

§ 13.

El concepto de Ley propio del Estado de Derecho.

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

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

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

2. Libertad burguesa y todas las notas antes desarrolladas (§ 12, II, pág. 150) del Estado de Derecho, presuponen un concepto determinado de Ley. "Imperio de la Ley" sería una expre-

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

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

El contraste más acusado frente a este concepto de Ley propio del Estado de Derecho lo ofrecen los representantes del absolutismo del Estado. HOBBS acuñó en esto la fórmula clásica: *auctoritas, non veritas facit legem* (*Leviathan*, capítulo 19); la Ley es voluntad y mandato, no un sabio consejo; no vale por virtud de cualidades morales y lógicas, sino precisamente como mandato. En la lucha contra este concepto absolutista de Ley y en la lucha contra el postulado de los representantes del absolutismo, según el cual el Príncipe está *legibus solutus*, se afinó la conciencia del concepto de Ley propio del Estado de Derecho. Los *monarcómacos* la tuvieron (comp. GIERKE, *Althusius*, pág. 280), y en Inglaterra misma, a pesar de la supuesta omnipotencia del Parlamento inglés, no ha desaparecido la conciencia de la distinción. Ahí dió LOCKE la formulación clásica del Estado de Derecho y habló de Leyes positivas fijadas de antemano (*antecedent, standing, positive laws*), designando como antijurídicas todas las leyes *ex-post-facto*. Lo que pueda verificarse sin norma (*without a "rule"*), porque depende de la situación de las cosas, no pertenece a la Legislación (comp. la demostración *Diktatur*, págs. 41-2). Según BOLINGBROKE, el verdadero Estado está instituido como el Cosmos: dirigido por quien todo lo sabe, y gobernado por quien todo lo puede, apoya su ordenación en la unión de sabiduría y poder, lo que para él significa Legislativo y Ejecutivo, esto es, Parlamento y Monarca; el Parlamento da las Leyes, que deben valer sin excepción, siendo la sabiduría del Estado, *the wisdom of the State*, y prescribe al *power* del Rey las reglas. Ni Dios ni el Rey pueden quebrantar una Ley (*Phil. Works*, V, pág. 147). MONTESQUIEU funda de modo análogo a LOCKE su doctrina de la división de poderes, diciendo: cuando la misma corporación que da las leyes tiene también el Ejecutivo, podría, como legislador, arruinar al Estado con sus *volontés générales*, y además, como Ejecutivo, aniquilar a todo ciudadano particular con sus *volontés particulières* (lib. XI, cap. 6, del *Esprit des Lois*); con la separación de Legislativo y Ejecutivo se impedirá esa unión de normas generales y mandatos individuales; un Gobierno que "puede adoptar decisiones particulares sin estar vinculado a Leyes generales, sólidas y permanentes" es despótico. Este pensamiento de la vinculación a una norma susceptible de verdadera vinculación ("invulnerable", según la expresión de OTTO MAYER), es el nervio esencial de todo pensamiento de Estado de Derecho. Se muestra en la definición legal del proyecto de Constitución de los girondinos de 1793, sección II, art. 4: *les caractères qui distinguent les lois sont leur "généralité" et leur "durée indéfinie"*, mientras que los decretos se caracterizan por su aplicación local o particular y por la necesidad de renovación periódica; junto a eso, dicha Constitución reconoce medidas (*mesures*); hay que señalar, ante todo, como medidas tales, las actuaciones del estado de excepción en el artículo 7.

La doctrina política alemana de los siglos XVIII y XIX sostuvo este concepto en tanto que no perdió la conciencia de los principios del Estado burgués de Derecho. Para KANT es "despótico" un Gobierno que al mismo tiempo fuera

