemanas del siglo XIX el hecho de que sólo en virtud de las excepciones enumeradas en la Constitución pueden sustraerse al poder del rey determinados sectores y asuntos reservándolos al legislador, es decir, a la colaboración del Parlamento. La Ley de Presupuestos se designa corrientemente como un convenio entre el Gobierno monárquico y la representación nacional (por ejemplo, por Meye-Anschütz, *Staatsrecht*, páginas 890, 897; cfs. anteriormente, página 130, lo que corresponde exactamente a la estructura dualista de semejante sistema estatal, y a la estimación de la Constitución como contrato (entre el príncipe y la representación nacional). Sólo en una estructura constitucional como ésta resulta adecuado el concepto de ley absolutamente «formal»¹⁶⁰. En la lucha contra el gobierno regio independiente del Parlamento se ha desarrollado la Ley formal del Derecho presupuestario: la lucha contra el derecho a decretar por parte del monarca es una lucha contra el poder del

¹⁶⁰Tan pronto como este concepto «formal» da lugar a una limitación del poder y de la competencia de la representación nacional —por ejemplo en el caso de aplicación al derecho legislativo preconstitucional, que formalmente no sería ley en el sentido constitucional, y, por consiguiente, conforme a una idea consecuente de la ley formal, habría de corresponder, lo mismo antes que después, al ámbito de poder propio del gobierno regio — dicho concepto desaparece inmediata y naturalmente, para dejar otra vez paso a un concepto material de la ley (ley = restricción de la libertad y de la propiedad). R. THOMA ha expuesto este proceso en su trabajo sobre la reserva de la ley (Homenaje a O. MAYER, 1926) con magistral claridad.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

monarca que se presume cada vez más ilimitado; no es una lucha contra un derecho decretal jurídico-constitucional o legalmente delegado. En los Estados democráticos no se concibe, por esta causa, la exigencia de una ley en materia fiscal como reserva absoluta e incondicionalmente formal¹⁶¹.

En cuanto se plantea la exigencia de una ley financiera incondicionalmente formal se presupone siempre que el Parlamento, como representación nacional, está situación frente a un Gobierno independiente de él, que de ningún modo puede invocar al pueblo; tampoco el derecho de la Corona a disolver el Parlamento tenía en la monarquía constitucional alemana el sentido constitucional de una apelación al pueblo; sólo servía para asegurar la estructura dualista y el equilibrio entre Estado y Sociedad. La situación jurídico-constitucional del actual Reich alemán basado en la Constitución de Weimar, es radicalmente distinta de esto. En primer término, el Estado actual no descansa sobre un contrato entre representación nacional y Gobierno, y la Ley de presupuestos no es ningún «convenio» entre Parlamento y Gobierno; en segundo término, el gobierno no es ya un poder independiente del Parlamento, sino que los medios de intervención y control de éste son tan grandes, cuando existe un Parlamento capaz de lograr mayorías y de actuar, que por esta razón resulta imposible trasladar a este

¹⁶¹ Por ejemplo, la Ley francesa de 14 de diciembre de 1879, sobre la cual descansa la regulación actualmente vigente del Derecho político francés. Según ella pueden abrirse créditos mediante decretos (*par décret*) en determinados casos, aun estando reunido el Parlamento; para el caso en que el Parlamento no se halle en período de sesiones, la posibilidad de decretar en materia presupuestaria está regulada detalladamente. El principio de exigencia de una ley financiera formal no se realiza, por consiguiente, de un modo absoluto y sin excepción. El teórico francés de derecho presupuestario G. JÉZE —igualmente conocido como autoridad jurídica en el sector financiero y como buen demócrta republicano— se manifiesta así (*Teoría general del derecho presupuestario*, 1927, ed. al. pág. 191) respecto a la cuestión fundamental: «Cualquiera que sea el camino que se tome (para la regulación de gastos apremiantes o imprevistos por parte del Gobierno), lo cierto es que en épocas de crisis —por ejemplo, cuando amenaza peligro de guerra— el Gobierno no vacilará en decretar gastos sin autorización del Parlamento... *Salus populi suprema lex.*»

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

orden de cosas los puntos de vista que pudieron ser razonables respecto al gobierno monárquico de la monarquía alemana; en tercer lugar, el Presidente del Reich es elegido por todo el pueblo alemán, de manera que también él es un representante de la nación, cayendo por consiguiente por tierra el monopolio reconocido de antemano al Parlamento por las normas y conceptos del derecho constitucional monárquico; en cuarto lugar, finalmente, la Constitución de Weimar es una Constitución democrática, y descansa sobre un equilibrio de los elementos parlamentarios y los plebiscitarios; su estructura está esencialmente determinada por la circunstancia de que el pueblo falla como tercero superior (mediante nueva elección, plebiscito u otro género de votación) frente al Parlamento, como frente al Gobierno y al Presidente. Un conflicto constitucional a la manera del siglo XIX resulta hoy tan imposible e inconcebibles como intransferibles resultan a su vez los argumentos y conceptos usuales en un conflicto de tal naturaleza.

