

MANESCO - ADVOCACIA
TOMBO: 456
CDU:
PHA:
EX:

RD
PI

Revista de Direito Público

ISSN 0034-8015

Repositório de Jurisprudência autorizado
pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, sob n. 005/85 e pelo
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, sob n. 14 (Portaria n. 8/90).

Fundador: Ataliba Nogueira

Diretores: Geraldo Ataliba e Celso Antônio Bandeira de Mello

Antigos Conselheiros: Ataliba Nogueira, Cândido Motta Filho, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Pontes de Miranda, Rubens Gomes de Sousa, Ruy Cirne Lima, Victor Nunes Leal.

Conselho de Orientação: Almiro do Couto e Silva, Caio Tácito, Carlos Mário da Silva Velloso, Dalmo Dallari, Hely Lopes Meirelles, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, Josaphat Marinho, José Francisco Rezek, Lauro Malheiros, Lourival Villanova, M. Seabra Fagundes, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Michel Temer, Miguel Reale, Paulo Neves de Carvalho, Raul Machado Horta, Sérgio Ferraz, Vicente Marotta Rangel.

Comissão Editorial: Adílson Dallari, Antônio Carlos Cintra do Amaral, Carlos Ayres Britto, Carlos Roberto Martins Rodrigues, Carlos Roberto Pellegrino, Celso Seixas Ribeiro Bastos, Eduardo Domingos Botallo, Elizabeth Nazar, Fernando Antônio Albino de Oliveira, Francisco Octávio de Almeida Prado, Homar Cais, José Afonso da Silva, José Manoel de Arruda Alvim Netto, Lúcia Valle Figueiredo, Luiz Carlos Bettiol, Maria Helena Diniz, Paulo de Barros Carvalho, Pedro Luciano Marrey Júnior, Pérsio Oliveira Lima, Régis Fernandes de Oliveira, Roberto Rosas, Sérgio Andréa Ferreira, Sérgio Lazzarini, Sônia Corrêa da Silva, Torquato Lorena Jardim, Valmir Pontes Filho.

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros

Redação e administração: Rua Conde do Pinhal, 78 — Tel. (011) 37-2433
— Fax (011) 37-5802 — 01501-São Paulo, SP

Tiragem: 5.000 exs. — Área abrangida: todo o território nacional.

OS ACÓRDÃOS PUBLICADOS EM TEXTO COMPLETO CORRESPONDEM, NA ÍNTEGRA, ÀS CÓPIAS RECEBIDAS DAS SECRETARIAS DOS RESPECTIVOS TRIBUNAIS.

Os colaboradores da RDP gozam de inteira liberdade de opinião, respondendo pelos conceitos emitidos em trabalhos assinados.

Uma edição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Cx. Postal 678
Tel. (011) 37-2433 — Fax (011) 37-5802
01501 - São Paulo, SP, Brasil.

ORÇAMENTO — III *

ÁLVARO RODRIGUES BEREIJO

Magistrado do Tribunal Constitucional da Espanha —
Catedrático na Universidade Autónoma de Madrid

EL DERECHO DEL PRESUPUESTO EN LABAND. ANALISIS CRITICO

§ 5.º Planteamiento e ideas introductorias. Los presupuestos metodológicos de la obra de Laband

Es bien sabido que el Derecho Presupuestario ha constituido desde sus albores históricos, en la sociedad esta mental de la Edad Media y el primer constitucionalismo inglés (**no taxation without representation**), la piedra angular y el fundamento de los derechos de la representación popular. Ha sido esta trascendental colocación del instituto del Presupuesto dentro de los poderes del Estado, su función — esencialmente política — de control en manos de la representación popular y de garantía de su participación en el ejercicio del poder, lo que ha hecho, desde siempre, del Derecho del Presupuesto una materia jurídica muy politizada (acentuada en épocas de conflicto entre los poderes del Estado, como el conflicto prusiano de 1862-1866 que el propio Laband había vivido).

En este sentido el propósito de Laband al escribir su *Das Budgetrecht* en 1871 se separaba profundamente del punto de vista acerca del conflicto constitucional prusiano que se resumía en el "realismo político" — que el propio Canciller Bismarck había formulado con rotunda claridad al decla-

rar: "estos conflictos, puesto que la vida del Estado no puede paralizarse, se convierten en cuestiones de poder; quién tenga el poder en sus manos proseguirá su camino, ya que la vida del Estado no puede detenerse ni siquiera un momento" — que venía a reducir el derecho a lo político.

Frente a la opinión sustentada por Jellinek,⁵⁵ para quién la solución histórico-política de los conflictos constitucionales "no puede resolverse sobre la base de reglas jurídicas, toda vez que aquí el derecho formal colisiona con las condiciones de existencia del Estado"; el planteamiento, el sentido último, que Laband dió a toda su obra iuspublicista que va desde su *Budgetrecht* de 1871 hasta su *Staatsrecht des Deutschen Reiches*, de 1876, es precisamente — y en conformidad con su concepción positivista formalista — tratar de reducir lo político al Derecho, o mejor todavía, "el intento de transformar las relaciones de poder político y social en relaciones de derecho", disolviendo el poder en el Derecho.⁵⁶ Su propósito es separar la teoría jurídica del Presupuesto de los aspectos políticos e históricos con los que a menudo se mezclaba en los escritos de la época del conflicto cons-

* Extraído do livro *Gobierno y Parlamento en la Formación del Derecho Presupuestario*. V. 1.ª e 2.ª partes nos vols. 94/18 e 95/5.

titucional prusiano y que, a su juicio, enturbiaban la clara percepción de aquélla; pues, como él decía: "Esta exaltación, eminentemente política del Derecho presupuestario, haciéndolo sobresalir de las restantes teorías jurídico-públicas, no ha sido en modo alguno beneficiosa para el conocimiento desapasionado y objetivo del mismo. Los deseos y afanes políticos consiguieron imponerse y llevar la confusión a la concepción jurídica, pese a los esfuerzos hechos para mantenerse en el plano del Derecho positivo. La vinculación de los ideales políticos a las deducciones del Derecho positivo es causa de los mayores perjuicios tanto para la Política como para el conocimiento del Derecho".^{56 bis}

Con el fin de depurar el Derecho público de todo lo político, lo histórico, y lo filosófico, Laband — siguiendo los principios metodológicos de Gerber, que había sentado las bases de la Dogmática alemana del Derecho público — parte de la necesidad de la **construcción jurídica**: esto es, que lo jurídico puede ser comprendido únicamente a partir de lo jurídico.^{57 e 58} El propio Laband definió su **método estrictamente jurídico**, positivista y formalista, en un pasaje que es una síntesis perfecta de su posición: "el papel científico de la dogmática, en un Derecho positivo determinado, consiste en analizar las formas jurídicas, en reconducir los conceptos particulares a los principios más generales y en deducir de estos principios las consecuencias que implican. Todo ello — abstracción hecha de la exploración de las normas de Derecho positivo, del conocimiento profundo y del completo entendimiento de la materia de que se trata — es un trabajo de espíritu puramente lógico. Para cumplir esta tarea no existe otro medio que la lógica; nada puede reemplazarla aquí;

todas las consideraciones históricas, políticas y filosóficas, tan preciosas en sí mismas, no tienen importancia para la dogmática de un Derecho concreto y muy a menudo no sirven más que para encubrir la falta de trabajo sistemático".⁵⁹

La escuela del pensamiento jurídico que encarna Laband, cuya comprensión me parece necesaria para el pleno entendimiento de su obra, puede resumirse en los siguientes rasgos definitorios:⁶⁰

El Derecho se agota en las normas jurídicas. No hay más normas jurídicas que aquellas en que se traduce el Derecho positivo, y el único Derecho positivo es el vigente. Como decía el propio Laband: "me es imposible adherirme a la opinión de quienes asignan a la dogmática un papel distinto del de fundamentar sólida y concienzudamente el Derecho positivo, mostrándolo dominado lógicamente por principios superiores".

El jurista ha de ocuparse sólo de las formas jurídicas. Los conceptos jurídicos deben excluir todo elemento que no sea puramente formal. El contenido del Derecho, su aspecto sustancial, no cuenta para la ciencia jurídica. Por consiguiente, todo elemento histórico, ético, sociológico o político queda fuera de su campo de acción.⁶¹

El fin del Derecho, el elemento teleológico, es metajurídico. La finalidad a que sirve una técnica jurídica está más allá de su propio concepto. En consecuencia, el Derecho público debe mantenerse alejado de toda valoración política.

El Derecho es un sistema articulado lógicamente en conceptos jurídicos generales y constituye un **ordenamiento "cerrado", carente de lagunas, como el orden de la naturaleza.** "No puede confundirse — dice Laband — una

laguna en la Ley constitucional con una laguna en la Constitución del Estado. Esto último es un concepto imposible: las leyes pueden ser incompletas, pero el ordenamiento jurídico, como el orden de la naturaleza, no puede tener una laguna".⁶² Ahora bien, en Laband esta idea tenía, al mismo tiempo, el carácter de una defensa fervorosa y a ultranza del sistema político establecido en Alemania por aquellos años. Identificar la Constitución del Estado con el orden de la naturaleza, como sostenía Laband, tendía a hacer inamovibles, intocables e immanentes el orden social, político y económico establecido en que estaba asentada la Constitución del Imperio Alemán de 1871. Por lo demás, convertía la labor del jurista que interpretaba la Constitución en la de un exegeta que se limita a interpretar e integrar el ordenamiento positivo vigente, pero vedando toda posibilidad de que dicha tarea sea superadora del propio sistema establecido. Es decir, tendía a vetar toda posibilidad de interpretar la Constitución del Imperio Alemán en otras claves políticas (precisamente las democráticas parlamentarias) distintas de las autoritarias (monárquico-conservadoras) que habían presidido su formulación.

Por otra parte, implicaba situar la Constitución del Estado fuera de toda conexión con la realidad (económica, política y social) y con la historia. El ordenamiento jurídico estatal, lo mismo que el orden natural, no puede ser estudiado desde fuera del mismo, sino únicamente como algo dado, immanente e inmutable en sus principios y en su lógica interna. Es decir, sólo las leyes que forman el ordenamiento jurídico, la Constitución del Estado, pueden integrarse, completarse; en una palabra ser perfectibles. Pero el orden jurídico, la Constitución del Estado

mismo, no pueden ser objeto de integración por el jurista. El orden jurídico del Estado ha de ser estudiado desde dentro, en la propia lógica interna de sus normas, de sus conceptos, de sus categorías; en sus leyes y en sus principios positivos, pero nunca más allá del mismo. Bien podría decirse que esta asimilación o identificación Labandiana del ordenamiento jurídico con el orden natural lleva, para el jurista, a la conclusión metódica de que lo que no está en la Constitución del Estado no está en el mundo.⁶³

Desde luego que está implícito en el pensamiento de Laband que cabe estudiar el Derecho estatal o público desde planteamientos políticos, económicos, históricos o filosóficos, en los que las consideraciones anteriores no serían pertinentes; pero no se tratará ya del estudio del Derecho público con arreglo al estricto método dogmático-jurídico. Es decir, para Laband eso es salirse del campo de la ciencia del Derecho, para entrar en el de la Sociología, de la Historia, de la Filosofía, de la Economía o de la Ciencia Política.

Por otra parte, hay que anotar que los presupuestos metodológicos de la obra de Laband no fueron ajenos a la original plasmación que el liberalismo, con sus tres corrientes de racionalismo, normativismo y constitucionalismo, tuvo en Alemania: la idea del *Rechtstaat*, que será la gran fórmula ideológica del liberalismo jurídico alemán de los Stahl, Gneist, Mohl y Von Stein traductora de la realidad política alemana y del compromiso entre la burguesía liberal con la aristocracia y terrateniente conservadora. La idea de la autolimitación del Estado por medio del Derecho tendrá una plasmación en el modelo alemán diferente del pensamiento liberal francés (teoría de la

soberanía popular y separación de poderes) o del inglés (*Rule of Law*); ello debido, fundamentalmente, a la diversa concepción de la soberanía imperante en esos países durante el liberalismo clásico. "Para el pensamiento alemán, la soberanía pertenece al Estado, el cual, sin embargo, se personaliza en el Monarca, que es el verdadero habitante de ella. La versión jurídica idealista del problema político de la soberanía anmascara, pues, la estructura autoritaria con que surge el *Reich*, mediante el equívoco de la relación entre el poder personal del monarca (y de la aristocracia agraria, que no sólo se apoya, sino que lo condiciona al proporcionarle las clases burocrática y judicial) y las estructuras democráticas y representativas. Estas se reservan a la actividad del Parlamento, que no constituye, empero, la suprema autoridad del Estado, sino que aparece condicionado por la monarquía, por el gobierno, por la burocracia y por la magistratura, es decir, por el poder ejecutivo y judicial, los cuales continúan firmemente retenidos en las manos de la nobleza agraria y de la burguesía industrial".⁶⁴

Como dice acertadamente Rubio Llorente,⁶⁵ fué más la imposibilidad de acoger en la realidad germánica del siglo XIX el principio de soberanía popular — por razones de conveniencia política en aras del *monarchische prinzip* — que las exigencias de una supuesta "pureza" metodológica en la construcción del Derecho público, que depurase a éste de elementos metafísicos (políticos, económicos, históricos, filósofos . . .), lo que obligó a relegar al limbo de lo metajurídico las dos notas esenciales de la Constitución, según los postulados del constitucionalismo liberal revolucionario de 1789: la división de poderes y la garantía de los derechos fundamentales.

En la idea del Estado de Derecho de la doctrina alemana estaba implícito el propósito de hacer del Derecho una realidad autónoma separada de la política, convirtiendo las relaciones de dominación entre el Estado y los individuos en relaciones jurídicas, lo más recíprocas que fuera posible y apartando del Estado de Derecho todo elemento que no fuera estrictamente jurídico. Los límites del poder del Estado que se encierran en la Constitución, ya no están más allá del mismo Estado en unos valores políticos o en unos principios de justicia a los que aquél debe plegarse y cuya justificación es precisamente realizarlos, sino que son ahora algo que deriva del Estado mismo, un proceso de autolimitación que se basa en una razón puramente técnica: el Estado sólo es posible mediante el Derecho y éste sólo es eficaz cuando el mismo Estado sujeta a él su actividad.⁶⁶ Ahora bien, eso presupone — y en ello han insistido Triepel y Hermann Heller — trazar una tajante separación, artificial por demás, entre Política y Derecho público, haciendo del Derecho únicamente una hipótesis abstracta, es decir algo irreal. Como dice Heller, supone entender que la teoría del Estado y el Derecho Político "tendrían como misión estudiar el orden estatal en reposo", el Estado "como algo fijo y regulado", mientras la Política se ocuparía del Estado "en su vivir". Supone, en definitiva, negar al Estado y al Derecho la condición de realidad histórico-política. Esto es lo que vino a hacer más tarde Kelsen,⁶⁷ llevando a sus últimos extremos la doctrina dominante de Gerber, Laband y Jellinek, "al convertir al Estado, como observa Heller, en un orden normativo ideal, según los postulados de la ciencia del sentido y al absolutizar, estimándolas como trascendentes de la historia, a

las formas jurídicas, privadas en lo posible de contenido”.

“Este cambio se explica, como observa certeramente Garcia Pelayo,⁶⁸ por la distinta función que tenía que cumplir la teoría del Derecho Constitucional, pues una vez asentado y asegurado el régimen liberal burgués, tal teoría ya no precisaba — como en los tiempos en que el nuevo régimen pugnaba por afirmarse frente a los poderes históricos — ser un medio de conocimiento al servicio de una transformación, al modo de la primitiva doctrina constitucional fundada en el iusnaturalismo y tan mezclada con estimaciones políticas, sino simplemente un medio de explicación de una realidad cuyo contenido aparecía como indiscutible y definitivamente afirmado”.

Además, en esta manera de pensar hay una falacia que oculta una intención política conservadora evidente: argumentar que es necesario separar la Política del Derecho debido al carácter cambiante, fluido, provisional y empírico de los contenidos de aquella en contraposición a la estabilidad y permanencia de las formas de éste — tal era, en último análisis, la premisa formulada por Gerber en 1852 en su obra *Über Öffentliche Rechte*.⁶⁹ Argumentar de esta manera, digo, es asignar solapadamente una función y un objetivo esencialmente conservador y reaccionario a la ciencia del Derecho, pues tal argumento será válido solamente para quién crea en la estabilidad a toda costa de las formas jurídicas establecidas y en la necesidad de conservarlas por encima de todas las transformaciones de la sociedad civil.