Legislador, y un legislador que al mismo tiempo adoptara actos de gobierno; KANT se mueve aquí por entero dentro del pensamiento del Estado de Derecho con división de poderes, en el que "imperla la Ley misma y no persona alguna" (*Zum ewigen Frieden*, 2.^a parte, primer artículo definitivo, *Vorländer*, pág. 199; *Teoría del Derecho*, 2.^a parte, *El Derecho público* (Conclusión), *Vorländer*, página 186, etc.) También para HEGEL la Ley es la verdad presentada en forma de cosa general (*Rechtsphilosophie*, pág. 210); el poder legislativo pronuncia la generalidad; el ejecutivo, la especialidad (pág. 358). Los propugnadores políticos y los teorizadores jurídicos del Estado de Derecho dan por supuesto incondicionalmente el concepto general de Ley. Así se expresa R. MOHL: "A la Ley es esencial una determinada fijación, llamada a la permanencia; en todas esas especies (ley constitucional, leyes ordinarias) la *generalidad* del mandato es una propiedad esencial"; "la regulación de un cierto caso jurídico por una Ley especial es inadmisibile, en tanto se trata de hechos ya consumados, a los que son de aplicación los preceptos fundamentales ya existentes". LORENZO VON STEIN dice en su *Verwaltungslehre* (primera edición, 1865, pág. 78): "La Ley surge siempre, según su más alta esencia, de la conciencia común de la vida del Estado, y se propone por eso alcanzar también siempre dos metas: quiere, por una parte, captar lo *idéntico* en todas las relaciones de hecho, y fijar la voluntad del Estado precisamente para lo idéntico en todo lo diverso." La Ley, pues, tiene que "fijar todos sus objetos con unidad y homogeneidad"; la ordenanza, por contra, surge, ante todo, de los *hechos* "y con ellos, de las singularidades y cambio de los mismos" También en RODOLFO GNEIST, tanto en su *Rechtsstaat*, 1872, como en otros escritos de este campeón liberal de la idea del Estado de Derecho, está siempre supuesto el concepto de Ley como norma general, firme, en contraste con las órdenes concretas y quebrantamientos, que pueden ser dispuestos por la voluntad de un Príncipe absoluto o por acuerdo mayoritario de un Parlamento.

3. El concepto de Ley propio del Estado de Derecho se encuentra, pues, dentro de una cierta tradición; los ejemplos ya aportados pueden aumentarse con facilidad (1). Las distintas pro-

(1) En la ojeada, en G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, págs. 113 y siguientes, se encuentran numerosas noticias sobre el concepto de Ley; sin embargo, las citas de JELLINEK están extraordinariamente mal entendidas e incluso inexactas; en la pág. 113, p. ej., aporta una manifestación de PFISTER que precisamente muestra hasta qué punto se sostiene el carácter de *generalidad* de la Ley. Los malentendidos de JELLINEK van tan lejos que en la pág. 30 traduce el giro *without a rule* por "sin precepto especial" (1), mientras que lo esencial está

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

precisamente en que significa "sin regla general". "Regla" y "voluntad" se usan indistintamente (pág. 35), y lo más asombroso es que hace aparecer a HOBBS (página 45) como representante del concepto aristotélico de Ley.

ese carácter general y puede pasar por "norma" o "Ley" cualquier mandato, cualquier medida.

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

Pero, antes de tratar esta duplicidad del concepto, hay que poner en claro la especialidad del llamado concepto formal de Ley. Pues los conceptos de Ley y de Estado de Derecho se encuentran muy oscurecidos, a causa de haberse aplicado, por razones y necesidades políticas, el procedimiento legislativo y la competencia de los órganos legislativos a otros actos del Estado, como si fueran de legislación. De aquí surge el concepto de "ley formal", que aparece, así, como contrapartida de "ley material".

1. Para el concepto formal de Ley se da la definición siguiente: Ley es lo acordado por los órganos legislativos competentes, dentro del procedimiento legislativo prescrito. Trasladar y extender las competencias y procedimientos no es, en sí, cosa desusada, ni una formalización del concepto es, en sí, nociva. Puede trasladarse, por ejemplo, el procedimiento mediante el cual se deciden los litigios jurídicos a otros asuntos, acaso al examen de actas electorales, o a la canonización. Entonces podrá hablarse de un "litigio jurídico en sentido formal" y decir que el examen de actas o la canonización son litigios jurídicos. Todavía con mayor generalidad podrían designarse como "Justicia" todos los asuntos oficiales que un juez resuelve al amparo de la independencia judicial, etc. Tales determinaciones formalistas pueden producirse en diversos sectores de la práctica jurídica; definiciones semejantes tienen, en un marco muy estrecho, el valor práctico de medio auxiliar utilizable. Para un juez penal, por ejemplo, o un funcionario forestal, puede plantearse la cuestión de qué animales han de designarse como "silvestres", y cabe responder en la práctica: "Son silvestres aquellos animales que un cazador con licencia está autorizado a matar, en el ejercicio de

su derecho, fuera del tiempo de veda". O un funcionario de la Administración de trigos podría definir: "Pan es lo que el poseedor de un bono de pan está autorizado a obtener mediante su bono", etcétera. De esta manera surgen una serie de determinaciones de conceptos formales que tienen un cierto sentido técnico-práctico, y con los que se puede trabajar hasta un cierto límite en un sector especial de la práctica jurídica. No son, en realidad, determinaciones conceptuales, sino, en parte, abreviaturas y, en parte, ficciones, y tienen el valor relativo y limitado de tales abreviaturas o ficciones. Pero sería absurdo ver en eso el método jurídico específico y creer que puede tratarse así, desde el punto de vista científico, un serio problema de la Jurisprudencia.