Cuando frente a las derivaciones y aplicaciones del Derecho constitucional monárquico se alude a la peculiaridad de la Constitución vigente del Reich y se afirma la admisibilidad del derecho a decretar con carácter de ley en materia financiera, se significa algo muy distinto de una atribución ilimitada e incontrolada de los poderes del Presidente del Reich. Ello implica, a la vez, que los requisitos, el contenido y los límites de las atribuciones extraordinarias en cuanto no están especialmente reguladas por una Ley orgánica, deben ser derivadas de las normas y puntos de vista de la Constitución vigente. Además, ha de tenerse en cuenta lo que Hugo Preuss destacaba ya con insistencia, como algo esencial, en la Comisión Constitucional (Protocolos, página 277), y lo que manifesté en mi informe sobre la dictadura del Presidente del Reich (Congreso de profesores alemanes de Derecho político, 1924, pág. 103; *Die Diktatur*, 2.^a, pág. 254): que los límites peculiares de las atribuciones extraordinarias del Presidente del Reich y la garantía propia contra un abuso de poderes radica en el derecho de control que compete al Reichstag, no en los normativos o en los obstáculos sugeridos por el poder judicial. A un Reichstag capaz de lograr mayorías y de actuar,

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

no le será difícil hacer valer su opinión contra el Presidente del Reich y el Gobierno del Reich, reclamando la derogación y, en caso necesario, acordando un voto expreso de censura. La Constitución vigente del Reich ofrece a un Reichstag susceptible de lograr mayorías y de actuar, todos los derechos y posibilidades que un Parlamento necesita para imponerse como factor decisivo en la formación de la voluntad del Estado. Si el Parlamento, convertido en escenario del sistema pluralista, no se hallan en situación de proceder así, no tiene derecho a exigir que también los demás organismos responsables sean incapaces de actuar. No sólo sería históricamente imposible y moralmente insoportable, sino también jurídicamente falso, fundar, en la actualidad, semejante derecho sobre una general incapacidad de acción, usando los argumentos con que en el siglo XIX un Parlamento liberal de notables intentaba inutilizar para la lucha a su adversario monárquico. Si en la actual situación constitucional de Alemania se ha llegado a desarrollar precisamente una práctica del estado de excepción en el aspecto económico-financiero con un derecho a promulgar decretos que tengan fuerza de ley, ello no es cosa arbitraria y causal, ni «dictadura» en la acepción vulgar y partidista de la palabra, sino expresión de una profunda e íntima relación legal. Corresponde al tránsito que el Estado ha iniciado desde el tipo legislativo hasta el económico, y que no se satisface ya con un Parlamento desintegrado por las disensiones pluralistas. La situación excepcional descubre, como anteriormente hemos indicado (pág. 132), la peculiaridad concreta del núcleo del Estado; el Estado judicial desarrolla el estado de guerra, procedimiento sumario de justicia, y el Estado militar y policíaco la resignación de poderes en la fuerza pública como típico medio de su estado de excepción. El derecho a promulgar decretos con fuerza de ley en el sector económico-financiero, en la práctica actual del artículo 48, resulta concorde con la ordenación existente, y trata de salvar el Estado legislativo constitucional, cuyo órgano legislativo está dividido de modo pluralista, liberándolo de un pluralismo anticonstitucional. El hecho de que este interesantísimo intento de procurarse un remedio y un reactivo sólo pueda ser realizado

LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTUALIDAD

constitucional y legalmente por el Presidente del Reich, nos permite al mismo tiempo darnos cuenta de que dicho Presidente ha de considerarse como protector de toda la ordenación constitucional.

III

EL PRESIDENTE DEL REICH COMO DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

1. LA TEORÍA POLÍTICA DE 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 coordinador, 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 encima, sino al mismo nivel de los restantes poderes constitucionales aunque revestido de especiales atribuciones y provisto de cierta posibilidades de intervención. Si lo que interesa no es un efecto accesorio ejercido por otras actividades políticas, sino, más bien, organizar un institución, una instancia especial que tenga por objeto garantizar el funcionamiento constitucional de los diversos poderes y la Constitución misma, parece oportuno, en un

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Estado de Derecho que diferencia los poderes, no confiar la misión practicada a uno de los poderes existentes, porque en tal caso podría tener un predominio sobre los demás y sustraerse a 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 IX aparece una teoría especial del *pouvoir neutre, intermédiaire y régulateur* en Benjamín Constant¹⁶², con motivo de la lucha sostenida por la burguesía francesa para lograr una Constitución liberal frente al bona-

¹⁶² Primeramente en las *Reflexions sur le constitutions et les garanties*, publicadas en 24 de mayo de 1814, impresas en la *Collection complete des oeuvres* de BENJAMÍN CONSTANT, París 1818, páginas 14 h ss., además en el *Cours de politique constitutionnelle*, edición de 1818, páginas 13 y s., edición de LABOULAYE, I, páginas 18 y s. *Oeuvres politiques*, edición de CHARLES LOUANDRE, París 1874, página 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 (pág. 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*, página 590. Por lo demás, la relación 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 MOUNNER 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, pág. 316), pero hasta ahora no se ha 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 Benjamín Constant* (1767-94), París 1909, ni en la detallada *Bibliographie critique des oeuvres de Benjamín Constant*, de RUDLER, París 1909, se contiene ninguna referencia a CLERMONT-TONNERRE. Tampoco aportan más datos sobre el particular las biografías de LEON Y DUMONT-WILDEN, publicadas en 1930.