Firmemente asentado en los principios metodológicos del positivismo y de la **construcción jurídica**, Laband se aplica a la tarea de elaborar sobre bases teóricas firmes y seguras un De-

recho Presupuestario que, colmando las lagunas de la ley constitucional, ordene y regule las relaciones entre los poderes del Estado y evite que vuelva a reproducirse un conflicto constitucional. Y lo hace con la pretensión de construir — ahora que el tiempo ha ido borrando y enfriando el apasionamiento político que rodeó el conflicto prusiano de 1862-1866, y la victoria del Canciller Bismarck sobre los partidos liberales y progresista permite adoptar una posición de total distanciamiento político respecto del tema a estudiar — una teoría jurídica del Presupuesto imparcial, objetiva y “pura”, esto es libre todo juicio de valor político y asentada sobre los principios del Derecho positivo vigente: “La finalidad e importancia del Presupuesto — nos dirá Laband — consiste precisamente en determinar los derechos recíprocos (del Gobierno y de la representación popular) y en separarlos claramente unos de otros, en proporcionar una regla decisiva para el caso en que se produzca una colisión o una lucha entre intereses diferentes, y, en consecuencia, evitar que la parte más fuerte ejerza una opresión brutal sobre la parte más débil. Sin duda, no es seguro que el derecho lo consiga realmente y que la fuerza no pase sobre él; pero si, por ello, se quiere pretender que no existen principios jurídicos generales que puedan conducir a la solución de un conflicto entre el Gobierno y la representación del pueblo, se quitaría, precisamente, al Derecho Constitucional todo su valor en los diferentes casos en que tiene más necesidad de conservar toda su fuerza”.⁷⁰

Es decir, había llegado el momento de tratar el tema del Presupuesto desde un punto de vista puramente científico, establecer la naturaleza jurídica de la Ley del Presupuesto y deducir

de ella las lógicas consecuencias en orden al derecho de la Cámara de los diputados, a consentir los gastos públicos. Laband insistirá en su *Das Budgetrecht* de 1871 en la misma tesis que ya había expuesto anteriormente, en el año 1862, en pleno conflicto constitucional prusiano, y que constituye el nervio de su doctrina sobre el Presupuesto, a saber: que el Parlamento no tiene un derecho ilimitado a la aprobación de los gastos públicos.⁷¹

Sin embargo, la pretensión de Laband, que proclama paladinamente en la Introducción de su *Derecho Presupuestario*, de neutralidad de la construcción jurídica, totalmente separada de la Política y despolitizada — sublimación de los principios formal-positivistas de la escuela alemana de la Dogmática — esa concepción idealista (e irreal) de la Ciencia por la ciencia misma y del científico como su sumo sacerdote, constituía un velo ideológico tras el que se ocultaba no ya una posibilidad de instrumentalización con fines políticos de una teoría jurídica pretendidamente pura (como así ocurrió de hecho con Laband, cuya teoría del Presupuesto se convirtió en la "doctrina oficial" de la Alemania de Bismarck), de lo que cabía exculpar a su autor, sino más bien una construcción teórica puesta al servicio de la defensa y mantenimiento del *status quo* jurídico-político, esto es del orden social y económico establecido y que, precisamente, se quiere inmutable. Pues, como se ha dicho certeramente,⁷² "las categorías jurídicas, presentadas como elaboraciones conceptuales independientes de los condicionamientos históricos acaban siendo un instrumento para la "valoración" positiva de las relaciones de poder existentes; esto es, acaban dando valor a la realidad tal cual es, vedando cualquier

crítica del modelo de desarrollo social". En fin, es un claro ejemplo de *ideología* en el sentido más riguroso del término, en cuanto expresión legitimadora y defensora en el terreno de las ideas, de las relaciones sociales dominantes en la Alemania de la segunda mitad del siglo XIX. Como dice Walter Wilhelm,⁷³ "la premisa política de la doctrina "jurídica" del Derecho Público de Laband era la afirmación de los principios monárquico-conservadores y de la política antiliberal de Bismarck. En la medida en que el compromiso político entre monarquía y democracia, sobre el que se apoyaba la Constitución del *Reich*, se desenvolvía en la realidad política en el sentido del predominio del régimen monárquico-conservador, la doctrina del Derecho público de Laband acabó necesariamente por obtener el rango de doctrina oficial incontestada".

Este intento de reabsorber lo político en lo jurídico, o si se prefiere de formalización de lo político — común por lo demás a un amplio sector de la ciencia iuspublicista liberal europea en la segunda mitad del pasado siglo — se acomodaba perfectamente al momento histórico-político en que Laband desarrolla su obra: la creación del Imperio Alemán. Una situación política mucho más estable y en el que el proceso de constitución del nuevo Estado alemán puede ser considerado ya por los juristas como un simple "hecho histórico", como un mero presupuesto del que la ciencia jurídica no tiene por qué ocuparse. La teoría del Derecho se pone al servicio de una tarea política muy concreta, como confesará claramente el propio Laband:⁷⁴ "Después de que la realidad de la nueva configuración política de Alemania ha sido realizada, surge la necesidad de expresar conscientemente

en qué ha consistido esta realidad, qué éxito es el que ha tenido. La satisfacción de esta necesidad es la tarea de la ciencia del Derecho". Es la perfecta representación de la antítesis Política-Derecho, como neta separación entre el mundo de las aspiraciones a realizar en el futuro y el mundo de lo ya concretamente existente.

Con el sistema de Laband se llegará a la clara delimitación de los intereses de la ciencia del Derecho público dentro de los límites, claros y precisos, de la *Verwaltung*, y la consiguiente expulsión al campo de la "Política" de toda la problemática concerniente a los nexos entre Estado y Sociedad civil (representatividad de las asambleas electivas, derechos políticos, partidos y asociaciones).

El Estado "jurídico" de Laband, aprehensible tan sólo en términos de lógica-jurídica, y que suponía la definitiva liquidación de toda la función crítica de la representación popular, nació, precisamente, de la debilidad de la representación popular y del movimiento político liberal, que carecían de fuerza en la esfera de la decisión política frente a las fuerzas tradicionales (la Corona y la Burocracia) y representaban más bien un ideal constitucional abstracto falto de apoyos eficaces en las reivindicaciones de la sociedad civil. Toda la "juridicidad" del sistema de Laband, observa Maurizio Fioravanti, se funda en la dimensión "objetiva" y "neutral" de la Monarquía y, sobre todo, del núcleo fundamental de vida de su Estado "jurídico", constituido por el Gobierno y por la Burocracia. Es en este sentido en que él recoge la tradición de todo el siglo, aquella tradición que siempre había visto prevalecer al Monarca y al Gobierno sobre el Parlamento, a la burocracia sobre los partidos, a la administración sobre la po-

lítica. Esta fuerza histórica — portadora en los años 1850 de la reacción política prusiana — se convierte ahora en el necesario punto de referencia de la vida colectiva, en la estructura fundamental que personifica aquéllas certidumbres de fondo que se ponían más allá de las luchas entre los partidos y de los lacerantes conflictos sociales. Aquí, todo dentro de estos límites, está lo "jurídico" de Laband, y aquí está también el secreto del extraordinario éxito de sus obras. Una obra escrita toda ella en posición defensiva, de progresivo encastillamiento en un restringido núcleo de poder; que representa la renuncia de la ciencia jurídica al terreno de la sociedad civil.⁷⁵

Por otra parte, la preocupación fundamental, el hilo conductor de la obra de Laband — sobre todo de su *Staatsrecht* y de su planteamiento metodológico es afirmar la plena existencia jurídica del Imperio y su unidad en cuanto sujeto jurídico. En el fondo de su "método jurídico" está la voluntad de describir el nuevo Estado nacional, el Imperio, como "hecho consumado" e "irreversible", según un modelo que lo fije en la estabilidad de los institutos, de las figuras dogmáticas, depurado de toda valoración política o filosófica. De este modo, Laband puede proponer una concepción del Estado exclusivamente como "ordenamiento jurídico", y construir un sistema del Derecho público alemán que tenga como vértice una única persona jurídica: el Imperio.

El núcleo de toda la obra de Laband descansa en esta idea fundamental: la unidad del Imperio y su supremacía como persona jurídica sobre los Estados que componen la Federación.

En Laband puede verse un nexo entre una visión "individualista" de la sociedad y de todo el sistema jurídico (patente en la trasposición La-

bandiana al "método jurídico" de las categorías del Derecho privado, para construir un sistema de Derecho público exclusivamente jurídico, es decir dogmático-formalista) y una concepción autoritaria del Estado (patente en el principio caracterizador del Estado-persona: el *imperium* (*Herrschen*), es decir el derecho a imponer a personas libres, o a las uniones de estas personas, acciones, omisiones y prestaciones y de constreñirlas a obedecer a los respectivos mandatos). De aquí se derivaban, casi al modo de un corolario del principio del *Herrschen*, los otros motivos de la obra de Laband que aquí nos interesa resaltar especialmente:

De una parte, el rechazo de la teoría de la división de los poderes, por cuanto es incompatible con un Estado dotado de unidad de poder, de *imperium*.

Y de otra, el rechazo de la doctrina, importada de la doctrina iuspublicista francesa y enraizada entonces en Alemania, de la legislación como producto de un "acuerdo" entre Parlamento y Soberano.⁷⁶

§ 6.º La concepción dualista de la ley: Ley en sentido formal y ley en sentido material. Sentido histórico-político de la distinción. Su aplicación a la Ley del Presupuesto

Desde el punto de vista de la lógica interna de su pensamiento, Laband nos presenta invertido su *Budgetrecht*, pues aunque aparentemente, desde una contemplación externa y superficial, la obra se abre con un Capítulo I destinado a demostrar el concepto dualista de la ley y cómo el Presupuesto no es una verdadera ley en el sentido material del término, para concluir con un Capítulo X, que analiza el caso de la no aprobación de la Ley

del Presupuesto, lo cierto es que Laband escribe y concibe su obra al revés, desde una consecuencia: a raíz del conflicto constitucional prusiano y la laguna de la Ley constitucional en este punto, que no preveía el caso de que la Ley del Presupuesto no fuese aprobada; hay que evitar a toda costa que esta situación y sus nocivos efectos (la paralización de la actividad administrativa del Estado) puedan jurídicamente reproducirse.

Para llegar a una premisa: la teoría dualista de la Ley y la calificación de la naturaleza jurídica del Presupuesto como ley sólo en el sentido formal; con la consecuencia de que, jurídicamente, cabe una gestión legal de la Administración financiera del Estado aunque no haya sido aprobada la ley anual del Presupuesto.

La razón de esta inversión está, a mi entender, no en un camuflaje o escamoteo con objeto de ocultar la finalidad política de la construcción, sino en las reglas del método lógico-abstracto propio de la Dogmática jurídica de la escuela alemana del Derecho público al que Laband se ajusta fielmente, y que consiste en deducir de los principios más generales y abstractos las formas de manifestación de los fenómenos jurídicos tal y como se presentan en la realidad. "Con lo cual se demuestra al mismo tiempo la coherencia entre los fenómenos jurídicos y los principios inspiradores del sistema, y la imposibilidad de que en un sistema jurídico puedan existir lagunas, ya que al tener que ser explicados todos los fenómenos jurídicos unitariamente a partir de los principios generales del sistema, la imposibilidad de efectuar esta explicación sólo podría darse mediante la negación del carácter sistemático de la ciencia jurídica. Un sistema jurídico es un todo coherente que

se explica por sí mismo sin necesidad de recurrir a elementos externos".⁷⁷

Examinemos con algún detalle el contenido de la obra de Laband y las líneas maestras de su pensamiento jurídico-presupuestario.

Toda su teoría jurídica del Presupuesto va a girar en torno a una cuestión clave en el contexto jurídico-político del Estado alemán de aquella época, a saber: si era una Ley del Presupuesto, periódica, la que daba al Gobierno el derecho constitucional y obligatorio a percibir los ingresos y realizar los gastos; con otras palabras, si, en ausencia de dicha Ley, la continuidad de la administración era, al mismo tiempo, ilegal y contraria a la Constitución o no. Se trataba, pues, de fijar la naturaleza y el alcance jurídico del derecho constitucional de la representación parlamentaria a la aprobación anual del Presupuesto, aclarando el sentido de la intervención del poder Legislativo en la determinación anual de los ingresos y de los gastos públicos, o más todavía en la política y la administración del Estado.

En definitiva, esto equivalía a plantear en términos jurídicos el problema político que había dividido a la doctrina alemana en los años del conflicto prusiano, esto es: la disyuntiva de si el Gobierno, en ausencia o ante el rechazo de la Ley del Presupuesto por la Cámara representativa, podía o no ejecutar por sí solo el programa de ingresos y gastos del Estado del cual dependía el funcionamiento de las instituciones y servicios públicos, la ejecución de las leyes materiales preexistentes, en fin, toda vida administrativa del Estado.

"Según Laband la cuestión específica del *Budgetrecht* no es un problema de "soberanía" de un órgano sobre otro; no se trata de ligar el análisis de dicho derecho a un tipo especial

de Constitución, sino simplemente de que el Estado en cuanto tal, por la complejidad de las tareas que le están atribuidas, necesita una previsión orgánica de gastos: las Cámaras no están llamadas a proporcionar una sanción constitucional, sino a colaborar en un acto de la Administración estatal (*Staatsverwaltung*); y precisamente en este punto entraba en juego la distinción entre ley en sentido formal y ley en sentido material. Lo que se debe evitar, según Laband, es que la discusión sobre el Presupuesto se transforme, cada año, en un debate político acerca de la soberanía de los dos órganos, en un ataque a las estructuras fundamentales del Estado: la Corona, la burocracia y el ejército.

Lo que, en realidad, Laband quiere afirmar es que el fundamento constitucional del derecho del Gobierno a disponer de los gastos previstos en el Presupuesto que él mismo ha preparado, no depende de la aprobación de las Cámaras, sino que reside en su propio interior, en el hecho mismo de que representa el vértice en que se concreta la estructura fundamental del Estado. Lo que es erróneo, según Laband, es pensar que la acción del Gobierno obtenga legitimidad constitucional por la aprobación de las Cámaras. El hecho es, sostenía Laband, que se pretende aprovechar el tema del "derecho al Presupuesto (*Budgetrecht*) para forzar la letra y el espíritu de la Constitución, para intentar una integración política de ella en el sentido de una monarquía constitucional abierta a una evolución hacia un régimen de gobierno parlamentario".⁷⁸

Para fijar el sentido jurídico que ha de atribuirse a la norma constitucional según la cual el Presupuesto general del Estado debe establecerse o aprobarse anualmente mediante Ley, Laband se apoyará, como punto de par-

tida de su construcción, en un peculiar concepto de ley.⁷⁹

Según Laband, "Ley" es "únicamente la declaración de un principio jurídico, la fijación querida y consciente de una norma", por consiguiente "no es ley toda manifestación de la voluntad estatal, sino solamente aquella cuyo contenido sea un precepto jurídico, una norma para regular o resolver relaciones jurídicas".⁸⁰

De esta manera el concepto de ley se desvinculaba de las formas constitucionales y, más concretamente, del derecho de participación política de la representación popular o instrumento de limitación del poder soberano de los monarcas por parte de las Asambleas o Cámaras parlamentarias, que la doctrina suele asociar a aquél. El concepto de Ley según Laband es un concepto material, esto es por su contenido, con total abstracción de la forma en que el Estado declare esa regla de derecho. Este es el único requisito de su concepto de ley: contener una norma jurídica o declarar una regla de derecho aplicable a una determinada situación de hecho. No es necesario, por lo demás, que esa norma sea general, ni que sea permanente.

Laband apoya su concepción en un análisis de los preceptos de la Constitución prusiana de 31.1.1850 que regulan el ejercicio de la función legislativa, que compete conjuntamente al Rey con las dos Cámaras (art. 62) y la aprobación del Presupuesto mediante Ley (art. 99).

De ello se deducen dos clases de actos:

"Leyes en sentido material", que contienen una norma jurídica.

"Leyes en sentido formal", que únicamente expresan la constatación o el requisito de un acuerdo de voluntades entre el Rey y las dos cámaras del

Parlamento, pero que materialmente no contienen ninguna manifestación de la voluntad del Estado de establecer o declarar una regla de derecho, una norma jurídica. En este caso, la característica conceptual de la Ley es puramente formal: el iter de su nacimiento. "En tales casos — dice Laband — se aplica la forma legislativa a actos que no son leyes, es decir: que desde un punto de vista material no encajan en el concepto de leyes y que más bien son y siguen siendo actos de la Administración."

Esta teoría dualista de la Ley, en sentido material y en sentido formal, descansa en un fundamento y obedecía a una finalidad o consecuencia práctica:

Su fundamento es el concepto de norma jurídica. Si Ley propiamente dicha o en sentido material es únicamente aquella disposición emanada del poder legislativo y que contiene una regla de derecho; ¿qué se entiende por "regla de derecho"? Según esta doctrina, una regla tiene la naturaleza de regla de derecho cuando modifica en cualquier medida la situación jurídica personal de los gobernados, bien en sus relaciones recíprocas, bien en sus relaciones con el Estado y sus órganos o los funcionarios, creando en su beneficio o a su cargo nuevos derechos y obligaciones, o incluso acreciendo, disminuyendo o extinguiendo obligaciones o derechos anteriores. "El Derecho, dirá Laband,⁸¹ consiste en limitar los derechos y deberes mutuos de los individuos". Ley en sentido material es, pues, aquella que establece límites para la libertad y la propiedad.