2. Esto, sobre todo, por lo que se refiere a prescripciones legal-constitucionales. Si es característico de la organización de la Monarquía constitucional el que sólo pueda hacerse una ley con la cooperación de la Representación popular, que ha luchado por ensanchar el volumen de su cooperación, extendiéndola en lo posible a todos los actos políticos importantes—concesión de tributos, aprobación del presupuesto, declaración del estado de sitio, declaración de guerra, nombramientos, otorgamiento de la gracia, concesiones de empresas importantes, anexiones de municipios, cambios de territorio, etc.—no es más que un simple ardid de técnica verbal, y no otra cosa, el fijar en Ley constitucional que tales actos políticos se realizan "en forma de Ley", o cuando se establece consuetudinariamente que para tales actos haya de elegirse el procedimiento de la legislación. El sentido y significación del concepto "formal" se agota con decir que la Representación popular (el Parlamento) tiene la misma cooperación y competencia para tales actos—si bien no son actos de Legislación, y a pesar de ello—que en los actos legislativos. Así como pueden resolverse todas las cosas posibles en "forma judicial", también cabe hacerlo en "forma de ley". Lo formal no tiene una significación en sí mismo, no hay que considerarlo como "forma" en ningún sentido especial o eminente, sino tan sólo como expresión abreviada de una ampliación de carácter extraordinario de la competencia de ciertas instancias.

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

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

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

Pero de tales extensiones y transferencias no se deduce nada más sino que ciertos actos fijados por ley constitucional o por costumbre jurídica deben ser llevados a cabo por los órganos competentes para legislar y dentro del procedimiento legislativo. Sería más que inconcebible querer deducir de aquí la ulterior consecuencia de que, por ello, pueden los órganos competentes para la Legislación resolver en forma de ley todo lo posible y arbitrario, y que todo lo que se toca con la varita mágica del procedimiento legislativo se convierte en una Ley, con lo que el "imperio de la Ley" ya no significaría otra cosa que el imperio de los órganos a quienes se confía la legislación. Tal consecuencia sería tan ilógica como si se quisiera utilizar de igual manera el concepto formal de Justicia para dar al juez un poder ilimitado a favor de su independencia, y sustraerle a todo control, sólo

porque hay un concepto formal de Justicia, porque el juez es también competente para asuntos distintos a la decisión de litigios jurídicos, por ejemplo, también para actos de jurisdicción voluntaria, encontrándose, para ellos también, bajo la protección de la independencia judicial. Resulta claro que el juez, pese a esa extensión de su competencia, sólo puede tratar aquellos asuntos que, o son, por su naturaleza, actos propios de la Justicia, o le han sido atribuidos expresamente. Nadie aceptará que pueda realizar cualquier acto de gobierno en forma de proceso y que, apelando a su independencia, haga lo que políticamente tenga por necesario. Pero parece que para el concepto formal de Ley no se repara apenas en esta sencilla realidad. G. JELLINEK (*Gesetz und Verordnung*, pág. 232) dice: "Todas las formas por medio de las cuales una persona puede actuar sobre otra, se encuentran a disposición del Estado." Aún más chocantes y características, por la falta de toda consciencia del Estado de Derecho, son las frases de LABAND (*Staatsrecht*, II, pág. 63): "Por una ley es posible, tanto decidir un litigio jurídico pendiente como declarar la validez o invalidez de un acto de gobierno, como reconocer o recusar una elección, como otorgar un indulto o amnistía... No hay, en una palabra, ningún objeto de toda la vida estatal—pudiera decirse, ningún pensamiento—que no pueda convertirse en el contenido de un ley." Eso es una mala inteligencia, y cuando se concibe y piensa, como por desgracia sucede, irreflexivamente, que las autoridades legislativas están autorizadas a realizarlo todo en forma de ley, ello es inexacto y falso. La vía legislativa viene al caso, prescindiendo de los trasposos antes citados, que requieren un especial título legal-constitucional, sólo para las leyes en el sentido del Estado de Derecho.