EL PRESIDENTE, DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

partidismo y a la Constitución monárquica. Esta teoría pertenece esencialmente al grupo de las teorías constitucionales del Estado cívico de Derecho, y no sólo ha influido en las dos Constituciones por las que fue literalmente recogida¹⁶³, 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, prerrogativas 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 cívico de Estado de Derecho, lo mismo en las monarquías que en las repúblicas, puede percibirse de uno y 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 en esta doctrina de máximo interés. Descansa sobre una acepción política que

¹⁶³ 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 je 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. 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 instituyó un consejo del Reino como: instrumento del Poder armónico, garantía de la independencia judicial; moderador 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 anterior (1812, 1837, 1845, 1869, 1876) no se emplean todavía los mencionados giros.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

reconoce claramente la posición del rey o del presidente del Estado en el Estado constitucional, y la expresa en una fórmula certera. Corresponde en absoluto a la teoría clásica del Estado cívico 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 ninguna otra parte conoce el mundo a una fuente más profunda e inagotable de verdades más grandes acerca de la Constitución y de la Sociedad»¹⁶⁴. 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»¹⁶⁵. 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 parlamentarismo¹⁶⁶. Es un síntoma muy estimable que, tras de largo olvido, su nombre vuelve 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 de Profesores de Derecho político¹⁶⁷. Para la his-

¹⁶⁴ *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, vol.i, *Der Begriff der Gesellschaft*, ed. de G. SALOMON, Munich 1921, I página 502: STEIN cita expresamente la teoría de CONSTANT acerca del poder neutro, cfs. op. cit. II, página 51, y dice que el poder neutro ha aparecido en Francia con la monarquía de Julio, para él representa en absoluto la forma clásica del verdadero constitucionalismo.

¹⁶⁵ *Entwicklung des Ministeriums in der konstitutioneller Monarchie*, «*Zeitschrift für die private und öffentliche Recht*», X (1863) páginas 340, 342. Cfs. también *Allgemeine Staatslehre*, página 590. Considero injusto el juicio que G. JELLINEK pronuncia en esa ocasión acerca de SIEYÉS, porque implica un desconocimiento de la obra de este asombroso constructor constitucional.

¹⁶⁶ *L'introduction du régime parlementaire en France*, Parías 1904, páginas 184 y s. con exactitud se expresa también HENRY MICHEL, *L'idée de l'Etat*, París 1896, página 304: «*On n'a jamais mieux défini, avec plus de délicatesse et de sûreté dans l'expression, le rôle d'un roi constitutionnel.*»

¹⁶⁷ Fascículo 5 de las Publicaciones, op. cit. páginas 10 y 19: «Como se ve, BENJAMÍN CONSTANT tenía razón: no importa tanto castigar a los Ministros como hacerlos inofensivos.»

EL PRESIDENTE, DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

toría 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 europeos, se reconozca también en esta teoría de Constant¹⁶⁸.

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 cívico 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 mismo está obligado al refrendo de los Ministros, pudiendo decirse de él: *il régne et ne gouverne pas*¹⁶⁹. 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 germánico 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 teleológica¹⁷⁰. Contra la construcción de

¹⁶⁸ Cfs. más adelante, página 219, nota 13.

¹⁶⁹ La frase de THIERS, del año 1829, dice así: «*Le roi régne, les ministres gouvernent, les chambres jugent*» (en que la palabra *jugent* no implica naturalmente la Justicia). Acerca del origen de esta famosa fórmula cfs. G. JELLINEK en la revista de GRÜNHUT, 1883, op. cit. página 343, ESMEIN-NÉZARD, *Eléments du droit constitutionnel*, 7.^a ed. I, página 231.

¹⁷⁰ *Rechts und Staatsphilosophie*, 2.^a ed., cap. 97 y s.; para explicar la antítesis de lo constitucional y lo parlamentario cfs. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, página 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.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

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 sombra¹⁷¹. 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*¹⁷². Con frecuencia se citaba una frase bastante tosca de Napoleón¹⁷³, 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 del 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

¹⁷¹ Así, por ejemplo, C. v ROTTECK, *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften*, 2.^a ed., vol. 2, Stuttgart 1840, página 219: sin esfera propia del poder, sin aptitud para obrar y ejecutar, el rey no sería más que una «mera sombra».

¹⁷² MAX VON SEYDEL, *Ueber konstitutionelle und parlamentarische Regierung (1887)*; en *Staatsrechtliche und politische Abhandlungen*, Friburgo y Leipzig 1893, página 140; además, por ejemplo, SAMUELY, *Das Prinzip der Ministerverantwortlichkeit*, Berlín 1869, página 15; FRISCH, *Die Verantwortlichkeit der Monarchen und höchsten Magistrate*, Berlín 1894, página 186; contra la opinión de los precitados autores es más acertada la de L. C. DOLMATEWSKY, *Der Parlamentarismus in der Lehre B. Constant*, «*Zeitschr. f. de. Ges. Sataatswissenschaft*», vol. 63 (1907), página 608.