De donde resultaba que aquellas reglas que no afectan a la esfera de los derechos individuales y no crean para ellos ningún derecho o carga, sino que interesan exclusivamente al

funcionamiento interno del aparato administrativo del Estado, no son "reglas de derecho". Por consiguiente, las disposiciones mediante las cuales el Estado regula su propia actividad sin que resulte para los sujetos particulares ninguna modificación en su situación jurídica, no son reglas de derecho y por tanto, no pueden constituir leyes en sentido material aunque hayan sido dictadas en forma de ley. Estas leyes que no se refieren al orden jurídico del Estado, sino que están destinadas únicamente a asegurar la marcha de los servicios públicos y el funcionamiento de la administración estatal y no producen sus efectos reguladores más que en el interior de la esfera administrativa, son — según Laband — "leyes administrativas" (*Verwaltungsgesetze*), por contraposición a las *Rechtsgesetze*, esto es aquellas que dictan reglas de derecho.

Tras toda esta concepción de Laband de la "regla de derecho" y del concepto material de ley a partir de la noción de la personalidad jurídica del Estado latía la concepción Kantiana del Derecho como fijación de límites entre los hombres: "El concepto de Derecho, escribió Kant,⁸² en tanto que se refiere a una vinculatoriedad derivada de él, es decir, el concepto moral del Derecho, tiene por objeto, en primer término, sólo a la relación externa y práctica de una persona con otra y en tanto que sus acciones pueden tener influjo entre sí, bien mediata, bien inmediatamente ... El Derecho es, pues, el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley general de libertad". Concepción que llevaría aparejada una importante consecuencia, como ha puesto de relieve Gallego Anabitarte,⁸³ que todo el Derecho de organización, esto es todas las normas

internas de organización administrativa, y las relaciones entre los órganos estatales, y de modo singular las normas reguladoras del Presupuesto del Estado, no tendrían el carácter de normas jurídicas.

Como muy bien ha demostrado Anschütz,⁸⁴ la concepción alemana de la ley = regla de derecho y la distinción de la ley en sentido material y formal, tiene su origen en las antiguas tradiciones del Derecho público alemán confirmadas por las distintas Constituciones que, durante la primera mitad del siglo XIX (en particular las Constituciones del período 1814-1830) han venido a establecer en Alemania el régimen de Monarquía limitada. "Según el sistema monárquico de los Estados alemanes, dice Anschütz, y en particular de Prusia, todos los derechos del poder estatal residen, en principio, en el Rey, lo mismo que históricamente, también el ejercicio de estos derechos le había pertenecido plenamente hasta el advenimiento del régimen constitucional moderno. Este régimen constitucional ha venido o bien a transferir el ejercicio efectivo de los poderes de los que el monarca seguía siendo el titular propio, a órganos distintos a él; o al menos a subordinar el ejercicio de estos poderes por el monarca al concurso y adhesión de órganos distintos, entre los que figuraban, sobre todo para el ejercicio del poder Legislativo, las llamadas Asambleas representativas. Pero estas Constituciones alemanas, que así han sustituido la antigua Monarquía absoluta por la Monarquía limitada, han tenido su origen, histórica y jurídicamente, en la voluntad del Príncipe, en el sentido de que es él quien las ha concedido originariamente y quien, por virtud de esta concesión, se ha autolimitado y restringido su poder anterior. De ahí se deduce que el Monarca ha conser-

vado para sí indefinidamente, no sólo en titularidad sino también en cuanto a su libre ejercicio, todos los poderes anteriores que por la Constitución no había delegado en autoridades nuevas o subordinadas, desde el punto de vista de sus condiciones de ejercicio, a la intervención de órganos diferentes a él. Así ocurría con todas las decisiones, prescripciones o reglamentaciones que no conciernen a los derechos de los particulares”.

De otra parte, la teoría dualista de la ley respondía a una finalidad o consecuencia práctica, dominar con una fórmula racional la problemática competencial de la Monarquía constitucional basada en el “principio monárquico”, resolviendo además uno de los problemas más difíciles del Derecho constitucional: la delimitación de las esferas respectivas de competencia entre la Ley y el reglamento (Jellinek). En este sentido, la distinción ley formal y ley material tenía una intención política implícita evidente (explicable en aquél contexto histórico de pugna política entre el poder monárquico y los derechos políticos de la representación popular), a saber: eliminar de la competencia del Parlamento, dejándolos como de competencia exclusiva del Poder ejecutivo (el Rey), determinados actos de gobierno o de alta administración, de indudable trascendencia política. “Se comprende, pues — como observa certeramente Carré de Malberg⁸⁵ — por qué la doctrina alemana se esforzaba en demostrar que en los textos constitucionales que subordinan la confección de la ley al asentimiento de las Cámaras (como en el art. 62 de la Constitución prusiana), la palabra ley, según su sentido tradicional y según los trabajos preparatorios, no alude sino a la regla relativa al derecho de los ciudadanos. El objetivo, importante, de esta muestra-

ción era establecer que el Monarca no se ha despojado del libre ejercicio del poder legislativo más que en lo que concierne a las llamadas reglas de derecho, y que, para todas las demás reglas (¡y sobre todo para la aprobación del Presupuesto!, añadido yo), ha conservado el poder constitucional de dictarlas por sí solo en forma de ordenanza”, así pues, según esta tesis, junto a las reglas que requieren la deliberación y aprobación por las Cámaras, hay un amplio campo de reglamentación, que es el de la ordenanza (*Ordnung*) que continúa perteneciendo al Monarca, que lo establece por su solo poder y de un modo exclusivo. De ahí que si, de hecho, prescripciones de esta segunda especie son dictadas en forma legislativa con el concurso de las Cámaras, la ley así creada no constituiría más que una ley formal, es decir una ley que recae sobre una materia que por sí misma no es legislativa.

De ahí la enorme importancia que toda la doctrina alemana (Gerber, Laband, Jellinek . . .) atribuían a la cuestión de la naturaleza jurídica de la Ley del Presupuesto. En efecto, si se calificaba a la Ley del Presupuesto no como un acto que crea o establece una regla de derecho, sino como un acto que contiene una mera “cuenta patrimonial”, o un “acto administrativo”, resultaba que la aprobación del Presupuesto caía dentro de la competencia material del Poder ejecutivo, aunque la Constitución atribuyese formalmente, por la solemnidad que requiere un acto de esa trascendencia política y económica, su aprobación a las Cámaras. Por consiguiente, si éstas se negaban a aprobar la Ley del Presupuesto, no por ello se paralizaría la vida del Estado, pues el Presupuesto podía ejecutarse por la sola voluntad del Rey (Ejecutivo) en cuanto materia

reservada a su competencia exclusiva, que comprendía — como hemos visto — todas aquéllas que no afectaban a los derechos subjetivos de los ciudadanos.

Por tanto, Laband extiende estas conclusiones acerca del concepto de ley a la teoría jurídica del Presupuesto, interpretando a la luz de ellas el precepto constitucional según el cual "el Presupuesto del Estado se fijará anualmente mediante ley" (art. 99 Constitución prusiana). A su juicio el sentido de esta norma es únicamente competencial: esto es, fijar la competencia de las Cámaras en su participación en el ejercicio de la función legislativa; pero no atribuir al Presupuesto la naturaleza de una Ley propiamente dicha, en el sentido material del término (esto es, como acto de voluntad del Estado que contiene una norma jurídica). Así pues, el mandato constitucional de que la aprobación del Presupuesto del Estado ha de hacerse "mediante ley" no confiere a éste ninguna naturaleza jurídica específica, ni supone una declaración de reserva material de ley; implica tan sólo la exigencia de participación de las Cámaras parlamentares y, por consiguiente, la imposición de una forma especial en la emanación de ciertos actos de gran importancia política o económica, como es el Presupuesto del Estado: esto es, que "la fijación del Presupuesto del Estado se hará anualmente de acuerdo o conformidad entre la Corona y ambas Cámaras".

El propósito de Laband era desvincular el **derecho del Presupuesto** del régimen constitucional y parlamentario — a cuyo impulso se había desarrollado — y separar el poder de la representación popular en materia financiera, históricamente más antiguo, del Poder Legislativo, como algo distinto de éste. De esta manera se justificaba

más cómodamente el vaciamiento de contenido de la intervención de las Cámaras legislativas en el procedimiento presupuestario y la consideración del Presupuesto como materia que compete exclusivamente al Ejecutivo. En consecuencia, para Laband⁸⁶ "ni el establecimiento del Presupuesto ni el control de las cuentas de un período ya transcurrido tienen nada que ver con la legislación considerada como reglamentación política del orden jurídico; pertenecen únicamente a la administración; el derecho que, a este respecto, corresponde a la representación popular en virtud de la Constitución, en cuanto el Presupuesto debe serle presentado para su autorización, así como las cuentas del Estado para obtener su descargo, aparece como constitutivo de una participación esencial en la administración y como un control muy amplio de esta misma administración". Por tanto, la intervención de la representación popular a través de sus órganos (Cámaras parlamentarias) "no se tipifica como una participación en el llamado poder legislativo, sino como una participación en el llamado poder ejecutivo". Lo que significa que en materia presupuestaria no existe propiamente **reserva material de ley**, puesto que la aprobación del Presupuesto no tiene nada que ver con la función legislativa, sino con la función de control político (participación de la representación nacional en determinadas decisiones de Estado de gran importancia). Esta es la única razón de que en los textos de las Constituciones se establezca la exigencia de que la aprobación del Presupuesto del Estado habrá de hacerse anualmente por Ley.

De la teoría dualista de la Ley Laband deducía que haya que distinguir dos partes muy distintas en la Ley presupuestaria: el "Presupuesto pro-

piamente dicho" y la "Ley que lo establece".

Esta distinción cumple un importante papel en la teoría Labandiana, pues permitía explicar, sin romper la coherencia de la tesis del Presupuesto como ley formal, el hecho, evidente por demás, de que la Ley del Presupuesto sea utilizada — dado que es un acto que se cumple siguiendo el *iter* establecido en la Constitución para la emanación de las leyes y si los factores de la Legislación, Rey y Cámaras, concuerdan en ello — como ocasión para dictar **uno actu** con él verdaderas normas jurídicas, bien sobre materias financieras (creación de tributos), bien sobre el ordenamiento jurídico general. Porque en tal caso, según Laband, queda bien claro que todo eso se refiere a la **Ley de aprobación**, no al **Presupuesto propiamente dicho**, que continúa siendo un acto de administración que no contiene normas jurídicas.

El Presupuesto es simplemente una **cuenta** que se adjunta a la Ley que lo fija o establece, en la que "se registra por medio de breves indicaciones cuantitativas, los gastos e ingresos ya producidos o que son de prever". Por consiguiente, carece de contenido jurídico, pues "por lo general, el Presupuesto no constituye el fundamento de la obligación jurídica para obtener ingresos o realizar gastos, sino que, más bien, la presupone y se limita a recoger sus resultados financieros".⁸⁷

De este concepto de Presupuesto destacan dos notas que constituyen el rasgo característico de la doctrina jurídico-presupuestaria de Laband, que luego pasará a la doctrina posterior tanto alemana como extranjera:

a) El Presupuesto como **acto administrativo**, como cuenta o plan de gestión que expresa numéricamente las

estimaciones previas de ingresos y gastos del Estado.

El Presupuesto en si mismo considerado encierra un acto de la Administración (Gobierno) de valoración de ingresos y de gastos públicos (puesto que solamente la Administración, en base a su experiencia directa, está en grado de conocer las necesidades financieras del ente público); acto que es aprobado por el Legislativo. Pero esta forma legislativa, este acto de aprobación no transforma en ley material o sustantiva el acto aprobado, que continua siendo un acto administrativo propio del poder Ejecutivo. La ley que lo aprueba es únicamente una **ley de aprobación** (ley en sentido formal) en la que el Parlamento — que sólo puede aprobar o rechazar, pero carece de competencia material para rehacer el contenido del proyecto presentado — no ejercita propiamente una función legislativa, sino una función de control político sobre la actividad del Gobierno, constituyendo una condición para la eficacia jurídica de ésta, al mismo tiempo que lo hace inimpugnable por la vía contenciosa o de recurso.

Esta construcción no está exenta de consecuencias importantes y, en último análisis, va dirigida a limitar los poderes del Parlamento en la discusión de la Ley del Presupuesto, tratando de impedir que se modifique el proyecto elaborado por el Gobierno o, incluso, que se rechace la aprobación del mismo comprometiendo gravemente la continuidad de los servicios públicos y amenazando con la paralización de la vida del Estado, lo que no podría admitirse.

b) El Presupuesto como ejemplo típico de **legislación materialmente vinculadas**, según expresión que acuñó el desarrolló Jellinek⁸⁸ como contrapuesta a "legislación libre", por cuanto el

Presupuesto, al no constituir la fuente ni el fundamento legal de los derechos y las obligaciones que dan origen a los ingresos y gastos del Estado, que, por el contrario, se encuentra en la legislación material o sustantiva de carácter permanente, está obligado a respetar el ordenamiento jurídico preexistente que constituye el fundamento jurídico de aquéllas, incluyendo en el Presupuesto las cantidades necesarias para su ejecución y mantenimiento.

La configuración del Presupuesto como un acto administrativo que se reviste de las formalidades de la Ley y el carácter de legislación vinculada de la Ley del Presupuesto, tenían la mayor importancia jurídico-política, pues constituían el eje teórico que permitía resolver satisfactoriamente, según los propósitos de Laband, dos importantes ordenes de cuestiones:

En primer lugar, establecer claramente los límites jurídico-políticos del derecho del Parlamento a la aprobación del Presupuesto, negando la facultad de la representación popular a rechazar soberana y libremente el Presupuesto; hasta el punto de llegar incluso a configurar el derecho constitucional al Presupuesto — como hizo Jellinek — más como un deber, como una obligación. Pues el Parlamento, con ocasión del debate del Presupuesto, no puede ir más allá de los límites fijados a su competencia — y el Presupuesto es algo que concierne al ámbito de la Administración — invadiendo o usurpando el campo de la legislación (que se ejerce, de acuerdo con el sistema de Monarquía limitada, por el Rey junto con las Cámaras) y suprimir o crear un ingreso o un gasto establecido por la legislación material preexistente. "Ello sería, según Laband, una violación de la Ley, un acto nulo desde el punto de vista del Derecho público". La opinión de Laband era,

pues, contraria a la tesis ampliamente difundida en la literatura sobre el tema por los autores que se situaban en la línea ideológica del régimen parlamentario, y que sostenían que el Parlamento es tan soberano en la discusión del Presupuesto como en la discusión de cualquier otra ley. A juicio de Laband, el error de esta corriente de opinión reside en que conciben al Presupuesto como si fuera un acto legislativo cuando, en realidad, es un acto administrativo.⁸⁹

Para Laband el alcance y los límites del derecho del Parlamento a aprobar el Presupuesto son los que se derivan, lógicamente, de su naturaleza de acto administrativo que debe realizarse de acuerdo con el Derecho vigente. Ahora bien, en el Presupuesto es preciso distinguir, según Laband, dos ámbitos o sectores:

El ámbito del Presupuesto circunscrito o limitado por el Derecho vigente y el que está fuera del Derecho vigente. En el primero tenemos, ante todo, los **ingresos ordinarios del Estado**, que normalmente constituyen un **sistema jurídico permanente** cuyo título o fundamento jurídico emana de leyes preexistentes. Respecto de estos ingresos, el Parlamento puede ejercitar, con ocasión de la aprobación del Presupuesto, su derecho de crítica, fiscalización y control (cuya trascendencia no debe menospreciarse), pero carece de facultades jurídico-políticas para modificar o derogar unilateralmente (es decir, sin el acuerdo y concurso del otro factor de la función legislativa: el ejecutivo, el Rey) las leyes o las instituciones que sirven de base constitutiva a los ingresos ordinarios del Estado. Y esto es perfectamente aplicable a los impuestos, dice Laband, puesto que éstos constituyen un sistema permanente de ingresos no sometidos al principio de anualidad.

En efecto, el Parlamento no puede recusar o rechazar un impuesto porque "los impuestos vigentes rigen en virtud de leyes especiales que mantienen su vigencia en tanto no queden derogadas o modificadas por nuevas leyes. El Presupuesto no constituye el fundamento jurídico de la exacción impositiva, ocurriendo más bien que son las leyes tributarias las que constituyen el fundamento legal por el que se incluyen los ingresos tributarios en el Presupuesto".⁹⁰

Respecto de los gastos públicos Laband traza una importante distinción entre **Gastos necesarios** y **Gastos no necesarios**.⁹¹

En efecto, hay una serie de gastos públicos que son **fijos, necesarios**, puesto que vienen determinados por obligaciones válidamente contraídas por el Estado, ("obligaciones jurídico-civiles del Estado" en la terminología de Laband), nacidas del contrato o de la ley: contratos de obras y servicios, nombramiento de funcionarios, pago de intereses de la Deuda pública, la dotación para la Corona etc. . . , o que se derivan del mantenimiento de instituciones y servicios públicos que son indispensables para la existencia misma del cuerpo estatal ("obligaciones jurídico-públicas del Estado", según Laband), obligaciones surgidas del funcionamiento de las instituciones estatales: Ejército, Justicia, Universidades, Burocracia administrativa. . . Estos gastos públicos pueden considerarse **necesarios, fijos u obligatorios** y respecto de ellos el derecho presupuestario del Parlamento es, en gran medida ilusorio, pues ha de aprobar todas las partidas que sean necesarias para la ejecución de las leyes y para el mantenimiento y conservación de las instituciones y servicios estatales existentes. Estos gastos públicos constituyen una especie de **fondo consoli-**

dato, por lo que el Parlamento puede, a lo sumo, "controlar que no se supere la cuantía fijada por la ley" que nos ha creado, pero carece, en realidad de derecho de aprobación y por tanto de supresión o denegación; pues "de la misma forma que el Parlamento no puede derogar directamente, mediante decisiones unilaterales y sin la aprobación de la Corona, el Derecho vigente, tampoco puede hacerlo indirectamente — dice Laband — negándose a autorizar los gastos necesarios para su ejecución".⁹² Por el contrario, los **Gastos públicos no necesarios** o facultativos (como podrían ser, por ejemplo, las subvenciones) tienen un carácter voluntario o discrecional y respecto de ello "el Parlamento es libre de suprimirlos a su voluntad, en todo o en parte, y el Gobierno no puede realizarlos sin la autorización del Parlamento". Pues se trata de un ámbito del Presupuesto que no está limitado o circunscrito (**vinculado** dirá posteriormente Jellinek) por el Derecho vigente; aunque, según Laband, es una parte muy pequeña de los gastos públicos "que tiende a desaparecer".