III. *El concepto político de Ley.* Se explica que fuera posible la confusión de este llamado concepto formal de Ley, ante todo, porque hay un concepto político de Ley—claro está que junto al concepto de Ley propio del Estado de Derecho—. La expresión "concepto político de Ley", que aquí se usa, no está pensada como contraposición de un concepto jurídico de Ley. Jurídicamente, es decir, para la Ciencia jurídica, y sobre todo para

una Teoría de la Constitución, ambos conceptos de Ley son objeto en igual medida de la consideración científica. Ambos corresponden a una Constitución moderna, porque no hay ninguna Constitución moderna sin esos dos distintos elementos—la parte política y la que es típica del Estado de Derecho—con que se corresponde el dualismo de los dos conceptos de Ley. “Político significa aquí, en contraste con Estado de Derecho, un concepto de Ley resultante de la forma de existencia política del Estado y de la conformación concreta de la organización del dominio. Para la concepción del Estado de Derecho, la Ley es, en esencia, norma, y una norma con ciertas cualidades: regulación *jurídica* (recta, razonable) de carácter *general*. Ley, en el sentido del concepto político de Ley, es *voluntad y mandato* concretos, y un *acto* de soberanía. Ley en un Estado de principio monárquico es, por eso, la voluntad del Rey; Ley, en una Democracia, es la voluntad del pueblo: *lex et quod populus jussit*. El esfuerzo de un consecuente y cerrado Estado de Derecho va en el sentido de desplazar el concepto político de Ley para colocar una “soberanía de la Ley” en el lugar de una soberanía existente concreta, es decir, y en realidad, dejar sin respuesta la cuestión de la soberanía, y por determinar la voluntad política que hace de la norma adecuada un mandato positivo vigente. Ya se ha dicho (pág. 126) a qué embozos y ficciones conduce esto, y que todo caso serio de conflicto vuelve a plantear el problema de la soberanía. De aquí es preciso deducir que junto al concepto de Ley propio del Estado de Derecho, junto a la figura técnico-jurídica auxiliar del llamado concepto formal de Ley, existe todavía un concepto político de Ley que ninguna especie de Estado o de Derecho es capaz de suprimir.

1. Cuando la burguesía liberal quiso, en el siglo XIX, introducir su Estado de Derecho, no podía contentarse con establecer principios y normas contra el Absolutismo. Tenía que reclamar, frente a las instituciones estatales concretas del principio monárquico, entonces existentes, otras instituciones políticas, de distinta disposición, pero también concretas. Se luchaba, no sólo por el Estado de Derecho *in abstracto*, sino, ante todo, por los derechos de la “Representación popular”, es decir, por una extensión

y ampliación de las facultades y competencias del Parlamento. Como última consecuencia y resultado político, eso conducía a la Democracia. Pueden vincularse a diversas instituciones las garantías orgánicas del Estado de Derecho; pero también ellas conducen conjuntamente a que se exija una cooperación lo más extensa posible de la Representación popular. Era la dirección natural de una lucha política contra un fuerte Gobierno monárquico. En semejante situación política, las dos exigencias diferentes—concepto de Ley propio del Estado de Derecho y cooperación, lo más extensa posible, de la Representación popular—habían de ir enlazadas. En tanto el Gobierno del Monarca fué lo bastante fuerte por sí mismo para poner en peligro el Estado de Derecho, apenas si hubo consciencia de la peculiaridad de cada una de ambas exigencias, produciéndose la confusión de dos conceptos distintos de Ley: el que es propio del Estado de Derecho y la considera como una *norma* caracterizada por ciertas cualidades, y el concepto democrático de Ley como *voluntad* del Pueblo, con lo que entonces se colocaba la voluntad de la Representación popular, del Parlamento, en lugar del Pueblo, como cosa evidente y, casi siempre, de modo tácito. La cooperación de la Representación popular ha de entenderse, naturalmente, sólo como una de las características del concepto de Ley derivadas del concepto democrático-político de Ley.