¹⁷³ Semejante hombre no sería otra cosa que un «*cochon engraisé*»; citado, por ejemplo, por BLUNTSCHLI, *Allgemeine Staatslehre* 1, página 483; GEORG JELLINEK, op. cit. página 341.

EL PRESIDENTE, DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

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 activo¹⁷⁴. Respecto de la teoría

¹⁷⁴ Acerca de la antítesis existente entre *potestas* y *auctoritas*, cfs. *Verfassungslehre*, página 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. página 498, vol. 1, además (respecto a la teoría de CONSTANT) II. Página 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 (OEUUVRES I, págs. 17 y s.). Acerca del Senado como protector de la Constitución cfs. anteriormente, página 37. 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 *potuvoir*: «*Le Roi est au milieu des ces trois pouvoirs (législatif, exécutif, judiciaire) autorié neutre et intermédiaire*» (*Cours de politique constitutionnelle*, I, pág. 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 façon 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 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 asesora simplemente. BODIN, *SIX LIBRES DE LA RÉPUBLIQUE* (III, cap. 7, págs. 265 y s. de la segunda ed. 1580) conoce todavía perfectamente esta distinción «*el 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 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.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

del poder neutral, esta posición reviste particular interés, porque la función peculiar del tercero neutro no consiste en una actividad continua, imperante y reglamentadora, son fundamentalmente en una actuación mediadora, tutelar y reguladora, que sólo en casos de necesidad se produce activamente, porque 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 nación enterada, sólo puede construirse con ayuda de una teoría muy desarrollada de un poder neutral, mediador, regulador y tutelar. El Pre-

EL PRESIDENTE, DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

sidente 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 el repertorio de atribuciones del Jefe del Estado, que formuló ya B. Constant¹⁷⁵. 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 protección de la Constitución del Reich frente a los Territorios, y, por último, la protección 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. Página 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 importante: 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. págs. 277-78), que

¹⁷⁵ *Oeuvres politiques*, op. cit. página 18.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

«opinaba lo mismo respecto a la cuestión presidencial». Todavía prevé con más claridad que Preuss el Estado pluralista de coalición de partidos, y 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 interín 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 daba la diversidad de resortes que existen en Alemania no podríamos lograr sin Presidente una unidad completa. Alguien debemos tener que cumpla los deberos representativos, que establezca relaciones con todas las partes del País, 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 protector 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 *régnar* cuanto se les priva de *gouverner*. A los comentarios hechos en mi «Teoría constitucional» (págs. 351-52) debo añadir todavía que desde este punto de vista era muy justi-

EL PRESIDENTE, DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

ficable 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»¹⁷⁶. Cuando el Presidente del Reich, en lugar de proceder en

¹⁷⁶ A. FEILER, «Frankfurter Zeitung», 10 de enero de 1929, núm. 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 el 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» (pág. 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 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) página 466. El mismo GLUM, en su trabajo: *Parlamentskrise und Verfassungslücke*, DJZ. de 15 de noviembre de 1930, páginas 1417-18, designa al Presidente del Reich como «protector de la Constitución» y extrae de ello consecuencias prácticas tan amplias, que en comparación con ellas podría parecer como de una naturalidad casi anodina de la actividad mediadora del Presidente del Reich en diciembre de 1928.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

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 doctrina¹⁷⁷. 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 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

¹⁷⁷ H. POHL, *Hab. deutsch. Staatsrechts* 1, página 502. Como ejemplo de la época del mandato presidencial de EBERT, cfs. 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 protector 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 producido en R. JOECKLE, *Bayern und die grosse politische Krise in Deutschland im sommer 1922*, «*Politische Zeitfragen*», fasc. 7-11, pág. 237, Munich 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 el artículo 48, o bien que debió tolerar la conducta de Baviera y abstenerse de enviar semejante carta.

EL PRESIDENTE, DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

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 Guerra¹⁷⁸.

2. ESPECIAL IMPORTANCIA DEL «PODER NEUTRAL» EN EL ESTADO PLURALISTA DE PARTIDOS, EVIDENCIADA MEDIANTE EL EJEMPLO DEL ARBITRO 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 Reich, puede explicarse, por consiguiente, con ayuda de la teoría de un «poder neutral, mediador, regulador y tutelar». Más allá de este sector todavía, 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

¹⁷⁸ 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, sugerencia e intervenciones personales, cfs. f. barón mariscal VON BIEBERSTEIN, *Hanbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. I, página 531. Sería ilógico sacar el artículo 50 la conclusión de que el Presidente del Reich, como tal, sólo debe formular declaraciones que sean «disposiciones y órdenes». Cfs. H. POHL, op. cit. página 484 (de un modo impreciso) R. THOMA, íd. Página 508.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

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 (págs. 133 y s). 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, sería árbitros del contrato constitucional, que por medio de nuevos compromisos podría modificar en la misma forma que lo han estipulado, y se hallarían unas con respecto a otras situadas frente a frente como poderes políticos autónomos. Así, lo que todavía existe de una unidad política no sería sino el resultado de una alianza, estipulada (como toda 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»¹⁷⁹. Esto significaría una guerra civil, si las agrupaciones de amigos y enemigos, que son decisivas, plasmaran en la política interior en lugar de plasmar 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

¹⁷⁹ CARL SCHMITT, *Staatsethik und pluralistischer Satz*, «Kant-Studien», vol. xxxv (Berlín 1930), página 41.