Ahora bien, entre estos dos polos extremos existe una zona administrativa muy amplia, dice Laband, "en la que, indudablemente, las leyes hacen necesarios unos gastos sin que, sin embargo, estén específicamente reglamentados el modo y manera de su aplicación ni la cuantía de las sumas monetarias que para ello se requieren. Dentro de esta franja de la clasificación de los gastos públicos se incluyen las "dotaciones y gastos de la Administración".

¿Cómo resolver para estos gastos los posibles conflictos entre el Gobierno y el Parlamento? Si se aceptara la tesis de que es competencia exclusiva del Gobierno decidir el modo y

manera en que hayan de ejecutarse las leyes, y por consiguiente, decidir también el número y composición de los organismos administrativos, vendría a negarse al Parlamento, dice Laband,⁹³ el derecho a aprobar los gastos en la parte más extensa e importante del Presupuesto; privando con ello, además, de un freno al Gobierno en el desmesurado crecimiento de la burocracia.

Pero, por otra parte, tampoco es practicable, según Laband, la teoría de que las decisiones de gastos no pueden ser tomadas unilateralmente por el Gobierno sin el previo acuerdo de éste con el Parlamento. Si esta teoría se aplicase a la aprobación anual del Presupuesto, dice Laband, el resultado sería que toda la organización y administración del Estado quedaría a merced del capricho partidista de la correspondiente mayoría parlamentaria y el Gobierno se vería absolutamente impotente frente al Parlamento.

La correcta solución de este problema ha de buscarse, según Laband, relacionando dos principios o criterios: de una parte, el principio de que el Derecho vigente es vinculante para la fijación del Presupuesto (el carácter del Presupuesto como "legislación vinculada"). Y de otra, el principio de la fuerza vinculante de las resoluciones del Parlamento: es un principio del Estado constitucional que el derecho vigente no puede modificarse más que por medio de la conformidad entre la Corona y las Cámaras, por lo cual los acuerdos del Parlamento no pueden ser anulados o modificados libremente por disensión respecto de los criterios del Gobierno, sino que precisan *contrarius consensus*, es decir otro acuerdo distinto de voluntad. Aplicado este principio al Presupuesto significa que el Parlamen-

to no tiene las manos completamente libres, aunque lo parezca, al examinar todos los años el Presupuesto, sino que está vinculado a respetar los gastos que él mismo aprobó con anterioridad pero cuyos efectos, desde el punto de vista material, se prolongan más allá en el tiempo.

En segundo lugar, la configuración del Presupuesto como un acto administrativo que se reviste de las formalidades de la Ley y el carácter de legislación vinculada de la Ley del Presupuesto permitía determinar con certeza los efectos jurídicos que se derivan de la aprobación o del rechazo de la Ley del Presupuesto, que no son los de una autorización al Gobierno para recaudar o para gastar, pues el Presupuesto no es el fundamento legal de los ingresos y de los gastos; y lo que es más importante, que las extralimitaciones o desviaciones presupuestarias no tienen necesariamente el carácter de infracciones jurídicas. Al ser el Presupuesto un plan de gestión de la administración, no constituye un molde rígido, sino que pueden producirse derogaciones al mismo. Por el mero hecho de que no se halle inscrito un gasto en el plan administrativo no resulta necesariamente que dicho gasto esté prohibido o que la realización del mismo constituya una ilegalidad, una violación de la Ley del Presupuesto.⁹⁴

A qué se reducen, entonces, los efectos jurídicos de la ley presupuestaria, según Laband? La verdad es que a bien poca cosa: "que el Parlamento y el Gobierno reconozcan de consuno, se pongan de acuerdo, sobre la necesidad e utilidad de ciertos gastos y sobre su cuantía". ¿Y cuales son las consecuencias jurídicas de ese acuerdo entre el Parlamento y el Gobierno acerca de la necesidad y oportunidad de determinados gastos? Según Laband,

únicamente "eliminar la posibilidad de que la facultad del Gobierno para realizar gastos e ingresos sea discutida".

De esta manera, para Laband el Derecho del Presupuesto y la función presupuestaria del Parlamento quedan reducidos sólo a esto: descargar al Gobierno de toda responsabilidad, constitucionalmente hablando, en la gestión financiera.

Y si el Parlamento, en el ejercicio de esta especie de función de control político a que ha quedado reducido su derecho al Presupuesto, no está de acuerdo con la gestión concreta del Gobierno en materia de gastos y quiere censurarlo, ¿qué eficacia jurídica tendrá su acción?. La verdad es que, prácticamente nula, pues según Laband el Gobierno no está obligado a suspender su actividad administrativa, sino que ejerce esta actividad bajo su propia responsabilidad, y "el Parlamento ha de limitarse única y exclusivamente a negar la autorización de las infracciones presupuestarias y de los gastos extrapresupuestarios y a rechazar el descargo del Gobierno. Es posible que la no concesión del descargo le resulte inoportuna al Gobierno; pero está fuera de toda duda que ello no acarrea consecuencias prácticas de ninguna especie y que, en último término, tal vez el ministerio se acostumbre a prescindir del descargo otorgado por el Parlamento o del otorgado por una de las dos Cámaras que lo componen".⁹⁵ Conclusión que se parece, lo mismo que una gota de agua a otra, a las tesis defendidas y puestas en práctica, victoriosamente, por el Canciller Bismarck en el conflicto constitucional prusiano.

No puede sorprendernos, pues, que incluso Otto Mayer,⁹⁶ cuya concepción del Presupuesto no estaba muy lejana, calificase, con toda razón, a

la doctrina de Laband como "toda una guía de la Administración sin Presupuesto", ya que "para él, a fin de cuentas, todo el Derecho del Presupuesto cae en el vacío, porque le quita toda importancia jurídica seria".

Vemos, pues, como, pese a las pretensiones de Laband de construir una teoría jurídica del Presupuesto desvinculada de los intereses y las luchas políticas, lo cierto es que su doctrina presupuestaria y su teoría dualista de la ley era el trasunto fiel de la situación política alcanzada en Alemania tras la victoriosa política de Bismarck y no puede entenderse separada de esta circunstancia. "Esta teoría — escribe Dietrich Jesch⁹⁷ — era idónea para aportar una explicación racional al conflicto prusiano del Presupuesto y para elevarlo del plano de la controversia política a la esfera de la lógica jurídica: la aprobación del Presupuesto no pertenecía a la esfera de la legislación material; en consecuencia, tampoco pertenecía a la competencia natural del Parlamento. Si a pesar de todo el Parlamento intervenía en la aprobación del Presupuesto, sólo podía promulgar una ley "puramente formal"; pero si faltaba una regulación constitucional de la competencia, el Presupuesto caía dentro del "dominio doméstico de la Administración". Esta conclusión, que correspondía en el plano jurídico constitucional a la distribución del poder entre el Parlamento y el Gobierno bajo el imperio del **principio monárquico**, fué respaldada en el plano conceptual por la teoría dualista de la ley, que se hallaba escrita en la carne misma de la Monarquía constitucional".

Por otra parte, la teoría dualista de la ley — como señala Jesch — "es una criatura de aquella peculiar relación de conflicto entre Estado y sociedad, cuya fiel imagen jurídica fuera

el Estado constitucional del "principio monárquico". La sociedad estaba amparada contra el Estado mediante la muralla del Derecho. El Derecho regula las relaciones de los ciudadanos entre sí; si el Estado quería penetrar en el ámbito protegido de la sociedad (libertad y propiedad), tenía que doblegarse al Derecho. Dentro de su propia esfera, es decir, dentro del ámbito ejecutivo, regía el mandato sin cualidad jurídica. A esta esfera interna pertenecía el Derecho presupuestario, una parte del Derecho de la organización y todas las relaciones de sujeción especial. Como se trataba de algo situado fuera del Derecho, de algo interno del Estado... en especial la reserva legal fué dejada sin efecto con relación a la total esfera interna del Estado".

El concepto labandiano de norma jurídica o regla de derecho (**Rechtsatz**) — definida exclusivamente desde el punto de vista intersubjetivo de la esfera jurídica de los individuos y de las personalidades jurídicas independientes contrapuestas al Estado, pues en su concepción el Derecho sólo existe para regular las relaciones dentro de la sociedad civil (Derecho privado) o las de ésta con el Estado (Derecho público) — insita en su concepción de la **Ley material**, tenía, pues, una explicación y era congruente con la escisión entre el Estado y la sociedad civil, que en el siglo XIX se convirtió en un auténtico dogma, y a la que respondía la doctrina de la reserva general de ley que se había incorporado a las Constituciones de los Estados alemanes con el primer constitucionalismo de los albores del siglo (Sajonia-Weimar de 1816, Baviera de 1818, Baden de 1818, Württemberg de 1818...): todo Derecho que afectase al ámbito de la sociedad civil (la **libertad** y la **propiedad**) tenía que

ser aprobado con la participación de los órganos de la representación popular (Asambleas o Cámaras legislativas).

Como quiera que en los textos de las Constituciones alemanas, por presión de la representación nacional que quería así ampliar su participación en el ejercicio del poder, se contenían reservas especiales para la legislación en el dominio del **no-Derecho** (que no suponía una intervención en la esfera jurídica de los individuos), esto es de la organización estatal y, de manera muy singular, la necesidad de aprobación legislativa de los Presupuestos Generales del Estado, ello dió como resultado que las leyes sobre esta base fuesen consideradas como leyes en sentido puramente formal.

Por otra parte, la concepción labandiana de **Ley material** respondía a los intereses de una clase burguesa enriquecida y dominada por el afán de lucro, pero políticamente inmadura, que, como observa Thoma,⁹⁸ sólo esperaba de sus Parlamentos protección contra el Estado y contra las intervenciones inconvenientes en "las esferas de voluntad reconocidas por el Derecho" (Laband): la libertad y la propiedad. Este era el ámbito que se consideraba esencial para un florecimiento económico y la libertad de los propietarios; lo que estaba más allá de esto, como la educación, la ordenación de los servicios públicos, los actos de la dirección política y económica del Estado, el Presupuesto etc..., caía fuera del campo visual de la burguesía. Como observa certeramente Gallego Anabitarte, siguiendo a Hermann Heller,⁹⁹ ese concepto de ley material según el cual sólo es Derecho lo que afecta a la libertad y propiedad de los individuos, "expresaba la preocupación y garantía de una sociedad que se sentía segura y feliz

cuando sus asuntos privados estuviesen bajo el dominio de la ley, pero que se declaraba incapaz cuando se trataba de enfrentarse con el poder político, la política y el Estado. Este concepto de ley: "libertad y propiedad", "fijar límites", era la expresión de un **constitucionalismo extremadamente primitivo**, cuyo portador era una burguesía liberal que había ya pactado con el poder".

Sin embargo, conviene hacer notar el carácter y función garantista que, en su momento, tuvo la concepción dualista de la Ley de Laband, por cuanto "el concepto de ley material fué empleado para delimitar el ámbito del Derecho frente al no-Derecho, es decir sobre todo para segregar del ámbito estatal la esfera jurídica e individual del ciudadano". Venía a satisfacerse, así la pretensión del constitucionalismo liberal que deseaba una fuerte influencia y participación de la representación popular en la actividad estatal en cuanto afectase directamente a la esfera jurídica de los ciudadanos.¹⁰⁰

Pero el estrecho concepto labandiano de norma jurídica (= ley material), que suponía una concepción puramente individualista de la libertad y de la propiedad, habría de resultar, de un modo patente, inadecuado e insertible a medida que las transformaciones de la sociedad y del Estado modernos (hasta llegar al actual Estado social y democrático de Derecho) pusieron en evidencia que no basta sólo con la protección de la libertad ciudadana en el sentido del *status negativus* (Jellinek), que no basta con esperar del Estado solamente esa garantía negativa de la libertad, sino que se hace cada vez más imperiosa la necesidad de creación de una garantía positiva, de instituciones que aseguren ampliamente la libertad y la propiedad me-

dante la organización estatal, la dirección estatal del Presupuesto, las prestaciones estatales de bienes y servicios etc. . . Por ello, como dice Christian Starck,¹⁰¹ "se hace preciso extender el concepto de norma jurídica para que pueda abarcar no sólo la concepción jurídico-individualista (delimitación y coordinación de esferas de voluntad), que por lo demás hay que mantener, sino todas las normas sobre organización y procedimiento del Derecho estatal y público en general, todas aquellos preceptos jurídicos que sientan el fundamento del uso del poder estatal y de cualquier otro poder público, y que regulan al detalle su estructura, su configuración y todas sus actividades", pues también el **Derecho Público de Organización** tiene como función asegurar la libertad.

Por otro lado, es preciso no olvidar que el Estado social y democrático de Derecho de nuestros días, que se basa en una Administración prestadora de bienes y servicios públicos, tiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico no sólo da idea de libertad, sino también las de igualdad y justicia (tal y como proclama el Art. 1, párrafo 1.º, de la Constitución española de 1978); y la libertad es más que la mera defensa de los derechos en contra del poder, entraña igualmente la posibilidad de desarrollar al máximo las potencialidades del hombre, garantizando unas condiciones existenciales mínimas (*Deseinworsorge*) que hagan posible su ejercicio real.¹⁰²

De todo ello se desprende que la teoría dualista de la ley, con su doble sentido material y formal, que ha nacido en Alemania de la evolución del Derecho monárquico propio de este país, se liga íntimamente a esta evolución y no se explica más que por ella, perdiera su fuerza y virtualidad jurídica al desaparecer las circunstan-

cias jurídico-políticas que propiciaron su nacimiento; esto es, con el ocaso de la Monarquía constitucional basada en el "principio monárquico", que hizo superfluo el concepto material de ley y la función delimitadora de competencias que debía desempeñar la teoría dualista. Como afirma Jesch, "esta teoría jurídica de la ley, vinculada a una época determinada, carece de utilidad para la comprensión de los modernos problemas jurídico-políticos".

Sin embargo, la doctrina de Laband sobre la naturaleza jurídica del Presupuesto, apoyada en la teoría dualista de la ley, fué objeto de amplia recepción por la doctrina iuspublicista posterior tanto en Alemania como en Francia e Italia;¹⁰³ y aunque en esta recepción o asimilación a otros países con diferente sistema político ha ido perdiendo gran parte de su carga de intencionalidad política (vaciamiento de contenido del derecho del Parlamento en materia de Presupuestos), no obstante su racionalidad operativa, de concepción limitadora de la función presupuestaria del Poder Legislativo, ha permanecido. "Produciéndose, así, la paradoja — como observa García Añoveros¹⁰⁴ — de que una teoría surgida con desconfianza respecto a la democracia fué asimilada y desarrollada por autores que en el Presupuesto veían un elemento fundamental de la constitución democrática del Estado".

La aportación fundamental de Laband a la teoría jurídica del Presupuesto consiste en haber puesto los cimientos sobre los que había de apoyarse la elaboración doctrinal posterior dominante, sobre todo alemana, francesa e italiana, en torno a la naturaleza jurídica de la Ley del Presupuesto; que, a raíz de su obra, puede

considerarse fijada en los siguientes puntos:

El Presupuesto como instrumento para el ejercicio de una función de control y vigilancia políticos del Parlamento sobre la acción de gobierno, pero no propiamente una función legislativa. En la medida en que no todos los actos del Parlamento son leyes, el Presupuesto es un ejemplo característico de actos del Parlamento que no cumplen una función legislativa, sino de control político y financiero sobre la acción de la Administración. La facultad de aprobar el Presupuesto atribuida al Parlamento es, históricamente, más antigua que la de aprobar las leyes, y por tanto debe ser considerada como distinta de ésta.¹⁰⁵

Negación del Presupuesto como acto unitario y escisión del mismo entre Presupuesto propiamente dicho y Ley de aprobación del mismo, como actos de distinta naturaleza integrantes de esse acto complejo que es la Ley del Presupuesto, que no cabe confundir en una sola e idéntica calificación jurídica. Esta construcción va dirigida, en último análisis, a justificar la limitación de los poderes del Parlamento en la discusión de la Ley del Presupuesto, tratando de sustraer a las Cámaras toda posibilidad de modificación y enmienda del proyecto del Presupuesto elaborado por el Gobierno, reduciendo la aprobación a una vacía formalidad. Incluso, según una posición más extrema, se niega al Parlamento la posibilidad de rechazar la aprobación del Presupuesto, lo cual podría conducir a la situación, inadmisibles, de paralización de la vida del Estado. Al ser el Presupuesto algo distinto de la Ley de aprobación y tratarse de un acto propio del Poder ejecutivo, se argumenta que la competencia del Legislativo en esta materia es mínima, por cuanto carece de **competencia ma-**

terial respecto a la elaboración o preparación del Presupuesto, al contrario de lo que ocurre en las demás leyes ordinarias de características normales.