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

que se necesita una ley aprobada con la cooperación de la Representación popular para invadir la libertad y propiedad, y que para esto no basta una Ordenanza real. Para entender este concepto de Ley (Ley = límite de la libertad o de la propiedad) es necesario considerar la situación política de donde surgió. En la lucha política contra un fuerte Gobierno monárquico, la cooperación de la Representación popular tenía que ser acentuada cada vez con más fuerza, como criterio adecuado, hasta convertirse en lo decisivo. Al exigirse para la Ley, ante todo, políticamente, la cooperación de la Representación popular, se explica esta inversión de términos, sencilla desde el punto de vista político, pero lógicamente falsa: lo que aparece mediante la cooperación de la Representación popular es Ley. Imperio de la Ley significa entonces cooperación, o, en definitiva, imperio de la Representación popular. La burguesía trataba de preservarse de invasiones en la libertad personal y propiedad privada, y planteó, como cosa del Estado de Derecho, la exigencia de que tales invasiones sólo pudieran verificarse "a base de una Ley". Ley era, en este sentido, la cooperación de la Representación popular, de la representación de los afectados por la invasión de que se tratase. Al contrario, una *Ordenanza* emitida por el Rey solo—aun cuando, por lo demás, sea recta, razonable y certera, y corresponda a todas las cualidades de una verdadera norma jurídica—no será considerada como Ley. "Políticamente, el movimiento liberal perseguía una doble finalidad: pretendía ganar para la burguesía un adecuado influjo en la formación de la voluntad política del todo estatal, y después, también, guardar con eficacia la esfera de libertad individual del ciudadano, que todavía seguía siendo cuestionable como objeto del obrar político. Ambas cosas creía realizarlas al asegurarse el influjo correspondiente en la legislación" (G. HOLSTEIN, *Die Theorie der Verordnung im französischen und belgischen Verwaltungsrecht*, Homenaje a E. Zitelmann, en Bonn, 1923, pág. 362). El interés capital de la literatura jurídico-política se movía en derredor a esa distinción política entre Ley y Ordenanza. Se intentaba "regular por ley todas las colisiones del Poder público con persona y propiedad", si bien ya R. GNEIST (*Rechtstaat*, pág. 159) había reconocido con acierto que el límite

entre Ley y Ordenanza es casual en gran medida; que todavía no se encuentran reguladas por Ley en ningún Estado todas las injerencias en la libertad personal y la propiedad. La situación política requería una fórmula simple para delimitar Ley y Ordenanza, es decir, poder de la Representación popular y poder del Rey. Por este interés hacia una característica secundaria, pero políticamente utilizable, se perdieron los criterios fundamentales, cualitativos, del concepto de Ley peculiar del Estado de Derecho. El libro antes citado de G. JELLINEK, *Gesetz un Verordnung* (1887), es un ejemplo de esta postergación del interés teórico.

En las luchas constitucionales del siglo XIX llega, pues, a establecerse que las invasiones en la libertad y en la propiedad privada sólo pueden tener lugar "a base de una ley". Aquí también resultaba, políticamente, sencilla, pero lógicamente falsa, la inversión de términos: Ley es una invasión en la libertad y en la propiedad privada. Todas las explicaciones de G. ANSCHÜTZ, por ejemplo, sobre el concepto "material" de Ley se desenvuelven bajo este punto de vista. Se apoyan en la idea certera de que toda regulación constitucional de las facultades del Legislador *presupone* un concepto material de Ley; pero acepta como supuesto, no el concepto de Ley que auténticamente corresponde al Estado de Derecho: norma dotada de ciertas cualidades, sino el concepto político que acaba de citarse. Y claro está que no puede ser la esencia de la Ley el invadir la libertad y propiedad privada, pues todos los demás actos posibles—permitidos y no permitidos—las invaden. Por eso, a lo que se llegaba entonces, en 1848, con este concepto de ley, era sólo a asegurar por ley constitucional la cooperación de la Representación popular para tales invasiones, impidiendo que el Gobierno monárquico las realizase por Decreto, es decir, sin dicha cooperación. La garantía verdadera del Estado de Derecho consiste en que, no pudiendo verificarse tales invasiones sino por medio de una ley, la ley se corresponde con ciertas *cualidades* objetivas. Con esta garantía se une la garantía democrático-política, dirigida contra el absolutismo del Príncipe, y consistente en la cooperación de la Representación popular. La garantía del Estado de Derecho va dirigida contra *todo* absolutismo, y pone límites objetivos a *todo* concepto polí-

tico de ley, sea el monárquico, sea el democrático, impidiendo que se considere como ley cualquier invasión en la libertad y propiedad realizada por el legislador, es decir, por el órgano competente para emitir leyes; ley será, por el contrario, una norma con ciertas cualidades. Pero en la realidad de la lucha política se combatió siempre contra el absolutismo entonces existente. Y la lucha contra el absolutismo monárquico entonces existente (1848) significaba una lucha por la Democracia.

3. El ideal del Estado de Derecho trata de encerrar todas las posibilidades de actuación estatal, sin residuo, en un sistema de normaciones, limitando así el Estado. En la realidad práctica, sin embargo, da lugar a que se desenvuelva un sistema de actos apócrifos de soberanía (arriba, § 11, II, pág. 119). Si esta práctica es generalmente reconocida hoy en todos los casos de Estado burgués de Derecho, esto no se debe a una regulación legal-constitucional consciente, sino a que, frente al concepto de Ley propio del Estado de Derecho, se revela más fuerte un concepto político de Ley. En el sentido del Derecho constitucional democrático, por ejemplo, es lo consecuente que la Representación popular, en tanto pueda identificársela sin objeción con el Pueblo, lleve a cabo tales actos de soberanía. El respeto hacia el concepto de Ley propio del Estado de Derecho pretende manifestarse entonces haciendo que se guarden las formas prescritas para una ley de reforma constitucional (art. 76, C. a.). A la teoría de la Constitución le interesa, sin embargo, distinguir en esto; y la distinción es también significativa en la práctica, sobre todo, porque en una Democracia consecuentemente llevada a ejecución, las conexiones que le son propias se hacen conscientes poco a poco, y, en realidad, no es el Parlamento, sino el cuerpo electoral, quien actúa como sujeto de la voluntad política.