EL PRESIDENTE, DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

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 contrapuestos, en posesión de un cierto espíritu de objetividad y de una cierta amplitud de miras, se halla en condiciones de inclinar la balanza a 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 patrones (*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 períodos «en que los partidos de lucha se hallan en situación de equilibrio»). Ottho Bauer desarrolló, después del año 1919, la teoría de la «estructura del equilibrio social» en el moderno Estado industrial¹⁸⁰, utilizada por Otto Kirchheimer en una construcción teórica muy interesante en los aspectos político y constitucional¹⁸¹. La situación de

¹⁸⁰ OTTO BAUER, *Bolschewismus und Sozialdemokratie*, 3.^a ed., Viena 1921, página 114; *Die österreichische Revolution*, Viena 1923, página 196 (la época del equilibrio de las fuerzas de clase); «*Der Kampf*», XVIII, páginas 57 y s.; K. KAUTSKY, *Die proletarische Revolution und ihr Programm*, Berlín 1929, página 100; MAX ADLER, *Politische oder soziale Demokratie*, Berlín 1927, páginas 112 y s.; en el aspecto crítico, especialmente ARKADIJ GURLAND, *Marxismus und Diktatur*, Leipzig 1930, páginas 95 y s.- Lo mismo que ocurre con la citada definición liberal de la democracia, de KELSEN (pág. 25), esta construcción social-democrática del equilibrio ha olvidado desde hace mucho tiempo sus nexos sistemáticos, y carece ya de aquella «ofensiva claridad» que caracterizaba a MILL.

¹⁸¹ *Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus*, «*Zeitschrift für Politik*», XVII (1928), página 596-97: «La paradoja se ha convertido en realidad, el valor de la decisión radica en ser una decisión jurídica, pronunciada por una instancia reconocida por todos, pero, a pesar de esto, es lo menos posible una decisión concreta.»

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

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 Territorios¹⁸². 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).

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

¹⁸² 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; cfs. A. DIX, *Reichstagswahlen und Volksgliederung*, Tübingen (*Recht und Staat*, núm. 77) 1930, página 37; E. SAEMICH, *Wer vertritt das Volk?*, en la revista «*Die Tat*», marzo de 1930, páginas 920 y s. Respecto de Sajonia, que como país industrial reviste especial interés, se consigna en el trabajo de THÖRNIG, *Das sächsische polizeiwesen*, Berlín 1928, página 38 —aunque no con intención sistemática, pero más importante todavía, 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. Su 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.»

EL PRESIDENTE, DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

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 pensadora 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, cuya analogía con el derecho obrero son innegables¹⁸³, este proceso ha dado lugar a una copiosa bibliografía y a una jurisprudencia amplia, en la que los buenos servicios representan el primer estadio inferior, a saber, es 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 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 cívico constitucional del siglo XIX se signó 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 de la pauta, cuando los dos complejos de intereses igualados entre sí no llega a un acuerdo, sino que se mantienen mutuamente en situación de

¹⁸³ Anteriormente, en las páginas 92 y 113, se ha 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, páginas 400 y s. (*Werdende Rechte, Betrachtungen über Streitigkeiten und Streiterledigung im Völkerrecht und Arbeitsrecht.*)

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

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 tercer 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 fuerza e intereses en litigio, se neutralizan mutuamente, y su más y su 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 fuera¹⁸⁴. 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

¹⁸⁴ 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 forzada» en el sentido de TRIEPEL. Lo único que no comprendo es por qué razón BILFINGER agrega e esta afirmación objetiva y exacta el aditamento de «formalmente comprendida» (*Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, vol. 1 Tübingen 1930, página 550, nota 30).

EL PRESIDENTE, DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

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 queda 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 de 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, RGB1, I, pág. 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 ellos se localiza el problema de la decisión colegial y, al parecer, pierde importancia de principio. Por lo demás, y precisamente en esta sentencia, manifiesta el Tribunal Supremo del Trabajo que según el pro-

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

yecto 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, decidida con el suyo; expresamente se rechaza la concepción manifestada, tanto en la bibliografía 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 principios 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 veamos 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 Trabajo 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 ese 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»¹⁸⁵. Haymann

¹⁸⁵ E. JACOBI, «JUR. WOCHENSCHRIFT» vol. 58, 1929, página 1278; E. HAYMANN, *Die Mehrheitsentscheidung in Rechtsprechung und Schlichtung und der Schiedsspruch im Ruhreisenstreit*, Berlín y Leipzig 1929, páginas 9, 14 y s. D. SCHINDLER, op. cit., página 416. La serie propuesta por H. HERRFAHRDT: administración autónoma, comunidad de trabajo, régimen arbitral, tiene la ventaja de destacar el nuevo problema político; sin embargo, no la considero relevante 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, cfs. 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, pág. 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 los 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».