El Presupuesto, en cuanto acto administrativo sometido a la forma de aprobación legislativa, no contiene verdaderas y propias normas jurídicas, sino que limita su eficacia a la regulación de las relaciones entre los poderes del Estado, Legislativo y Ejecutivo; pero sin que vincule o afecte a las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares ciudadanos, acreedores o deudores que sean. De ahí que una infracción de la Ley presupuestaria no genere una responsabilidad de la Administración frente a los particulares, sino únicamente una responsabilidad frente al Legislativo.

En fin, la Ley del Presupuesto es una ley vinculada por el ordenamiento jurídico y las leyes financieras preexistentes que constituyen el fundamento de las consignaciones presupuestarias tanto de ingresos como de gastos. El Presupuesto es una mera consecuencia (financiera) de la legislación material preexistente, dentro de cuyo ámbito y límites tiene que moverse la ley de aprobación; que, por ello, no puede innovar ni modificar el ordenamiento jurídico.

§ 7.º El derecho del Parlamento a la aprobación del Presupuesto. El rechazo de la Ley del Presupuesto

A lo largo de estas páginas hemos visto cómo el derecho de Presupuesto que compete al Parlamento ha constituido el punto nodal de la pugna política entre la representación nacional y el poder absoluto del monarca, y cómo en torno a él y a su ejercicio ha girado toda la evolución de los sistemas políticos representativos hasta el régimen parlamentario. La cues-

tion del derecho del Parlamento a consentir los ingresos y a autorizar los gastos públicos ha sido siempre, desde sus orígenes históricos, un problema, fundamentalmente, de poder: dónde reside la soberanía del Estado y cómo se reparte entre los distintos órganos estatales. Y como es lógico, el ejercicio de este derecho del Presupuesto, su extensión y límites, toma extraordinaria importancia jurídico-política, teórica y práctica, cuando la soberanía, en el seno de la nación, es objeto de disputa y se discute acerca de la parte o fracción de poder que corresponde a los diferentes poderes estatales, sigilarmente al Gobierno-Rey y al Parlamento-representación popular. Por eso, tenía razón Jellinek,¹⁰⁶ cuando observaba que "es más bien en los Estados de fuerte gobierno monárquico donde el afán de la representación popular de adquirir influencia sobre la dirección del Estado lleva a la idea de utilizar el recién adquirido derecho presupuestario, en el sentido del derecho medieval de aprobación de los impuestos, como instrumento de presión sobre la Corona y el Gobierno". Pues en los regímenes parlamentarios no se precisa de ningún instrumento coercitivo para asegurar la influencia del Parlamento, que es el que manda y domina de facto; y el mismo sistema de gobierno de gabinete constituye el medio de prevenir los conflictos presupuestarios entre los poderes del Estado y de resolverlos lo más rápida y simplemente que sea posible; porque, como dice Jellinek, una recusación total del Presupuesto por las Cámaras no tiene más que dos salidas: o bien dimite acto seguido el Gabinete, o bien la Corona abre un periodo de nuevas elecciones y el Gobierno se consolida o tiene que abandonar. Por esta razón, en el régimen parlamentario resulta inconcebible un

conflicto duradero entre el Gobierno y el Parlamento de las características del conflicto presupuestario prusiano de 1862-1866.

Asimismo, hemos visto anteriormente cómo el derecho al Presupuesto (*das budgetrecht*) constituía un verdadero contrapunto liberal y democrático dentro del sistema de **principio monárquico**, pues no podía ser considerado sino como una de las manifestaciones, y sin duda la más importante, de un cierto derecho general de control sobre el Gobierno. Pero desde el momento en que los representantes de la nación tienen el derecho a votar los impuestos y los gastos públicos, por su propia lógica, ese derecho lleva implícito — como decía Stourm¹⁰⁷ — el derecho de no votarlos. No puede concebirse el derecho de aprobar el Presupuesto sin su contraposición lógica que es el derecho de rechazarlo. Ahí subyace “el alma o toda la fuerza del sistema representativo” en el Estado constitucional; el único remedio, según Benjamin Constant, contra la obstinación y la arbitrariedad.

Pero en el Imperio Alemán (y lo mismo vale para Prusia) el rechazo de la Ley del Presupuesto, desde el punto de vista político, no tenía otra importancia que la que el Emperador (o el Rey) quisieran darle, puesto que los Ministros no responden políticamente ante el Parlamento, sino únicamente ante el Jefe del Estado (Rey), ni es tampoco el Parlamento quien los nombra o elige. Por eso, la no aprobación del Presupuesto era visto por la doctrina alemana, esencialmente, como un problema jurídico: que efectos se derivan de ello sobre los actos jurídicos de recaudación de los ingresos y de ejecución de los gastos; puesto que, como problema político, la Constitución de la monarquía simplemente li-

mitada zanjaba el problema de quien es el titular de la soberanía (es el Rey, y no el pueblo, quien sigue siendo la fuente y el centro del poder del Estado), y por consiguiente el rechazo de la Ley del Presupuesto por el Parlamento no podía tener las mismas consecuencias **políticas** que se derivaban automáticamente en los Estados de régimen parlamentario, ni tampoco, *sic et simpliciter*, la misma vía de solución: necesaria dimisión del Ministro correspondiente o del Gobierno en pleno, nuevas elecciones y nombramiento de un nuevo gabinete que goze de la confianza del Parlamento.

Por todo ello, y por razones que se derivaban de su propia metodología jurídica, los iuspublicistas alemanes pretendían resolver la cuestión del poder presupuestario del Parlamento **en el terreno estrictamente jurídico**.¹⁰⁸

Laband cierra su obra con el examen de esta temática que, durante largo tiempo, constituyó el eje medular del Derecho Constitucional: ¿es posible el rechazo de la Ley del Presupuesto por el Parlamento?, ¿qué efectos o consecuencias jurídicas se derivan de la no aprobación del Presupuesto?. Su respuesta está determinada por el auténtico **leitmotiv** de la obra: resolver el posible conflicto entre el Gobierno y el Parlamento en materia presupuestaria, mediante la construcción de una teoría jurídica segura, coherente, cerrada y sin lagunas que haga imposible su reproducción.

¿Qué reglas jurídicas hay que aplicar a la administración de los ingresos y de los gastos cuando, a pesar del mandato de la Constitución, a comienzos del año presupuestario, la Ley del Presupuesto no llega a aprobarse?. Esta es la cuestión más difícil del Derecho presupuestario, sobre todo cuando la Ley constitucional no contiene

ninguna disposición que haya previsto tal caso.

Pero en el caso, de la no aprobación de la Ley del Presupuesto pueden producirse dos supuestos diferentes:

a) Que la Ley del Presupuesto no haya sido elaborada a tiempo por el Gobierno, o bien que los debates en el Parlamento se demoren más de lo debido y el Parlamento no haya tenido tiempo de aprobarla antes de comenzar el nuevo año presupuestario. En este supuesto la **práctica constitucional** de los Estados y también del Imperio llega a una solución provisional que consiste en prorrogar provisionalmente durante uno o varios meses la vigencia del Presupuesto anterior.¹⁰⁹

b) Que exista un conflicto entre el Gobierno y las Cámaras y el Parlamento rechaze la Ley del Presupuesto. Este, es, sin duda, la hipótesis más difícil, porque ni la Constitución prusiana de 1850 ni la Constitución del Imperio Alemán prevían ninguna disposición normativa para el caso de que la Ley presupuestaria no llegue a aprobarse, de que no llegue a producirse el acuerdo entre el Rey y las Cámaras sobre el Presupuesto. ¿Cómo resolver este vacío?.

Ante la carencia de un precepto constitucional explícito es necesario suplir esta laguna de la Ley Constitucional acudiendo — según Laband — a la deducción de una regla aplicable, de una norma, de **“los principios jurídicos más generales”** insitos en el ordenamiento jurídico del Estado. Porque, como ya hemos visto en páginas anteriores, en la concepción metodológica del Derecho de Laband, puede existir una laguna, un vacío en la Ley constitucional, pero no una laguna en la constitución misma del Estado, en el sistema jurídico, lo cual es un concepto imposible, pues “las leyes pueden ser incompletas, pero el

ordenamiento jurídico, lo mismo que el orden de la naturaleza, no puede tener una laguna”;¹¹⁰ y es evidente que dejar sin resolución positiva una cuestión crucial como es la aprobación del Presupuesto, del que depende el funcionamiento y existencia misma del aparato estatal, es desde el punto de vista del Derecho, una idea imposible o absurda, pues equivaldría a afirmar la posibilidad jurídica de la destrucción del Estado.¹¹¹

Y en esta tarea de **construcción jurídica** a partir de unos “principios jurídicos” — no necesariamente formulados o declarados por una ley — era de la mayor trascendencia fijar (como intentó hacerlo Laband en los Capítulos precedentes) un concepto y una naturaleza jurídica de la Ley del Presupuesto que permitiesen deducir, con la fuerza de un silogismo, una explicación de sus efectos y la determinación de una regla segura en caso de conflicto entre el Gobierno y el Parlamento.¹¹² Toda la teoría jurídica del Presupuesto que Laband ha ido desarrollando a lo largo de los capítulos de su obra está pensada y escrita desde las posiciones preconcebidas, bien claras en el último Capítulo, del propio Laband acerca del conflicto prusiano y de como debe resolverse, desde el punto de vista jurídico-político, la falta de acuerdo entre el Gobierno y el Parlamento ante un vacío normativo constitucional al respecto.

Laband se opone y descarta las dos posiciones doctrinales extremas sobre la naturaleza del Presupuesto que entonces se debatían:

a) La que podríamos denominar **liberal-parlamentaria**, sostenida por un sector dominante de la doctrina (Von Rönne, Zacharia, Fricker...) y de los políticos de entonces, excepto von Bismarck, según la cual la Ley del Presupuesto constituye la única y ex-

clusiva base legal de la administración financiera del Estado y la que autoriza jurídicamente al Gobierno a percibir los ingresos y ejecutar los gastos públicos; tanto por la imposibilidad de su puesta en práctica ("un conflicto insoluble entre los principios del Derecho Civil y los del Derecho público" respecto al cumplimiento de las obligaciones del Estado), como por las absurdas consecuencias a que conduciría: que en ausencia de la Ley del Presupuesto, bien porque el Parlamento la ha rechazado, bien porque no ha podido aprobarla tempestivamente, la gestión financiera, y con ella la actividad política y administrativa del Estado, debe paralizarse, lo que equivaldría a la desorganización y disolución del Estado mismo; "y no puede haber ningún principio de Derecho público — dice Laband — que lleve a la supresión del Estado, puesto que la conservación y próspero desenvolvimiento de éste es el supremo principio común de todas las ciencias políticas y, en particular, del Derecho público". Y lo absurdo de esta consecuencia demuestra, según Laband, la falsedad de esta doctrina, que "desde el punto de vista histórico enlaza con la teoría anarquista, con un estado de cosas enemigo de todo orden sólidamente establecido ya los ideales difundidos por la Revolución francesa".¹¹³ Afirmación que demuestra a las claras sus prejuicios ideológicos y como, muy a pesar suyo, su punto de vista político guía y condiciona la construcción jurídica: su aversión al liberalismo, al régimen parlamentario y a la democracia.

b) La que calificaríamos de **monárquica absolutista**, sustentada por el Gobierno en los años del conflicto prusiano y por los nostálgicos más reaccionarios del **ancien régime**, que para cubrir la laguna constitucional,

pretendían que "los poderes de la Corona continúan rigiendo con toda la amplitud que poseían antes de instaurarse el régimen constitucional, siempre que no se hayan limitado expresamente por la ley constitucional", argumentando que "dado que antes de la instauración del régimen constitucional el Rey tenía plenitud de poderes para decidir por sí solo la fijación del Presupuesto, y habida cuenta de que la Constitución prusiana de 1850 no contenía ninguna para el caso de que no se llegue a un acuerdo entre el Rey y el Parlamento acerca del Presupuesto y éste no llegue a aprobarse, es evidente que el Rey continúa poseyendo en este caso la facultad de fijar por sí solo el Presupuesto sin la cooperación del Parlamento". Argumentación que hacía caso omiso del cambio operado en la forma política del Estado prusiano, que de Monarquía absoluta había pasado a convertirse en Monarquía limitada por una Constitución; por lo que era constitucionalmente imposible la fijación del Presupuesto sin el acuerdo o consentimiento de los dos factores de la legislación: el Rey y las dos Cámaras (tal y como establecía el art. 99 de la Constitución prusiana de 1850), con lo cual quedaba derogado constitucionalmente el derecho del Rey a establecerlo con carácter exclusivo. La consecuencia — bastante incómoda para los intereses del Gobierno de Bismarck — era clara: "que la aprobación de la Ley del Presupuesto por decreto real se ha declarado jurídicamente ilícita sin ninguna limitación y para todos los casos".¹¹⁴

La tesis de Laband sobre la naturaleza jurídica de la Ley del Presupuesto — una ley meramente formal, vinculada respecto de la legislación

material ya existente, que es la que constituye el fundamento legal de la mayoría de los gastos y de los ingresos públicos — evitaba las funestas y temidas consecuencias de interrupción de las funciones esenciales del Estado, en el caso de rechazo del Presupuesto, pues la no aprobación de la Ley presupuestaria no suponía una inmovilización de los fondos del Estado, pues tanto, los ingresos como los gastos públicos pueden realizarse — en su parte más conspicua, es decir excepto los ingresos anuales o los gastos facultativos o no necesarios — sin necesidad de Presupuesto, en base a las leyes sustantivas que los crean o establecen. El Gobierno, pues, sin necesidad del Presupuesto, podrá ejecutar sus planes de gastos, **bajo su exclusiva responsabilidad**; porque, como hemos visto, la finalidad esencial de la Ley del Presupuesto no es dar poderes al Gobierno para gestionar la Hacienda pública, sino únicamente **descargarle previamente de la responsabilidad constitucional ante las Cámaras** que se deriva del precepto de la ley constitucional de Prusia (art. 99) y del Imperio (art. 69), que dispone que el Presupuesto General del Estado ha de fijarse anualmente mediante Ley. Responsabilidad que cesa cuando el Gobierno se ajusta a las normas que le señala el Parlamento.

De esta manera, la solución de Laband al posible conflicto constitucional presupuestario no era negar el derecho del Parlamento a rechazar en bloque y totalmente el Presupuesto del Estado, como sostendría Jellinek,¹¹⁵ sino sencillamente vaciar de todo contenido jurídico el **derecho al Presupuesto** del Parlamento, legitimamente la gestión financiera del Estado sin la base de un Presupuesto legalmente aprobado.

Es muy significativo comprobar que Laband no veía, o no quería ver, que el problema del rechazo de la Ley del Presupuesto y su solución jurídica no pasaba necesariamente por la falacia de “confundir los derechos del Estado y contra el Estado con los poderes y obligaciones de los **órganos del Estado** encargados del gobierno” — en palabras certeras del austriaco Myrbach-Rheinfeld¹¹⁶ — y claramente implícita en las palabras del Canciller Bismarck que él mismo recoge y hace propias para cerrar su monografía. Porque el Gobierno no tiene que “quedarse cruzado de brazos aguardando a ver qué ocurre cuando se proceda a cerrar las cajas”, sino que, al contrario, debe hacer una cosa bien sencilla: dimitir, pues “denegar el Presupuesto, o más exactamente, la autorización para gastar y denegar los impuestos — como escribió Myrbach-Rheinfeld — no es oponerse al funcionamiento del Estado, sino oponerse a la conducta de determinadas personas en los asuntos del gobierno. No debe verse ahí la intención de “disolver el Estado”, ni de obstaculizar el ejercicio de sus funciones”.

Claro que esta solución al conflicto constitucional representada por la apertura de una crisis política, supondría, según Laband, “caer en el más perfecto y acabado de los parlamentarismos”,¹¹⁷ incompatible con el Derecho positivo y los principios constitucionales de la Monarquía prusiana, que no puede interpretarse según el modelo liberal de Estado parlamentario al estilo del belga o francés; además, en último término, ello habría supuesto, según Laband, la aplicación de un principio político, pero no de un criterio rigurosamente jurídico a la resolución de los problemas constitucionales.

NOTAS

55. Cf. G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, pp. 303-307.

Vid. infra la referencia que se hace en la nota (111) a las diferencias de planteamiento respecto de la cuestión del Presupuesto entre Laband y Jellinek.

56. Cf. Franz Neumann, *El Estado Democrático y el Estado Autoritario*, trad. cast., Paidós, Buenos Aires, 1968, p. 164. Observa Maurizio Fioravanti, *Giuristi e Costituzione Política nell'Ottocento Tedesco*, p. 422, que "el método jurídico — y con él la ciencia del Derecho público — es producto de una edad (el siglo XIX, particularmente el alemán, que podría calificarse de la era del Derecho) que podríamos definir de neutralización de las contradicciones sociales y políticas". Esta rígida antítesis entre Política-Derecho domina todo el ensayo labandiano.