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

La ejecución orgánica del Estado de Derecho depende de que el carácter general de la norma jurídica quede garantido. No en particularidades de organización, sino en este supuesto central,

estriba lo que con palabras de RODOLFO GNEIST puede designarse como "punto de Arquímedes del Estado de Derecho".

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

2. La construcción protectora, peculiar del Estado de Derecho, se basa en la distinción entre regulaciones legales de ca-

rácter general y la aplicación de esas reglas por el juez o por una autoridad administrativa. La invasión en la Libertad y Propiedad tiene lugar, *no por medio de una ley*, sino *con arreglo a una ley*. La garantía de la propiedad privada, por ejemplo, como uno de los fundamentos del Estado burgués de Derecho, se ha desarrollado en la práctica de la vida estatal en forma de un derecho de expropiación, cuyo sentido decae, cuando decae la distinción entre ley general y aplicación especial de la ley. La regulación contenida en la ley de expropiación determina bajo qué supuestos y dentro de qué procedimientos se puede expropiar; esta norma general se aplica al caso concreto de expropiación, y la expropiación tiene lugar por un acto de las autoridades administrativas (separadas de la Legislación). La Ley es fundamento, supuesto general, pero no instrumento de la invasión. Por eso, la garantía de los derechos individuales de libertad contiene siempre el giro de que las intervenciones en la esfera de libertad garantida sólo son lícitas *con arreglo a las leyes*. El artículo 114, C. a., dice, por ejemplo: "La libertad de la persona es inviolable; sólo será lícito al Poder público menoscabar o privar de la libertad personal *con arreglo a leyes*"; o el art. 115: "El domicilio de todo alemán es, para él, un reducto libre; es inviolable. Las excepciones sólo serán lícitas *con arreglo a leyes*". De igual manera se dice en el art. 153, C. a.: "La expropiación sólo podrá tener lugar *con base legal*." Con esto se excluye que la invasión concreta, por ejemplo, el acto mismo de expropiación, adopte la forma de ley y que, por ejemplo, pueda expropiarse *por medio* de una ley en sentido formal. Si excepcionalmente fuera lícita una tal "ley", estaría empleado con acierto el giro "por medio de ley"; por ejemplo, cuando en el art. 156, C. a., se dispone por ley constitucional, respecto a la socialización de empresas económicas, que el Reich puede transferir a propiedad común, *mediante ley*, empresas económicas privadas aptas para ello.

Comp. los ejemplos, arriba, II, 2, pág. 151. Por lo que se refiere al derecho de expropiación, observa M. LAYER, *Prinzipien des Enteignungsrechtes*, Leipzig (Disertaciones de Derecho político e internacional editadas por G. JELLINEK y G. ANSCHÜTZ), 1902, pág. 177: "En la medida en que el interés pú-