EL PRESIDENTE, DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

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, 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 permitió 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

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

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 solo 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 norma 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 voluntad política¹⁸⁶.

¹⁸⁶ 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 del 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; dispuesta, 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 que 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.

EL PRESIDENTE, DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

Cuando este sistema logra imponer en el procedimiento de conciliación los mismos resultados que en el parlamentarismo, esto es, cuando consigue convertir 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 (RGB1. I, pág. 1), se prefiere 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 solo 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 plura-

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

lista no haya provisto todavía todos los resortes del conjunto estatal, y en tanto, además, que los múltiples partidos se cohíban y limiten mutuamente, y que su heterogeneidad filosófica, económica y de otra índole robustezca todavía esta recíproca limitación; pero, sobre todo, en tanto 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 funcional, 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» separa 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

EL PRESIDENTE, DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

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 Service», o la de un funcionario técnico. Más bien ha de proseguir en el Estado democrático la gran tradición de la burocracia profesional alemana¹⁸⁷. Eliminando el funda-

¹⁸⁷ Acerca de la «nueva misión de la burocracia» en Alemania; A. KÖTTGEN, *Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie*, Berlín 1928, página 243; «*Sächsische Schulzeitung* » año 96 (Dresde, noviembre de 1929) páginas 757 y s. y 825 y s. (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), página 15; además E. ZWEIGERT, *Der Beamte im neuen Deutschland* en «*Volk und Reich der Deutschen*», edit. por B. HARMS, Berlín 1929, VOL. II, página 647: «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». ZWEIGERT habla allí también 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, pág. 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 ese momento. También reviste interés máximo el trabajo de ERNST MICHEL, *Das Beamtenproblem*, en la revista «*Deutsche Republik*» año III (agosto 1929), páginas 1501 y s., porque MICHEL reconoce y advierte la transformación anteriormente descrita (pág. 135) que radica en la «autoorganización de la Sociedad», y no se hace ilusiones acerca de la posibilidad de vivir en un «Estado social paulatinamente politiquizado». En este «Estado total», como yo diría, considera que la burocracia está llamada «a ser, en medio del revolucionamiento 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. KÖTTGEN, de la obra de G. LEIBHOLZ, *Der Begriff des Repräsentation*, «*Arch. d. öff. Rechts*», VOL. 19 (1930), página 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: cfs. *Verfassungslehre*, página 213.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

mento monárquico y suprimida también la distinción entre Estado y Sociedad, dicha continuidad sólo es posible sobre nuevas bases. Esta se hallan establecidas 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 la vía plebiscitaria que domina el elemento plebiscitario de la Constitución.

De este modo se crea la única posibilidad imaginable es una Constitución democrática, de una instancia independiente sin la cual no puede existir ningún protector de la Constitución. «Independencia» es la premisa fundamental, y todas las propuestas que se hace de un defensor de la Constitución se basan en la idea de crear una instancia independiente y neutral. Ahora bien, en la mayoría de los casos no se percibe con claridad y de modo bastante sistemático cuantas «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

EL PRESIDENTE, DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

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 alemán¹⁸⁸. Tenemos, además, la independencia del diputado parlamentario, según el artículo 21 RV.¹⁸⁹, 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.¹⁹⁰, además, una independencia del asesor y del perito,

¹⁸⁸ Artículos 118, 119 de la Ordenanza de presupuestos del Reich.

¹⁸⁹ Cfs. a este particular *Verfassungslehre*, página 255.

¹⁹⁰ KARL ROTHNBUCHER, en el informe para el congreso de profesores alemanes de derecho político en Munich, 1927, publicaciones de la Asociación de profesores alemanes de derecho político, fasc. 4, páginas 32 y s.; R. SMEND, íd. Páginas 56 y s.; W. A. E. SCHMIDT, *Die Freiheit der Wissenschaft* (estudios relativos a la Constitución del Reich, editados por W. JELLINEK, fasc. 3), Berlín 1929, página 126 y s.; F. barón mariscal VON BIEBERSTEIN, *Die Gefährdung der deutschen Universität*, en la revista «*Die Tatwelt*», Jena, julio-septiembre 1929, páginas 92 y s. 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 página 153; sin embargo, convendría distinguir con más precisión las diversas especiales de imparcialidad, ultraparcialidad y neutralidad anteriormente aludidas, págs. 182 y s.). Acerca de la *ratio* de la ciencia autónoma, se expresa muy acertadamente E. SPRANGER, *Das Wesen der deutschen Universität* («*Akademisches Deutschland*», 1930 III 1, página 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 supraindividual de la investigación de la verdad». La garantía de la libertad científica de enseñanza en el artículo 142 RV. es una garantía institucional (*Verfassungslehre*, págs. 172, y de acuerdo con ella ANSCHÜTZ, *Kommentar*, pág. 572, F. GIESE, *Kommentar*, página 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, cfs. las interesantes manifestaciones de LORENZ VON STEIN, *Lehrfreiheit, Wissenschaft und Kolleggeld*, Viena 1875 (libertad de enseñanza como libertad de discusión, estipendio como garantía de la independencia y de la libertad).