56-bis. Cf. P. Laband, *Derecho Presupuestario*, trad. española, p. 3.

57. "La noción de "construcción" fué elaborada por primera vez, como es sabido por Ihering. "Construcción" es el término más comunmente usado por los juristas para indicar la operación característica de la ciencia del derecho (diferente, precisamente, de la mera interpretación de las leyes), que consiste en definir un hecho, un acto, una relación, una institución, con el fin de insertarlo en el sistema de los conceptos jurídicos. A través de aquél complejo de operaciones que se designan con el nombre de "construcción", el jurista subsume un hecho dado o un acto o una relación o una institución es esta o en aquella categoría jurídica, con el fin de atribuirle tal o cual calificación normativa y ordenarlo dentro del sistema. De la construcción depende la atribución de determinadas consecuencias jurídicas a un hecho, a un acto, a una relación o a una institución; a la construcción se le confía la formación del sistema jurídico. En esta acepción el término "construcción" está estrechamente vinculado con la noción de dogmática"; la dogmática es, en sentido dinámico, el efecto de la construcción de los juristas, en sentido estático, un conjunto de modelos proporcionados por la obra de construcción... La designación de una investigación así orientada como "formal" o, en sentido peyorativo, "formalista" se explica si se tiene en cuenta que el fin de la investigación no es ni la explicación causal ni la justificación teleológica de un instituto, sino la determinación de su estructura normativa", cf. Norberto Bobbio, *El Problema del*

Positivismo Jurídico, trad. castellana, Eudeba, Buenos Aires, 1865, pp. 23-24.

58. Gerber y Laband, los paladines del método positivista en el Derecho público han sido considerados como defensores del Estado prusiano, basado en el principio monárquico. Walter Wilhem, *Zur Juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Klostermann, Frankfurt a Min, 1958, trad. italiana de P. L. Juccini, *Metodologia Giuridica nel Secolo XIX*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 13, recoge la opinión de Landsberg que ha llamado a Laband el "albacea o ejecutor del testamento espiritual de Gerber para el Derecho público del Reich alemán". Ello es sin duda cierto, si con tal expresión se quiere significar la identidad doctrinal en el pensamiento jurídico de ambos autores y en la continuidad en la utilización del método dogmático en el estudio del Derecho. Sin embargo desde el punto de vista de las posiciones ideológicas y políticas más concretas la línea de continuidad que habitualmente suele trazarse entre Gerber-Laband-Jellinek-Kelsen ha de ser considerada con algunas matizaciones — cf. A. Gallego Anabitarte, "Sobre el comentario constitucional. Prolegómenos metodológicos al Derecho estatal", separata ampliada de la *Revista de Estudios Políticos*, n. 121, enero-febrero/62, pp. 16-24 — Gerber pertenecía al partido antiliberal, en la misma línea de Julius Stahl, el teórico del principio monárquico y fundador del Partido conservador prusiano; Laband era conservador, si bien intentó "liberalizar" en alguna medida el Estado prusiano mediante la construcción racional de su Derecho público; por lo demás las diferencias entre éste y Jellinek, cuya orientación era sin duda más abierta, son considerables; Kelsen ha sido uno de los más ardientes defensores de la democracia liberal.

59. Cf. Paul Laband, en el Prólogo a la 2.ª edición alemana de 1887 de su obra *Staatsrecht des Deutschen Reichs*, edición francesa revisada y puesta al día por el autor *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, t. 1/9 y 10, Giarde et Brière, Paris, 1900.

60. Cf. Álvaro Rodríguez, Bereijo, *Introducción al Estudio del Derecho Financiero*, Instituto de Estudios Fiscales. Ministerio de Hacienda, Madrid, 1976, pp. 361 y ss., y la bibliografía allí citada; Joaquín Tomás Villarroya, "La dirección dogmática en el Derecho Político", en *Revista de Administración Pública*, n. 79, enero-abril/76, pp. 67 y ss.

61. Como escribe Heinrich Triepel, *Derecho Público y Política*, p. 39, "para dicha Escuela, en el estudio de los problemas jurídico-estatales no se trata de otra cosa que

de un análisis de las relaciones jurídico-públicas mediante la comprobación de su "naturalidad jurídica", de hallazgo de conceptos jurídicos generales a los que se subordinan y del desarrollo de las consecuencias que se obtienen de los principios encontrados. Este análisis significa, en sentido general, una expresión de los elementos lógicos de los que se compone el concepto de institución jurídica. Se prohíbe toda consideración teleológica, pues la finalidad a la que sirve una institución jurídica se encuentra más allá de su concepto". Cf., también, Gerhardt Liebholz, "Tendencias actuales de la doctrina del Derecho Público en Alemania", en **Conceptos Fundamentales de la Política y de Teoría de la Constitución**, trad. cast. Inst. Estudios Políticos, Madrid, 1964, pp. 16-19.

62. Cfr. Paul Laband, **Derecho Presupuestario**, pág. 119 de la traducción castellana, por donde le haremos siempre las citas.

Hermann Heller, **Teoría del Estado**, trad. cast., FCE, México, 1971, 6.ª reimpresión, pp. 284-285 ha puesto de relieve el trasfondo histórico-político de la idea de Laband de que el Derecho es algo que existe como una totalidad, como un ordenamiento cerrado, sin lagunas, semejante al orden de la naturaleza; estrechamente vinculada, por tanto, a la formación del Estado moderno y a la centralización y burocratización del poder. Es una idea, pues, muy ligada a la manera en que el Estado burgués había emergido en Alemania y a las condiciones históricas en que tiene lugar la formación del Imperio Alemán en 1871.

63. "Para Laband 'jurídico' significaba simplemente estatal; se razonaba en términos 'jurídicos' únicamente cuando se trabajaba dentro de la Constitución existente", cf. Maurizio Fioravanti, **Giuristi e Costituzione Politica...**, p. 346.

64. Cf. Alessandro Baratta, "El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual", en **Sistema**, 17-18/14-18; vid., también, G. de Ruggiero, **Historia del Liberalismo Europeo**, pp. 215 y 222.

65. Cf. Francisco Rubio Llorente, **La Constitución como Fuente del Derecho**, pp. 60 y 61.

66. Cf. Manuel García Pelayo, **Derecho Constitucional Comparado**, edit. Revista de Occidente, Madrid, 1953, 3.ª edición, p. 57.

67. Cf. Hans Kelsen, **Teoría General del Estado**, trad. cast. de Legaz Lacambra, editora Nacional, México, 1979 (reimpresión), en el Prólogo escribe: "Ahora, al resumir y completar los resultados de mis anteriores trabajos monográficos en un sistema de Teoría general del Estado, veo con más claridad que antes hasta qué punto descansa mi

labor en la de los grandes predecesores; ahora me siento más unido que nunca a aquella dirección científica que tuvo en Alemania como sus representantes más ilustres a Karl Friedrich, Von Gerber, Paul Laband y Georg Jellinek. Esta dirección, apartándose de la nebulosa metafísica del Estado, pretendía ser una Teoría del Estado positivo, esto es, una Teoría del Estado estrictamente jurídica, sin matiz político alguno. Esta teoría era una parte del gran movimiento científico-social que — paralelamente a una evolución análoga en el dominio de las ciencias naturales — se dirigía contra la especulación iusnaturalista del siglo XVIII, y aspiraba, apoyada en la escuela histórica del primer tercio del siglo XIX, a constituir una teoría de la sociedad real (Sociología) y del Derecho positivo. Su método estaba influido más o menos consciente y consecuentemente por la crítica Kantiana de la razón: dualismo de ser y deber ser; sustitución de hipóstasis y postulados metafísicos por categorías trascendentales como condiciones de la experiencia; transformación de antítesis absolutas (por cualitativas y transistemáticas) en diferencias relativas, cuantitativas, intransistemáticas; paso de la esfera subjetivista del psicologismo al ámbito de la validez lógico-objetiva; he aquí algunos momentos esenciales de este método, y las directrices de mi labor teórica".

68. Cf. Manuel García Pelayo, **Derecho Constitucional Comparado**, ed. Revista de Occidente, Madrid, 1953, 3.ª edición, p. 55.

69. Cf. C. F. Von Gerber, **Über Öffentliche Rechte**, trad. italiana **Diritto Pubblico**, Giuffrè, Milano, 1971, p. 15, donde escribía: "pero sobre todo en una época en que una organización desplaza a otra, una época en que todas las relaciones públicas están sometidas a una continua agitación y todo cuanto existe está amenazado en todo momento de transformación, ésta época, pues, no es propicia para la Ciencia jurídica; es una época de la Política y no del Derecho".

Sobre el tema, vid. el excelente trabajo de Javier Pérez Royo, "El proyecto de constitución del Derecho Público como ciencia en la doctrina alemana del siglo XIX", en **Revista de Estudios Políticos**, Nueva época, n. 1, enero-febrero/78, pp. 67 y ss.; y la brillante obra de Maurizio Fioravanti, **Giuristi e Costituzione Politica nell'Ottocento Tedesco**, pp. 341-342.

70. Cf. Paul Laband, **Le Droit Public de L'Empire Allemand**, t. VI, **Les Finances de L'Empire Allemand**, edición francesa revisada y puesta al día por el autor, Giard et Brière, Paris, 1904, p. 367.

71. Pero los tiempos habían cambiado; y lo que entonces, en 1862, tuvo que publicar en el *Kreuzzeitung* (el periódico conservador, portavoz oficial de los *junkers* prusianos), según confiesa el propio Laband en sus Memorias, "porque ningún diario democrático habría aceptado mi artículo", y que había sido sepultado bajo el silencio; ahora, en 1871, después de la victoriosa guerra contra Austria en 1866, la victoriosa política de Bismarck y el sometimiento del *Landtag* al poder ejecutivo en el conflicto presupuestario, su obra "era un acontecimiento científico y político", cuyo éxito fué — según dice el propio Laband — "inesperado y poderoso". En efecto, su doctrina del Derecho público se había convertido en teoría oficial en la Alemania de Bismarck.

Cf. las memorias de Laband, *Lebenserinnerungen*, 1918, pp. 62 y ss., citado por W. Wilhelm, *Zur Juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, trad. italiana, p. 160 en nota 54.

72. Cf. Pietro Barcellona, Giuseppe Coturri, *El Estado y los Juristas*, trad. cast. de J. R. Capella, Fontanella, Barcelona, 1976, p. 102.

Como dice muy bien Christian Starck, *El Concepto de Ley en la Constitución Alemana*, p. 125: "los representantes de este método "rigurosamente científico", pero acético, daban por supuesto que sus deducciones eran independientes de las ideas sociales y políticas y del substrato social, pero no advertían que lo "extrajurídico" se colaba en su mundo de conceptos pretendidamente sólo jurídicos. Los conceptos jurídicos supuestamente válidos a priori fueron suplantados por determinados contenidos que respondían a la tradición o a exigencias políticas del momento. Este elemento "extrajurídico" irrumpió también en los conceptos de ley, con la ayuda, ciertamente, de las concepciones sobre la misión del Estado, sobre su relación con la sociedad civil y sobre la protección de la libertad ciudadana".

73. Cf. W. Wilhelm, *Zur Juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, trad. italiana, pp. 177 y 161. En contra de esta apreciación de la función política de la obra de Laband y de su método rigurosamente "jurídico", vid. las matizaciones críticas de Carlo Roehrsen, "Apología di Paul Laband nel sessantesimo anniversario della morte: Le origini e il significato del método giuridico nella scienza del Diritto Pubblico", en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*; a cura de G. Tarello, v. VIII, 1/1978, Il Mulino, Bologna, pp. 97 y ss., para quién el significado de la obra labandiana va

mucho más allá de la mera legitimación de la línea antiliberal de Bismarck, sino que tenía un valor histórico, dado que ha servido para eliminar en el mundo político alemán los últimos residuos medievales, dando forma racional a exigencias propias de la burguesía.

Ernst Fortshoff, *El Estado de la Sociedad Industrial*, trad. cast. Inst. de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 17. En el principio básico del positivismo jurídico, que encomienda al jurista estudiar únicamente el derecho positivo (leyes y costumbres) y rechazar toda divagación iusnaturalista, ética o moral, se reflejaba la confianza en el Estado tal como se manifestaba en la segunda mitad del siglo XIX, sobre todo a partir de la fundación del "Reich". Tal confianza hacia aparecer como irreal la posibilidad de que el Estado actuase antijurídicamente en forma voluntaria. ¿Pero era esto tan falso?".

74. Vid. P. Laband, en el Prólogo a la 1.ª edición de 1876 de su *Staatsrecht des Deutschen Reiches*, edición francesa, t. 1/2.

Cf. J. Pérez Royo, "El proyecto de constitución del Derecho público como ciencia en la doctrina alemana del siglo XIX", pp. 82-83.

75. Cf. Maurizio Fioravanti, *Giuristi e Costituzione Politica nell'Ottocento Tedesco*, pp. 313-315 y 354-356. En diferente sentido, cf. Carlo Roehrsen, "Apología di Paul Laband nel sessantesimo anniversario della morte: Le origini e il significato del método giuridico nella scienza del Diritto Pubblico", en particular pp. 101-114.

76. Cf. Giorgio Rebuffa, "Conservatori e progresisti nella scuola tedesca del Diritto Pubblico (Gneist, Laband, Jellinek)", en *Democrazia e Diritto*, 1979, XIX, n. 1, gennaio-febbraio, pp. 96-98. En contra, vid. *Matizaciones* de Carlo Roehrsen, ob. cit.

77. Cf. Javier Pérez Royo, "El proyecto de constitución del Derecho público como ciencia en la doctrina alemana del siglo XIX", p. 84.

78. Cf. M. Fioravanti, *Giuristi e Costituzione Politica*, pp. 309-311.

79. El origen y desarrollo de la teoría dualista de la Ley es anterior a la obra de Laband que hoy presentamos, aunque puede decirse que fué este autor quién en 1871 le dió una sistematización dogmática aplicándola a la doctrina jurídica del Presupuesto y asignando a ésta la naturaleza de ley formal que contiene, materialmente, un acto de la administración. Sin embargo, parece que quien por primera vez alude a la distinción ley formal y ley material es Von Stockmar, "Studien über das preussischen

Staatsrecht", en *Aegidi's Zeitschrift für Deutsches Staatsrecht und Deutsche Verfassungsgeschichte*, v. 1, 1867, de donde, según Hänel, la tomó Laband.

Según M. Fioravanti, *Giuristi e Costituzione Politica nell'Ottocento Tedesco*, p. 349 en nota, no disponemos, hasta hoy, de investigaciones específicas sobre la noción de Ley en Laband. Cabe citar sólo el trabajo de J. Wilhelm, *Die Lehre von Staat und Gesetz bei Paul Laband*, Diss. jur., Köln, 1967.

En cuanto a la teoría dominante en la doctrina alemana del Presupuesto como ley meramente formal que contiene un acto de administración, los primeros atisbos se encuentran en obras aparecidas en Alemania entre los años 1820 y 1840, y son el eco científico del nuevo Derecho público que se estaba formando en los Estados alemanes del sur después de la instauración en ellos del régimen constitucional desde 1818, vid. las obras de Malchus, *Politik der inneren Staatsverwaltung*, Heidelberg, 1823; *Ibid. Handbuch der Finanzwissenschaft*, 1830; Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftrechts und Staatswissenschaften*, Stuttgart, 1835; y sobre todos Pfizer, *Das Recht der Steuerverwilligung nach den Grundsätzen der Württembergischen Verfassung*, Stuttgart, 1836. Años más tarde, se ocupa de la naturaleza jurídica del Presupuesto, Fricker, "Die Natur der Steuerbewilligung und des Finanzgesetzes", en *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, v. 17, 1861; y después de él publica Rudolf Gneist su fundamental estudio *Budget und Gesetz nach dem Konstitutionellen Staatsrecht Englands*, Berlin, 1867, que marcó los derroteros por donde habían de discurrir los estudios presupuestarios posteriores.

Vid. George Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, en particular el Capítulo IX de la 1.ª Parte sobre la "Historia del Derecho presupuestario constitucional", particularmente en pp. 169-172; Gustavo Ingrassio, *Istituzioni di Diritto Finanziario*, v. I/53 y 54, Jovene, Napoli, 1935; en nuestra doctrina, abundantes referencias doctrinales en E. González García, *Introducción al Derecho Presupuestario. Concepto. Evolución Histórica y Naturaleza Jurídica*, ed. de Derecho Financiero, Madrid, 1973, pp. 121 y ss.; A. Rodríguez Bereijo, *El Presupuesto del Estado. Introducción al Derecho Presupuestario*, ed. Tecnos, Madrid, 1970, págs. 54 y ss.

80. Cf. P. Laband, *Derecho Presupuestario*, trad. cast., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 8.

Posteriormente, Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, pp. 153-158; *Ibid. La Defensa de la Constitución*, pp. 197-211, sobretodo

pp. 206 y 207, recogiendo la concepción dualista de la ley, dirá que el concepto de ley que es propio del Estado de Derecho es aquél que la identifica con una norma jurídica caracterizada por ciertas cualidades (racionalidad, rectitud, generalidad).