blico era la razón jurídica de la expropiación, ésta venía traída también, ciertamente, por el Absolutismo: pero ahora lo es una *norma legal*, lo que ya presenta una gran diferencia." Un caso, interesante para la teoría y la práctica, de esta distinción típica del Estado de Derecho, entre Ley y aplicación de la Ley, se encuentra en el § 22, 4, de la Ley prusiana de Montes de 24 de junio de 1865 y 18 de junio de 1907, BRASSERT-GOTTSCHALK, comentario a esta Ley de Montes, 2.^a ed., 1913, pág. 34, sobre las deliberaciones del § 2, 4. La Cámara de Diputados quería elegir el texto: "el traspaso tiene lugar por ley". Ese texto fué cambiado en la Cámara alta, a propuesta de DERNBURG, de este modo: "La ordenación del traspaso tiene lugar por ley", porque "está en el fondo de todas las reflexiones, tanto de orden práctico como también constitucionales, el que cada traspaso se regule por ley, penetrando de esta manera en la competencia del poder ejecutivo" (*Informe estenográfico*, 1907, págs. 294, 341 y siguientes). El giro "con arreglo a la ley" (a distinción de "por ley") es esencial para estructurar en el Estado de Derecho el derecho de expropiación, resultando característica la forma de expresión del § 164 de la Constitución de Francfort de 28 de marzo de 1849: "Sólo puede verificarse una expropiación por consideraciones del bien común, y sólo con arreglo a una ley y con justa indemnización". Es sintomático respecto a la disolución de la conciencia del Estado burgués de Derecho el que un giro tan claro no sea entendido ya, y no se distinga hasta ahora en ninguno de los Comentarios a la Constitución de Weimar una expropiación con arreglo a una ley, de una expropiación por ley. Incluso un jurista tan agudo y con tanto sentido del Estado de Derecho como RICHARD GRAU ha combatido el intento de restablecer la vieja y evidente distinción (CARL SCHMITT, *Unabhängigkeit der Reichter, Gewährleistung des Privateigentums, Gleichheit vor dem Gesetz*, Berlín, 1926), aportando, para refutarlo, el que en las regulaciones de la Ley constitucional de Weimar se ha querido dar al Reich un derecho *material* de expropiación (*Der Vorrang der Bundeskompetens*, Homenaje a HEINITZ, 1926, pág. 403); se refiere a una manifestación contenida en los *Protocolos*, pág. 74. La manifestación allí impresa del diputado DELBRÜCK enuncia tan sólo que para muchos casos, "por ejemplo, cuando un ferrocarril debe ir por varios Estados", puede ser necesario regular en vías de la legislación del Reich el derecho material de expropiación, con lo que, evidentemente, "el derecho material de expropiación" significa cosa distinta a la facultad de realizar el acto concreto de expropiación. DELBRÜCK habla sólo de "regulación legal". BEYERLE propone en ese lugar que se deje el derecho de expropiación a la legislación del Reich, sólo en tanto "que sea necesario para emitir preceptos del Reich con carácter igual"; en ese lugar habla (con el asentimiento de DELBRÜCK) del Reich, sólo como *Legislador*. M. SPAHN dice: "El derecho de expropiación tiene que ser, indispensablemente, regulado con unidad, sobre todo en la cuestión de la indemnización." La mala interpretación de GRAU es muy característica en su

confusión típica de derecho material de expropiación y acto concreto de expropiación.

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

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

lo 15, C. a. Contra el empleo indebido de la Legislación para finalidades de inspección, H. TRIEPEL: *Die Reichsaufsicht*, 1917, pág. 129.

4. El Estado burgués de Derecho se basa en la libertad y en la igualdad de los ciudadanos. Ya se dijo antes, en 2, que el concepto de libertad burguesa presupone el concepto de Ley que aquí hemos designado como propio del Estado de Derecho. Pero también el concepto de *igualdad*, bien entendido, conduce a la misma concepción de la Ley. Casi todas las Constituciones dicen hoy que "todos los ciudadanos son iguales ante la Ley". La Constitución de Weimar pronuncia ese postulado en el artículo 109, 1: "Todos los alemanes son iguales ante la Ley." Igualdad ante la Ley significa, no sólo aplicación igual de la ley emitida, sino protección contra quebrantamientos, dispensas y privilegios, cualquiera que sea la forma en que surjan. Del amplio campo de las cuestiones litigiosas a que ha conducido el postulado de la igualdad ante la Ley, interesa recoger aquí una: *la igualdad ante la Ley es inmanente al concepto de Ley propio del Estado de Derecho*, es decir, Ley es sólo la que contiene en sí misma la posibilidad de una igualdad, siendo, así, una norma general. Ante un mandato particular no hay igualdad ninguna, porque está determinado en su contenido por la situación individual del caso concreto, mientras que la Ley en el sentido del Estado de Derecho significa una regulación normativa, dominada por la idea de la Justicia, y cuya igualdad significa Justicia. El concepto bien entendido de igualdad está inseparablemente ligado al concepto bien entendido de Ley. Dondequiera que se adoptan mandatos especiales o simples medidas, se excluye con eso la consideración de ley y de igualdad. La disposición: El señor X, será expulsado del país, no es cosa en que pueda hablarse de "igualdad"; sólo afecta a una persona individual, a un hecho aislado, y se agota en ese mandato. Es absurdo decir, ante el mandato concreto de que el señor X. sea expulsado del país, que todos los alemanes podrían serlo igualmente. Ni el señor X., a quien afecta el mandato, ni cualesquiera otras personas no afectadas por él, pueden ser designadas en este caso como "iguales". La igualdad sólo cabe allí donde, al menos,

puede quedar afectada una mayoría de casos, esto es, se produce una regulación general.