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

como resulta de la naturaleza de su función¹⁹¹. Las tendencias neutralizadoras anteriormente aludidas (págs. 166 y s.) 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 se ala 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.).

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 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 eco-

¹⁹¹ A. BERTRAM, «*Zeitschrift für Zivilprozess*», vol. 28, página 421, 1928: «En el ámbito de la administración el asesoramiento adquiere, en absoluto, una posición especial, en cuanto que el informe, por naturaleza, no telera 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.»

EL PRESIDENTE, DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

nómicos 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 un intensificación de las garantías que los artículos 129-30 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.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

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 erro de considerar despolitiquizadas todas las cuestiones o litigios constitucionales, en cuanto su resolución se encomienda a un Colegio de jueces profesionales. Ahora bien, cuando por tales casusas se demandan 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 sujeción¹⁹². 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 instancia judicial como a una instancia 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 otros organismos 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 simple ley, 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 Tribu-

¹⁹² Cfs. anteriormente, páginas 90-92.

EL PRESIDENTE, DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

nal Supremo de los Estados Unidos¹⁹³. Sería, finalmente, muy oportuno requerir que los cargos de un Tribunal de tal género sólo fuera provistos a propuesta del Presidente o del Colegio entero¹⁹⁴ o que en absoluto sólo pudiera completarse por el método de cooptación¹⁹⁵. 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 Político Constitucional, no se persigue en realidad otra cosa que fundar, frente a los apetitos y a los negocios de la política de partido, una instancia neutral y política, creando una cierta «permanencia»¹⁹⁶, es decir, una estabilidad¹⁹⁷. El protector de la

¹⁹³ Así, el caso DRED-SCOTT, de la época de las luchas para la abolición de la esclavitud (CHARLES WARREN, *The Supreme Court in the United States*, Boston 1924, III, págs. 22 y s.), o los *Legal Tender Cases* de la época de la depreciación monetaria durante las guerras de Sucesión (op. cit., pág. 244), cfs. anteriormente, página 45; también es muy digno de tenerse en cuenta el juicio que acerca de los funcionarios formula GNEIST sobre este particular (cfs. anteriormente, pág. 76, nota 52).

¹⁹⁴ 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, núm. 155) ha encomendado G. LASSAR un derecho análogo de propuesta, en su trabajo *Das Reichsverwaltungsgericht, eine Kritik des Regierungsentwurfs*, Berlín 1930, página 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.

¹⁹⁵ KELSEN en su *Informe*. Publicaciones de los Profesores alemanes de Derecho político, fasc. 5, página 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 al régimen de cooptación, cfs. nota 36 de la página 244.

¹⁹⁶ Expresión de R. Gneist en su Informe sobre el derecho del control judicial, op. cit. página 23. Gneist rechaza el control que los jueces llevan a cabo en los Estados Unidos de Norteamérica acerca de la racionalidad 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».

¹⁹⁷ 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 a su cargo inamovibles 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.

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 práctica aparece como oportuna o necesaria la independencia y la neutralidad, se pretende implantar 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 protector 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 monar-

EL PRESIDENTE, DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

quías constitucionales alemanas¹⁹⁸. 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 ese 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 XIX, 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 constitucionales 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: traslada 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

¹⁹⁸ Respecto de Francia, cfs. la observación extraordinariamente acertada de MAXIME LEROY, *Les transformations de la puissance publique*, París 1907, página 97: los tribunales francés ocuparon en 1829 el lugar que dejó vacante el *Sénat conservateur*; respecto de Alemania, cfs. el informe varias veces mencionado de R. GNEIST, especialmente el pasaje citado en la página 243, nota 35.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

su vez otras funciones, entre ellas, como indicamos anteriormente (pág. 186), precisamente la de hacer posible una robusta generación de la voluntad política, superando los métodos desintegradores propios de Estado pluralista de partidos. Estas circunstancias suele pasarse por alto con frecuencia a causa de la confusión que existe entre neutralización, despolitización y eliminación de la política de partidos¹⁹⁹, pero se patentiza en seguida tan pronto como se tiene en cuenta 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 sistemático²⁰⁰. El Derecho político alemán conoce, ante todo, la incompatibilidad del cargo del 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 una independencia apolítica²⁰¹.

Por el contrario, la incompatibilidad establecida para los miembros del Tribunal de Cuentas (art. 118 de la Ordenanza de

¹⁹⁹ 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 «eliminación de la política de partidos»; acerca de esta equiparación, cfs. anteriormente, página 178. 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. POPITZ, *Verfassungsrecht und Steuervereinlichungsgesetz*, *Deutsche Juristen-Zeitung* 1929, página 20, Política y política de partidos no son precisamente lo mismo.

²⁰⁰ Interesan principalmente las incompatibilidades parlamentarias, de las que se ha ocupado WERNER WEBER, *Arch. d. öff. Rechts*, N. F., vol. 19, 1930, páginas 161-254.

²⁰¹ Muy acertadamente se manifiesta W. WEBER, op. cit. página 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.»