Pero el concepto de ley — escribe — se encuentra muy oscurecido a causa del hecho de haberse aplicado, por razones y necesidades políticas, el procedimiento legislativo y la competencia de los órganos legislativos a otros actos del Estado como si fueran de legislación. Y esto ha sido así debido a la organización característica de la Monarquía constitucional de principio monárquico, que como autolimitación del poder del Rey establecía constitucionalmente que la Ley se hacía con la colaboración de las Cámaras representativas. Y fué característico de este dualismo de poder, el que la historia de la Monarquía constitucional consistiera en una lucha política continua de la representación popular (burguesía), por ensanchar el ámbito de su cooperación en la función legislativa, extendiéndola en lo posible a todos los actos políticos importantes (como lo era, sin duda, el acto de fijación del Presupuesto del Estado).

Y el "ardid de técnica verbal" utilizado para conseguir este propósito, dice Carl Schmitt, consistió en decir en el texto de la Constitución que tales actos se realizan "en forma de Ley". "Al exigirse para la Ley, ante todo, políticamente, la cooperación de la representación popular, se explica esta inversión de términos, sencilla desde el punto de vista político, pero lógicamente falsa: lo que aparece mediante la cooperación de la representación popular es Ley". Y de ahí surge el concepto formal de Ley: Ley es todo lo acordado por los órganos Legislativos competentes dentro del procedimiento legislativo prescrito.

Así pues, el concepto de ley formales la expresión de una ampliación política de poderes y de atribuciones, comprensible como medio de lucha de la burguesía con la monarquía constitucional; y la denominamos "formal", dice Carl Schmitt, porque frente a un determinado adversario político (el poder del Rey) se libera del concepto material de la ley que limita el poder de la representación nacional. El carácter "formal" desarrollado por la teoría política de la monarquía constitucional no significado otra cosa sino que la atribución o competencia para realizar determinados actos o para colaborar en ellos, es incumbencia del Parlamento. 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 reservándose los al legislador, es decir a la colaboración del Parlamento.

Y en opinión de Carl Schmitt, en línea, con lo sostenido por Laband, la norma constitucional sobre la Ley del Presupuesto constituye un ejemplo típico de norma de reserva de competencia (que ciertos actos fijados por ley constitucional deben ser llevados a cabo por los órganos competentes para legislar y dentro del procedimiento legislativo), que no encierra una verdadera reserva material de Ley, por cuanto se refiere a la aprobación por Ley de un acto que nos es un verdadero acto legislativo. Y según Carl Schmitt sería absurdo deducir de este concepto formal de Ley "que todo lo que se toca con la varita mágica del procedimiento Legislativo se convierte en una Ley (lo que ya antes Laband, *Le Droit Public del L'Empire Allemand*, t. VI/385, en su crítica a Hünel había denominado irónicamente "el dogma de la transubstanciación mediante el poder milagroso de la forma de la Ley)", con lo que el "imperio de la Ley" ya no significaría otra cosa que el imperio de los órganos a quienes se confía la Legislación".

Este concepto material de Ley Labandiano repriminado como esencia del Estado de Derecho, en Friedrich A. Hayek, *Los Fundamentos de la Libertad*, trad. castellana, Unión Editorial, Madrid, 1978, 3.ª edición, pp. 288-290.

Vid. al respecto, el muy interesante trabajo del Profesor Francisco Rubio Llorente, "Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (sobre el problema del concepto de ley en la Constitución)", en *Revista de Administración Pública*, ns. 100-102, v. I, enero-diciembre/83, pp. 417 y ss.

81. Cf. P. Laband, *Le Droit de L'Empire Allemand*, t. II/518, edic. francesa, Giard et Brière, Paris, 1901.

El concepto material de Ley, según el cual ley es una norma jurídica, un precepto en que el Estado se dirige a sus súbditos "para fijar entre ellos y él mismo los límites de lo permitido y lo que puede hacerse", "pues es una cualidad de toda ley en sentido material el poner límites a la libertad personal en general y a la propiedad en especial", se extenderá a la doctrina alemana del Derecho Público, cf. Gerhard Anschutz, *Gesetz*, en Stengel-Fleischmann, *Wörterbuch des Deutschen Staats-und Verwaltungsrecht*, t. II, Tübingen, 1914, citado por C. Schmitt, ob. cit.

82. Cf. I. Kant, *Introducción a la Teoría del Derecho*, trad. cast. de F. González Vicén,

Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978 (reimpresión), pp. 79 y 80.

Vid. también A. Gallego Anabitarte, *Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental*, p. 133; y Federico De Castro Bravo, *Derecho Civil de España*, Parte General, I, Inst. Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 395.

83. Cf. A. Gallego Anabitarte, *Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental*, pp. 133 y 134; *Ibid. Derecho General de Organización*, Inst. Estudios Administrativos, Madrid, 1971, pp. 28 y 29; *Ibid.* "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración", en *Revista de Administración Pública*, n. 23, 1961, pp. 35-38.

84. Cf. Gerhard Anschutz, *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umgang des Königlichen Verordnungsrecht nach preussischen Staatsrecht*, Tübingen, 1901, 2.ª edic., citado por R. Carré de Malberg, *Contribution a la Théorie Générale de L'Etat*, t. I/315, Sirey, Paris, 1920.

85. Cf. R. Carré de Malberg, *Contribution a la Théorie Générale de L'Etat*, t. I/315, Sirey, Paris, 1900.

Vid. asimismo, D. Jesch, *Ley y Administración*, pp. 25-30; A. Gallego Anabitarte, *Ley y Reglamento en el Derecho público occidental*, pp. 227 y 278.

Muy ilustrativas al respecto las explicaciones que respecto al art. 62 de la Constitución prusiana ofrece el propio Laband, *Derecho Presupuestario*, pp. 16 y 17 de la traducción castellana.

86. Cf. P. Laband, *Le Droit Public de L'Empire Allemand*, t. VI/268, edic. francesa; *Ibid. Derecho Presupuestario*; trad. castellana, 23. Posteriormente, el mismo razonamiento labandiano puede verse en la doctrina alemana del Derecho Público, cf. en este sentido Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, pp. 153 y 154 (vid. supra la nota 80).

87. Cf. Laband, *Derecho Presupuestario*, trad. esp., p. 23.

88. Cf. G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 286-288. "Todas las leyes que fijan ingresos permanentes y regulan los gastos por medio de mandatos jurídicos comportan, al mismo tiempo, la obligación de los factores legislativos de incluir en el Presupuesto las sumas necesarias"; "así pues, la falta de libertad de las Cámaras en lo que se refiere al Presupuesto y a la ley presupuestaria construida sobre el mismo, no se deriva de su naturaleza de acto administrativo, ya que todos sus elementos componentes tienen que presentar necesariamente este carácter... La falta de libertad del poder legislativo pro-

cede más bien del hecho jurídico de que la ley financiera es en todas partes, por lo que respecta a los ingresos y gastos necesarios del Estado, un acto de legislación vinculada constitucional y legalmente".

89. Cf. Laband, *Derecho Presupuestario*, trad. esp., p. 35.

90. Cf. Laband, *Derecho Presupuestario*, trad. esp., pp. 36 a 39.

Laband rechaza así la concepción de las leyes tributarias como "leyes imperfectas" que necesitan de su posterior convalidación anual mediante la autorización presupuestaria, tal y como había sido sostenida por Von Rönne, *Das Staatsrecht der Preussischen Monarchie*, Leipzig, 1869, 3.ª edic., según el cual la Ley del Presupuesto constituye el fundamento legal para la recaudación de los ingresos. A juicio de Laband, ob. cit., p. 91 en nota, "aquí están clara y rotundamente resumidos en una frase todos los errores básicos que privan acerca del derecho presupuestario".

Hay que recordar que el art. 109 de la Constitución prusiana de 1850 excluía la necesidad de una autorización anual en la Ley de Presupuestos para la recaudación de los ingresos ya establecidos, y incluso mantuvo en vigor en Prusia los tributos existentes antes del advenimiento del régimen constitucional al disponer que: "Los impuestos y derechos existentes continuarán recaudándose, y todas las disposiciones de los Códigos vigentes y decretos particulares que no sean contrarios a la presente Constitución, continuarán en vigor hasta que sean modificados legalmente".

91. Cf. Laband, *Derecho Presupuestario*, trad. esp., pp. 57 a 62.

92. Cf. Laband, *Derecho Presupuestario*, p. 61.

93. Cf. Laband, *Derecho Presupuestario*, pp. 68 a 71.

94. Cf. Laband, *Derecho Presupuestario*, pp. 94 y ss. En consecuencia, "el Gobierno tiene la facultad de ejecutar la mayoría de los gastos sin necesidad del Presupuesto; lo único que hace la Ley presupuestaria es eliminar la posibilidad de que dicha facultad sea discutida". A juicio de Laband, tal es el sentido y finalidad tanto del precepto constitucional que establece la presentación anual del Presupuesto (art. 99 de la Constitución prusiana), como de la discusión parlamentaria del Presupuesto, que "no es crear una base jurídica a los gastos, sino que el Gobierno y el Parlamento se pongan de acuerdo en su cuantía" (vid. p. 92).

95. Cf. Laband, *Derecho Presupuestario*, p. 115.

96. Cf. Otto Mayer, *Derecho Administrativo Alemán*, t. II, trad. cast., Depalma, Buenos Aires, 1950, pp. 194 y 195 en nota.

97. Cf. D. Jesch, *Ley y Administración*, pp. 29-30 y p. 26.; Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, pp. 156 y 157; *Ibid.* La Defensa de la Constitución, pp. 206-208.

Karl H. Friauf, *El Control Parlamentario del Presupuesto en la República Federal de Alemania*, p. 122 escribe: "como la Corona no podía poner en vigor las leyes sin el consentimiento parlamentario, esto significó que cualquier Presupuesto requería una mayoría parlamentaria. Como la política del Gobierno dependía de la disponibilidad de recursos, esta situación parecía, por su parte, proveer de un medio de superar el dualismo Corona (Gobierno) y Parlamento, dando al Parlamento una influencia decisiva sobre la política del Gobierno. Sin embargo, tal desarrollo habría estado en completa contradicción con la base constitucional de la totalidad del sistema (o sea, el principio monárquico), de acuerdo con el cual la Corona tenía todos los poderes del Estado y al Parlamento sólo se le asignaban ciertas funciones asesoras (pero no una participación en el poder)". Cf. también, Ch. Starck, *El Concepto de Ley en la Constitución Alemana*, pp. 125 y ss. pp. 266-267.

En igual sentido, Carré de Malberg, *Contribución a la Théorie Générale de L'Etat*, t. I/316; Federico de Castro, *Derecho Civil de España*, Parte General, I, pp. 394 y 395; José Luis Villar Palasi, *Derecho Administrativo. Introducción y Teoría de las Normas*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1968, pp. 278 y 279.

98. Cf. Thoma, *Der Vorbehalt des Gesetzes im Preussischen Verfassungsrecht*, en *Festgabe für Otto Mayer*, Tübingen, 1916, pp. 167 y ss. citado por Ch. Starck, *El Concepto de Ley en la Constitución Alemana*, p. 133.

Vid. también, Franz Neumann, *El Estado Democrático y el Estado Autoritario*, pp. 44-45 y 49-50.

99. Cf. Alfredo Gallego Anabitarte, *Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental*, p. 284, siguiendo el famoso trabajo de Hermann Heller, "Der Begriff des Gesetzes in der Reichverfassung"; en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler*, fasc. 4, 1928, pp. 98 y ss.

100. Cf. Dietrich Jesch, *Ley y Administración*, p. 185; Christian Starck, *El Concepto de Ley en la Constitución Alemana*.

122 y 153, Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, pp. 156 y 157.

101. Cf. Ch. Starck, *El concepto de Ley* ..., 238 y 267, 268 y 441.

Vid. también R. Carré de Malberg, *Contribución a la Théorie Générale de L'Etat*, t. I/317 y su crítica al concepto Labandiano de regla de Derecho.

102. Cf. Manuel García Pelayo, *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, Alianza Edit., Madrid, 1977, en partic. pp. 26 y ss.; Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II/165 y 66, Edit. Civitas, Madrid, 1977 y también, F. Neumann, *El Estado Democrático y el Estado Autoritario*, p. 167; y el libro ya clásico de Ernst Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart, 1964, trad. italiana, *Stato di Diritto in Trasformazione*, Giuffrè, Milano 1973.

A esta nueva perspectiva de los derechos y de las libertades públicas me he referido en otro trabajo, cf. Alvaro Rodríguez Bereijo, "La Constitución de 1978 y el modelo de Estado: consideraciones sobre la función de la Hacienda Pública", en *Sistema*, n. 53, marzo/83, pp. 75 y ss. Vid., también, el muy sugerente trabajo del Profesor Francisco Rubio Llorente, "Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (sobre el problema del concepto de ley en la Constitución)", en *Revista de Administración Pública*, ns. 101-102, v. I, enero-diciembre/83, pp. 417 y ss., en particular pp. 425-429.

103. Siguen la teoría de Laband aceptando el principio fundamental, sin perjuicio de divergencias en algunos puntos concretos, en Alemania: G. Seidler, *Budget und Budgetrecht im Staats haushalte der Konstitutionellen Monarchie*, Wien 1885; Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, Freiburg 1887; H. Schulze, "Das Finanzrecht der Reichs- und Landtage nach älterem und newerem Deutschen Staatsrechte", en *Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, v. II, 1875; R. Gneist, *Gesetz und Budget. Constitutionelle Streifungen aus der Preussischen Ministerkrisis vom März 1878*, Berlin 1879; K. F. Von Gerber, *Grundzüge des Deutschen Staatsrecht*, Dresden, 1880; Bornhak, *Preussisches Staatsrecht*, Freiburg 1890; Adolf Arndt, "Das Preussische und dos Reichs — Budgetrecht" en *Archiv des Öffentlichen Rechts*, v. III, 1888; Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1895, edición francesa del autor *Le Droit Administratif Allemand*, t. II, Paris, 1904.

Un exámen crítico de esta doctrina — así como la de algunos duros opositores a sus teorías como Hänel, "Das Gesetz im

formellend und materieller Sinne", en *Studien zum Deutschen Staatsrecht*, v. II, 2.ª parte, Leipzig, Zorn, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, t. I, *Das Verfassungsrecht*, Berlin, 1895 y "Gesetz, Verordnung, Budget, Staatsvertrag", en *Hirth's Annalen des Deutschen Reichs*, 1889; y "Budgetrecht", en *Handwörterbuch des Staatswissenschaften*, v. 3, 1926 (4.ª edición); y Von Martitz, "Über den Constitutionellen Begriff des Gesetzes nach deutschen Staatsrecht", en *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, v. 36, 1880 — lo hace el propio Laband en el Apéndice al v. VI de su "Le Droit Public de L'Empire Allemand", 1904, pp. 357 y ss.

Para la doctrina posterior, cf. J. Von Hatschek, *Deutsches und Preussisches Staatsrecht*, II, Berlin, 1923.

En Francia la recepción de la doctrina alemana de la Ley formal, a través de: G. Jèze, "Le Budget an point de vue juridique", en *Revue de Science et de la Législation Financière*, 1907; G. Bouvier-G. Jèze, "La véritable notion de la loi et la loi annuelle des Finances", en *Rev. Critique de Leg. et de Jurispr.*, 1897; G. Jèze, *Traité de Science des Finances. Le Budget*, Paris, 1910; L. Duguit, *L'Etat, le Droit Objectif et la Loi Positive*, Paris, 1901; *Ibid. Traité de Droit Constitutionnel*, t. II, Paris, 1928 (3.ª edic.); Allix, *Traité Élémentaire de Science des Finances*, Paris, 1927 (5.ª edic.); A. Esmein, *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, Paris, 1921 (7.ª edic.).

La doctrina de Laband pasó a Italia a través de la obra de V. E. Orlando, "Studi giuridici sul governo parlamentare", en *Archivio Giuridico*, Bologna, 1886; *Ibid. Principii di Diritto Costituzionale*, Firenze, 1889; posteriormente, cf. A. Graziani, "Il Bilancio e le spese pubbliche", en *Primo Trattato di Diritto Amministrativo Italiano* dirigido por V. E. Orlando, v. IX, Milano, 1902; O. Ranalletti, *Diritto Finanziario*, Milano, 1927.

Para un pormenorizado análisis de la doctrina alemana, francesa e italiana sobre el tema, que es extensísima, me permito remitir al lector a mi obra, A. Rodríguez Bereijo, *El Presupuesto del Estado. Introducción al Derecho Presupuestario*, Edit. Tecnos, Madrid, 1970, pp. 54 y ss.; Vid. asimismo, E. González García, ob. cit., pp. 138 y ss.