El art. 109, C. a., prohíbe, pues, leyes de excepción en sentido propio, es decir, leyes dirigidas, por razones individuales, contra una persona determinada o una pluralidad de personas determinadas. Esta prohibición obliga también al legislador. Sobre la controversia de este punto, cuad. 3 de las *Publicaciones de la Unión de Profesores Alemanes de Derecho Político*, con los informes de E. KAUFMANN y H. NAWIASKY, 1927; H. TRIEPEL: *Goldbilanzverordnung und Vorzugsaktien*, Berlín, 1924, págs. 26 y sigs.; comp. ANSCHÜTZ: *Komm.*, pág. 304; LEIBHOLZ: *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, Berlín, 1925, y *AöR*, nueva serie, 12, págs. 1 y sigs.; ALDAG: *Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung*, 1925; CARL SCHMITT: *Unabhängigkeit der Richter*, 1926, y la discusión del comentario de ANSCHÜTZ: *JW.*, 1926, página 2.271; E. v. HIPPEL: *AöR.*, nueva serie, 11, págs. 124 y sigs.

5. Todas las demás configuraciones del Estado de Derecho, y todas las garantías específicas del mismo, presuponen el carácter general de la Ley. La *independencia del juez* respecto de mandatos oficiales, por ejemplo, tiene su esencial correlato en la *dependencia* del juez respecto de la Ley. Depender de la Ley significa otra cosa que depender de mandatos y órdenes especiales de un superior; significa una cosa contrapuesta. Si el legislador puede adoptar la forma de la Ley para dirigir mandatos al juez, éste deja de ser independiente; depende de los órganos competentes para legislar; y si éstos pueden usar su competencia legislativa para dirigir al juez órdenes especiales y "decretos", ellos son precisamente los superiores jerárquicos del juez. Sólo en tanto se mantenga el carácter general de la Ley son independientes los jueces. Otro ejemplo: el viejo postulado del Estado de Derecho: *nulla poena sine lege*, presupone una norma general, y se convertiría en lo contrario de la protección dicha si por un acuerdo mayoritario del cuerpo legislativo el señor X. pudiera ser condenado a muerte o enviado a presidio. La *tipicidad* de una conducta es hoy, en general, supuesto de la pena; el concepto del "hecho típico" puede convertirse en concepto fundamental de un sistema jurídico-penal, como ocurrió en BELING con la *Teoría del delito* (1906). Tipicidad e ideas análogas significan, ante todo, la posi-

bilidad de subsumir una norma general. Un modo análogo de aplicación característica del Estado de Derecho ha encontrado el concepto del “hecho típico” en el sistema de Derecho tributari de ALBERTO HENSEL (*Steuerrecht*, en la *Enzyklöpädie der Recht und Staatswissenschaften*, 2.^a ed., 1927, págs. 34, 42 y siguientes); aquí sirve para presentar la situación de sometimiento al poder en que se encuentra el contribuyente—*Steuerpflichtiger* (el deudor del tributo, *Stverschuldner*, como dice HENSEL)—, como una consecuencia de hallarse afectado por la norma (general); el “poder de imposición de contribuciones” del Estado se explica porque el Estado “está facultado, aquí como en los otros sectores de la legislación, a establecer normas que, además (¡pero siempre que haya surgido mediante la realización de un “hecho típico” una pretensión concreta!), ejecuta la voluntad de la Ley con aplicación de su propio poder coactivo, por sus propios órganos”. Todas estas construcciones desaparecen si falla el supuesto de una norma general, y muestran que la vinculación de las autoridades estatales a la Ley, que toda ejecución orgánica de la defensa de la libertad burguesa y toda exigencia propia del Estado burgués de Derecho, se apoyan en este concepto de la Ley como una norma general. Todas las otras características de la Ley, como disposición racional-substancial, justa y razonable, se han hecho hoy relativas y problemáticas; la fe jusnaturalista en la Ley de la Razón y la Razón en la Ley ha declinado en gran medida. Lo que preserva al Estado de Derecho de su completa disolución en el absolutismo de las cambiantes mayorías parlamentarias es el resto de respeto que todavía se da en la realidad hacia ese carácter general de la Ley. No es que eso sea una completa y exhaustiva definición de la Ley en sentido material. Pero es el *mínimum* general, lógico, indispensable. “La Ley no puede ser mala, injusta; pero a consecuencia de su condición general y abstracta se reduce al *mínimum* ese peligro. El carácter protector de la Ley, su misma razón de ser, estriba en su carácter general” (DUGUIT, *Manuel de Droit constitutionnel*, t. II, 1923, páginas 145 y sigs.).