EL PRESIDENTE, DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

Presupuestos de Reich) se propone evitar los riesgos de una contaminación política. En otros casos, ya tratados, de incompatibilidades, se tiene 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 general²⁰². Naturalmente, para los componentes del Tribunal de Justicia Constitucional se han establecido incompatibilidades muy severas incluso en aquellos casos en que, por otra parte, tan poco desarrollados está el sentido de las divisiones claras y precisas²⁰³.

En los distintos casos de «independencia», se ha de tener en cuenta la circunstancia de si la independencia sólo ha de procu-

²⁰² EUGEN SCHIFFER, *Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des deutschen Rechtswesens*, 1928, página 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»; cfs. además, la fundamentación desarrolladas en la página 53 acerca de la independencia del cargo de juez respecto de la política. Cfs., además, A. KÖTTGEN, *Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie*, Berlín 1928, página 105 y s., y *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, VOL. 2, páginas 17 y s. Otras referencias bibliográficas en W. WEBER, op. cit. páginas 208 y s.

²⁰³ Artículo 4, ap. 2 de la Ley general sobre el Tribunal de Justicia Constitucional, de 9 de abril de 1921, RGB1.: «Son elegibles todos los alemanes que han cumplido los treinta años. Los miembros del Gobierno del Reich, del Reichstag, del Consejo de 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, cfs. 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 miembros de una de las citadas corporaciones legislativas». (Epstein, pág. 21); artículo 147, ap. 4 de la Constitución federal austriaca, en su redacción de 7 de diciembre de 1929 («Bundesgesetzbl.», 1919, página 1323). De otro modo se expresan el artículo 70 de la Constitución bávara y el artículo 2, núm. 3 de la ley de 11 de junio de 1920.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

rar 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 apolítica²⁰⁴. Tiene, sin embargo, gran importancia del 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» (artículo 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 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»²⁰⁵.

²⁰⁴ A mi juicio, RUDOLF SMEND va demasiado lejos cuando dice (*Verfassung und Verfassungsrecht*, págs. 69 y s.), 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.

²⁰⁵ A diferencia de F. GLUM, *Der deutsche und der französische Reichswirtschaftsrat*, «Beiträge zum öffentlichen Recht und Völkerrecht, fasc. 12, páginas 25 y s.» 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. Cfs. también, anteriormente, página 123, nota. Acerca del Consejo Supremo de Economía como órgano asesor y consultivo (en oposición a un Parlamento económico) cfs. W. HAUBOLD, *Die Stellung des Reichswirtschaftsrates in der organisation des Reiches*. Disertación de la Escuela Superior de Comercio de Berlín, 1931.

EL PRESIDENTE, DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

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 aun llegan a hacer imposible un normal funcionamiento del Estado legislativo. Antes de instituir un Tribunal para cuestiones y conflictos de alta política, como protector 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 protector 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 mayores parlamentarias) como también el género de sus atribuciones (las que le competen según el artículo 45 y s. 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 aprobación 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 protectora 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

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

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 Presidente 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 protector 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 el sino del Jefe del Estado, en la Europa republicana, 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. Más es lo cierto que la Constitución de Weimar emprende su interno 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

EL PRESIDENTE, DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

en los momentos decisivos, aun sobre las disensiones pluralistas. La Constitución procura especialmente dar a la autoridad del Presidente del Reich posibilidades para enlazarse de modo director con esta voluntad política del conjunto del pueblo alemán y para proceder en consecuencia como protector y guardián de la unidad constitucional y de la integridad de la nación. Sobre el éxito de este intento se ha de fundamental la existencia y la permanencia prolongada del actual Estado alemán.

El estudio *La defensa de la Constitución*, originalmente publicado en marzo de 1929, recogía, elaborados y ampliados los materiales que habían servido a Carl Schmitt para configurar sus tesis centrales sobre el Defensor de la Constitución.

El pensamiento constitucional de Schmitt se desarrolla en abierto diálogo con el estado de derecho y la democracia parlamentaria. En este sentido y llevado el argumento hasta sus últimas consecuencias; lo que Carl Schmitt hace no es otra cosa —como ha señalado Fijalkowski— que analizar los fundamentos ideales, objetivos históricos y las repercusiones fácticas de los movimientos políticos-sociales orientados hacia el Estado de Derecho, para de este modo construir un modelo y formular una serie de principios sobre los que se asienta la realidad política y jurídica liberal.

La transformación del Estado liberal de Derecho clásico en Estado social de Derecho hace que el constitucionalismo moderno deje de ser sólo un instrumento protector del individuo frente al poder. Junto al elemento y a la función garantizadora aparecen el elemento y la función transformada de las Constituciones. ¿Cómo se puede compaginar la Justicia Constitucional, como guardián de la Constitución, que requiere y presupone —según las propias palabras de Kelsen— una normativa constitucional clara y precisa con estas características que son comunes a los nuevos y más modernos ordenamientos constitucionales?

En estas circunstancias —escribe Pedro de Vega en su prólogo a la presente edición— se puede afirmar que las cuestiones y problemas que afectan a la fundamentación, legitimidad y coherencia de la Justicia Constitucional con el resto del sistema político democrático distan mucho todavía de haber logrado una solución definitiva. De ahí la actualidad de la obra de Schmitt, considera como una de las exposiciones más lúcidas de la Teoría constitucional liberal.