Sobre la recepción de la dogmática alemana acerca del Presupuesto y la teoría dualista de la Ley en España, en las obras de nuestros primeros iuspublicistas dá completa referencia, A. Gallego Anabitarte, *Clases de Leyes y Actos del Estado: Historia y*

Dogmática. Trazos olvidados y latentes de un Derecho Público Español, IEA, Madrid, 1970 (separata), pp. 18 y 19 en nota, y más ampliamente en su libro *Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental*, partic. Cap. V, pp. 137 y ss. Sin embargo, según Gallego, la polémica acerca de si el Presupuesto es o no una ley se plantea por primera vez en nuestro país, mucho antes que en la Alemania de Bismarck, en una sesión de las Cortes el 12.12.1834, bajo la vigencia del Estatuto Real (que era una Carta otorgada inspirada en la Carta francesa de 1814 de Luis XVIII), en que polemizan el Sr. Conde de Toreno, Secretario del Despacho de Hacienda, el Sr. Marqués de Montevirgen y el Sr. Martínez de la Rosa, Secretario del Despacho de Estado, vid. pp. 73-78 y 226-235 de las ob. cit., donde se recoge con todo detalle este debate, sin duda muy interesante, y que termina con una frase del entonces Ministro de Hacienda Conde de Toreno dirigida a su oponente el Sr. Marqués de Montevirgen, que anticipa asombrosamente (siquiera dialéctamente), casi treinta años antes lo que sería la esencia del conflicto presupuestario prusiano de 1860: "¿Cómo el poder Real podría negar la sanción de los Presupuestos? ¿Cómo ha de negar la sanción de esta materia después de discutida en Cortes? Hay cuestiones que llegando a cierto punto son insolubles, y sólo se pueden contestar con otras que no lo son menos. Y así diría al Sr. Marqués de Montevirgen: ¿Qué haría la Corona si las Cortes negasen los subsidios para pagar al Ejército?"

La influencia de la teoría jurídica de Laband sobre el Presupuesto todavía perdura hoy cuando la doctrina trata de fijar el alcance de la competencia presupuestaria que los preceptos constitucionales atribuyen a las Cortes y dilucidar si el Presupuesto es un acto del Gobierno o un acto del Parlamento; cf. sus reflejos en el planteamiento de Ignacio Bayon Marine, *Aprobación y Control de los gastos públicos. Relaciones entre los órganos del Estado en materia presupuestaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1972 o en el libro, más reciente, de Francisco Escribano López, *Presupuesto del Estado y Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981 (vid. supra la nota 2).

104. Cf. Jaime García Añoveros, *Naturaleza Jurídica del Presupuesto*, en Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas, t. III/438, v. 2.º, IEP, Madrid, 1962.

No deja de ser significativo que incluso en la misma Alemania la concepción labandiana, restrictiva del poder parlamentario en

matéria presupuestaria haya perdurado más allá de la época de la monarquía constitucional o limitada en que fuera formulada, prolongándose a la época de régimen parlamentario de la República de Weimar (cf. la obra de Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*) y aún hoy, con la Ley Fundamental de Bonn de 1949, no falta quien trate de encontrar vestigios de ella en algunos preceptos constitucionales (p. ej. el art. 111), cf. Valerio Onida, *Le Leggi di Spesa nella Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 305.

105. Laband, *Derecho Presupuestario*, pp. 16 y 17 de la trad. castellana lo había expresado claramente: "Cuando se procedió al establecimiento del régimen constitucional, lo que importaba por encima de todo era fijar las facultades del nuevo órgano incorporado al Estado: la representación del pueblo. De acuerdo con la doctrina de la división de poderes, que entonces gozaba de vigencia casi general, y con arreglo a la terminología elaborada por el Derecho político francés, se ponía el acento sobre la significación jurídico-política de las Cámaras en su participación dentro del ámbito de la legislación... (sic). Ahora bien, la participación en la legislación — en el sentido material del término — no es en modo alguno el único derecho de la representación política; tal participación se extiende, antes bien, a todos los ámbitos de la vida política. La predilección de los autores del régimen constitucional prusiano por seguir las expresiones del modelo belga-francés y por dar a los artículos de la Ley Constitucional la forma de resoluciones que sonaran bien al oído, pero especialmente el empeño — derivado directamente de la teoría de la división de poderes — de hacer aparecer todo derecho otorgado al Parlamento como una actuación del poder legislativo... indujeron a elegir la expresión — cada vez que se quería decir que en el futuro un acto de gobierno solamente podía tener lugar bajo la probación de las Cámaras — de que dicho acto de gobierno se llevaría a cabo por ley o por la vía legislativa".

Idénticas consideraciones se repetirán en V. E. Orlando, *Principii di Diritto Costituzionale*, Barbèra, Firenze, 1912, 6.ª edic. (la 1.ª ed. es de 1889), pp. 144-146; *Ibid.* "Studi iuridici sul Governo parlamentare", en *Archivio Giuridico*, v. XXXVI, Bologna, 1886, recogido ahora en V. E. Orlando, *Diritto Pubblico Generale, Scritti varii (1881-1940) Coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 370-387; y en otros tratadistas posteriores. En la doctrina francesa, vid. A. Esmein, *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, t. II/398 y ss., Sirey, Paris.

1921, 7.ª edición revisada por H. Nèzard. En la doctrina española, cf. F. Escribano López, *Presupuesto del Estado y Constitución*, p. 265.

106. Cf. G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, cit., pp. 167 y 168. En igual sentido, V. E. Orlando, "Sul contenuto giuridico della Legge del Bilancio", en *Rivista di Diritto Pubblico*, 1911, ahora recogido en *Diritto Pubblico Generale*, p. 532. Y más recientemente, Karl H. Friauf, *El Control Parlamentario del Presupuesto en la República Federal de Alemania*, p. 145, escribe: "uno se ve obligado a preguntarse si es incluso necesario en la estructura monárquica de un sistema parlamentario de Gobierno totalmente desarrollado, considerar el voto del Presupuesto como una expresión de confianza. Después de todo, el Gobierno es elegido por el Parlamento y si perdiese la confianza de la mayoría, podría ser sustituido por uno nuevo en cualquier momento, fuera del procedimiento presupuestario. Si la pérdida de confianza deriva o no de las políticas financieras no tiene importancia.

"El rechazo del Presupuesto puede basarse en una función específica de un voto de no confianza sólo en un sistema dual (como era el de la Monarquía constitucional o limitada basada en el "principio monárquico"), en el que el Parlamento no tiene una oportunidad directa de derrotar al Gobierno".

107. Cf. R. Etourm, *Le Budget. Son Histoire et son Mecanisme*, Félix Alcan, Paris, 1912, 7.ª ed. (la 1.ª edic. es de 1889). Hay trad. castellana *Los Presupuestos*, 2 tomos, La España Moderna, Madrid, s.f.

108. Sin embargo G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, pp. 143 y 144; "en caso de conflicto entre el Gobierno y el Parlamento por lo que se refiere al Presupuesto, no se llegaría en Inglaterra, como tampoco en el Continente, a un fallo jurídico acerca de la justicia o injusticia de las decisiones presupuestarias del Parlamento sólo mediante argumentos derivados de la letra de las leyes positivas; antes bien, se llegaría a ese fallo mediante un estudio de la naturaleza de la Ley, del Estado, y de su Constitución. De esta manera, sólo desde este punto de vista puede adoptarse ho un juicio teórico sobre el rechazo (del Presupuesto)".

Vid. también, G. Jèze, *Traité de Science des Finances. Le Budget*, Paris, 1910, p. 155.

109. Cf. Laband, *Le Droit Public de L'Empire Allemand*, t. VI, pp. 312-314; Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, pp. 295-296.

110. Cf. Laband, *Derecho Presupuestario*, p. 119.

111. En sentido semejante, Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, pp. 300 y 301, al enjuiciar el derecho del Parlamento a la aprobación del Presupuesto y contemplar el caso del posible rechazo total de la ley presupuestaria, escribía: "y es que, ciertamente, todo derecho tiene sus limitaciones en la naturaleza del Estado. De la misma forma que el Estado es algo dado, antes de todo orden jurídico, como orden fáctico de los factores sociales del poder, también trata de afirmarse con encarnizada necesidad en la lucha con todos los poderes hostiles a él, incluso con el orden jurídico cuando éste, en su configuración positiva, entra en conflicto con las condiciones de existencia del Estado".

Sin embargo, hemos de advertir que la posición de Jellinek diferiría del planteamiento de Laband en punto a cómo resolver el problema del vacío constitucional ante el caso de la no aprobación de la Ley del Presupuesto, vid. Jellinek, ob. cit., pp. 300-309, y vid. la contestación del propio Laband a sus críticas en el Apéndice del t. VI de la edición francesa *Le Droit Public de L'Empire Allemand*, pp. 365-367.

Para Jellinek el conflicto presupuestario entre el Gobierno y el Parlamento, cuando no existen disposiciones del ordenamiento jurídico aplicables para resolverlo, debe concebirse como "un vacío en el que las relaciones de poder sustituyen al orden jurídico, pues "el poder estatal, en el que descansa el orden jurídico, se hace valer a sí mismo como poder efectivo en todos los casos en que el Derecho no ha empezado todavía o ha terminado".

La posición metodológica de Jellinek era menos rigidamente positivista y formalista que la de Laband, pues si bien reconocía que estos vacíos del Derecho Constitucional pueden reducirse cada vez más mediante el perfeccionamiento tanto de las instituciones estatales como de los principios y normas jurídicas, sin embargo "jamás podrá conseguir una ausencia absoluta de vacíos", porque es imposible "canalizar para siempre la corriente de la historia en el cauce de las normas jurídicas". Por consiguiente, para él — al contrario de cuanto propugnaba Laband — no era posible una solución jurídica del conflicto constitucional presupuestario partiendo del Derecho positivo alemán y dentro del mismo.

Porque "el problema que aquí se plantea no es, como afirma la reciente teoría presupuestaria (Laband), el de si las leyes materiales pueden ser derogadas por el mero

hecho de no haberse elaborado una ley formal, sino el de si el orden jurídico otorga al Gobierno el derecho de suplir la falta de leyes formales por medio de Decreto o cualquier otra disposición de rango inferior a la ley. Solamente quién se atreva a afirmar lo segundo — concluía certeramente Jellinek, que se sorprende que a nadie se le haya ocurrido esta idea durante el período de lucha por el derecho presupuestario del conflicto prusiano — habrá colmado el vacío del sistema jurídico". Conclusión que, desde el derecho positivo, era imposible.

Pero como no puede existir una Administración sin Presupuesto, pues éste es su condición jurídica y económica, si no hay un Presupuesto legal elaborado según las normas constitucionales, habrá un Presupuesto económico establecido por el Gobierno. Entonces, el problema es como reconvertir una situación anticonstitucional en una situación conforme a derecho. Jellinek sólo ve una solución jurídica definitiva al conflicto constitucional creado por un gobierno sin ley presupuestaria: la aprobación por el Parlamento de un "bill de indemnidad". ¿Y si las Cámaras se negaran a este reconocimiento legal posterior?. "Es obvio que, supuesta la primacía continuada del poder del Gobierno, el final del conflicto no puede ser otro que el de una absoluta anulación de la Constitución vigente", que abrirá el paso a una nueva situación legal y a un nuevo fundamento del Derecho.

Para evitar esta situación extrema de la vida del Estado, Jellinek proponía reducir al mínimo las posibilidades de conflicto derivadas del derecho presupuestario: bien, arbitrando medidas legales de duración limitada, como la prórroga del Presupuesto anterior, o bien dejando la solución del conflicto en manos del Tribunal de Garantías Constitucionales.

En el mismo sentido apuntado por nosotros, Maurizio Fioravanti, *Giuristi e Costituzione Politica nell'Ottocento Tedesco*, pp. 396 y 397, observa que si bien la posición de Jellinek no se separa de la de Laband en lo que se refiere a las concretas soluciones dogmáticas, como es el caso de la cuestión de la naturaleza de la Ley del Presupuesto; no obstante la actitud que uno y otro asumen ante el problema, la manera de aproximarse al tema de la Ley del Presupuesto es diferente. En este sentido, Jellinek, cuya visión era de una mayor apertura hacia los derechos de la representación popular, se separa del rígido método "jurídico" labandiano al enfrentarse con el complejo problema del Estado, tal y como éste se planteaba en la famosa cuestión de la Ley del

Presupuesto, adoptando un planteamiento crítico y menos formalista.

Aunque Jellinek no negaba la definición de la Ley del Presupuesto como Ley meramente formal, como acto de la Administración del Estado, con todo lo que ello suponía en el plano de las relaciones entre el Monarca y la representación popular; sí, en cambio, rechazaba la obstinación de Laband en hablar, incluso en el caso de conflicto irreconciliable entre los dos órganos, de soluciones necesariamente "jurídicas". "No es el Laband defensor de los derechos de la Monarquía lo que empuja a Jellinek hacia posiciones críticas, por el contrario es el Laband "jurista", técnico de las estructuras del Estado, totalmente desatento de la dinámica de la sociedad civil lo que deja a Jellinek insatisfecho", observa M. Fioravanti (p. 403).

112. Como el propio Laband escribirá años más tarde en su *Staatsrecht*: "ni la Constitución del Imperio ni la Constitución prusiana contienen indicación alguna sobre los efectos jurídicos del Presupuesto legalmente establecido. Estes efectos deben deducirse científicamente de la naturaleza jurídica del Presupuesto", cf. edición francesa, *Le Droit Public de L'Empire Allemand*, t. VI/289.

113. Cf. P. Laband, *Le Droit Public de L'Empire Allemand*, t. VI/314 en nota.

114. Cf. Laband, *Derecho Presupuestario*, p. 125.

115. Cf. G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, pp. 289-293.

Para Jellinek la Ley del Presupuesto pertenece al ámbito de la legislación materialmente vinculada, por lo cual el margen de libertad legislativa que tienen las Cámaras está aquí más restringido que en cualquier otro ámbito, y "no tienen derecho a rechazar el Presupuesto en su totalidad o aquellas partidas de gastos que se funden en títulos legales". Según Jellinek, el derecho del Parlamento a la aprobación del Presupuesto no es meramente un derecho (porque no es una concesión a la soberanía del Parlamento o del pueblo, incompatible con el principio monárquico), sino también un deber". porque todas las normas que regulan la competencia de los órganos directos del Estado están presididos por el supremo principio de "la obligación de actuar en interés del Estado". De ello se desprende que la no aprobación del Presupuesto por el Parlamento constituye, un incumplimiento por parte de éste de sus deberes constitucionales.

"Esta doctrina adquiere su mayor trascendencia práctica — escribe Jellinek, ob. cit.,

pp. 283-284 — en la monarquía constitucional. En principio esta forma de Estado se apoya en la continua actividad concordante de los dos órganos estatales directos: el Rey y las Cámaras. Ciertamente que en la realidad de la vida política esta concordancia será en muchos casos el resultado de compromiso; pero, con todo, la colaboración armónica de los dos órganos, independientes entre sí en cuanto al contenido material de sus funciones, constituye el requisito previo a ineludible de una vida política ordenada, en tanto que un conflicto entre ellos retrasaría inmediatamente la actividad del Estado, paralizaría a continuación la evolución política y, por último, en el caso de que la discusión prosiguiera, llevaría bien a la anarquía, o bien a una modificación por la fuerza de la Constitución.”

En sentido semejante, la doctrina italiana remitirá la solución del problema del rechazo de la Ley del Presupuesto al correcto ejercicio de los poderes estatales, y así V. E. Orlando, *Principii di Diritto Costituzionale*, cit., p. 167, el rechazo del Presupuesto que tuviera el sentido de negar a la Administración los medios económicos necesarios para la cobertura de los servicios públicos indispensables para el funcionamiento del Estado, “sería ciertamente inconstitucional y constituiría un verdadero exceso de poder”; V. Miceli, *Principii di Diritto Costituzionale*, Milano, 1913, 2.ª ed., pp. 825 y 826.

Pero más matizada la opinión de Angelo Majorana, *Del Parlamentarismo (Mali-Cause-*

Rimediti), E. Loescher, Roma, 1885, pp. 332-336, para quién no se puede negar a priori el rechazo del Presupuesto por inconstitucional, “pues en ocasiones es el último medio, y ciertamente extremo, pero que se puede y se debe ejercitar agotados todos los demás; también porque es el último que está en el Linde de la estricta Legalidad”.

Para un exámen de la cuestión en la doctrina actual, vid. por todos Carlo Talice, *La Legge di Bilancio*, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 231 y ss.; Mahmoud Atef Ali El Banna, *Le Particularisme du Pouvoir d'Autorisation Budgétaire*, LGDJ, Paris, 1968, pp. 52 y ss.

116. Cf. Franz von Myrbach-Rheinfeld, *Grundriss des Finanzrechts*, Leipzig, 1906, trad. francesa *Précis de Droit Financier*, Giard et Brière, Paris, 1910, pp. 31-36.

117. Cf. Laband, *Derecho Presupuestario*, p. 124.

“Si realmente el Parlamento tiene derecho a denegar cada año al Ministro la autorización para percibir los ingresos y efectuar los gastos y si el Ministro queda ante la alternativa de ceder el puesto a un sucesor agradable a la mayoría parlamentaria o ser acusado de violación de la Constitución, la consecuencia es que, de hecho, el Monarca ha perdido sus derechos de gobierno y ha sido reemplazado en sus derechos por el Parlamento. Entonces, el verdadero jefe de Estado no es el Rey; la demagogia es omnipotente en las elecciones”, cf. Paul Laband, *Le Droit Public de L'Empire Allemand*, t. VI/397, trad. francesa.