

§ 14.

Los Derechos fundamentales.

I. *Ojeada histórica.*

1. *Las Declaraciones americanas de Derechos.* Se citan por unos y otros como primera Declaración de Derechos fundamentales, la Magna Carta de 1215 (arriba, § 6, II, 1, pág. 52), el Acta de Habeas Corpus de 1679 (protección contra prisiones arbitrarias y derecho a ser oído por el juez) y el Bill of Rights de 1688 (arriba, § 6, II, 1, pág. 52). En realidad, son regulaciones contractuales o legales de los derechos de los barones o burgueses ingleses, que si bien han tomado, en un proceso insensible, el carácter de los modernos principios, no tuvieron originariamente el sentido de derechos fundamentales: La historia de los derechos fundamentales comienza propiamente con las declaraciones formuladas por los Estados americanos en el siglo XVIII, al fundar su independencia respecto de Inglaterra. Aquí, en verdad, se indica el comienzo—según una frase de RANKE—de la Era democrática—más exacto: liberal—y del moderno Estado de Derecho liberal-burgués, si bien aquellas declaraciones americanas estaban, como “Bills of Rights”, en la línea de la tradición inglesa. La primera declaración (modelo, según G. JELLINEK, *La declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, ed. alemana, pág. 18) fué emitida por el Estado de Virginia en 12 de junio de 1776, siguiéndole Pennsylvania (11 de noviembre de 1776) y otros; pero no todos los trece Estados de la Unión emitieron tales declaraciones. La Constitución federal de 1787 no contenía ninguna de esas declaraciones de derechos fundamentales, habiéndolos incorporado en algunos apéndices (Amendments 1789-1791). Los más importantes derechos fundamentales de esas declaraciones son: libertad, propiedad privada, seguridad, derecho de resistencia y libertades de

conciencia y de religión. Como finalidad del Estado aparece el aseguramiento de tales derechos.

Según la concepción dominante, basada en el trabajo de G. JELLINEK: *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechten*, 4.^a ed., 1919, se desarrolló la idea de estos diversos derechos fundamentales a partir de la libertad de religión. No podemos introducir aquí la controversia sobre la exactitud histórica de la exposición de JELLINEK (comp. literatura: W. JELLINEK, en las observaciones previas de la cuarta edición del trabajo, preparada por él; HASHAGEN, en el *Zeitschr. f. d. ges. Staatsw.*, 1924, pág. 461; CARLOS BECKER: *Declaration of Independences*, Nueva York, 1922; G. v. SCHULZE-GAEVERNITZ: *Die Geistesgeschichtlichen Grundlagen der anglo-amerikanischen Welt-Suprematie*, *Arch. f. Soz. Wiss.*, 58 (1927), pág. 76, nota 19.

Para la consideración sistemática del moderno Estado de Derecho es de interés observar que el pensamiento de los derechos fundamentales contiene el principio básico de distribución en que se apoya el Estado de Derecho liberal-burgués llevado a la práctica de un modo consecuente. Significa que la esfera de libertad del individuo es *ilimitada* en principio, mientras que las facultades del Estado son *limitadas* en principio. El Estado antiguo no conocía derechos de libertad, porque parecía inconcebible una esfera privada con un derecho independiente frente a la comunidad política, y se consideraba absurdo, inmoral e indigno de un hombre libre el pensamiento de una libertad del individuo independiente de la libertad política de su pueblo y Estado. El Cristianismo apareció en un mundo dominado por el Imperio romano, en el seno de un Universo político, es decir, en el seno de un Cosmos pacificado, y, con ello, despolitizado. Esta situación del Universo político cesó cuando el Imperio romano se desmoronó con las migraciones de pueblos. Pero la Teoría de toda la Edad Media se mantiene en la idea de ese Universo; el Papa y el Emperador eran los portadores de ese Universo. En el siglo XVI se hizo ya imposible la Teoría de un Universo político, incluso su ficción, porque estaba reconocida la soberanía de los numerosos Estados que se habían formado, y el mundo había dado, en modo manifiesto, el paso hacia la situación de Pluriverso político. El Cristianismo y los representantes de la Iglesia cristiana se hallaban con eso en una situación nueva por completo. Se formaba, a partir del Estado, una nueva organización de la vida religiosa en la forma de iglesias nacionales, dominada por el pensamiento—con frecuencia muy poco claro desde un punto de vista teórico, pero muy claro en la práctica política—de que la adscripción política determina la agrupación decisiva de los hombres y que la religión no puede ser, por tanto, un asunto privado. Los rebautizados y puritanos dieron una respuesta completamente nueva. La consecuencia de su actitud frente al Estado y frente a toda vinculación social, es una *privatización* de toda religión. Pero esto no significaba que la religión perdiera su valor, sino al contrario, una relativización e incluso desvaloración del Estado y de la vida pública. La religión, como cosa suprema

y absoluta, se convierte en asunto propio del individuo, y todo lo demás, toda especie de formaciones sociales, tanto Iglesia como Estado, se convierte en algo relativo que sólo puede derivar su valor como medio auxiliar de aquel único valor absoluto. Es, sin duda, cierto en un sentido sistemático, y prescindiendo de los detalles históricos, que la libertad de religión es el primero de todos los derechos fundamentales. Pues con él se establece el principio fundamental de distribución, el individuo como tal es portador de su valor absoluto, y permanece con este valor en su esfera privada; su libertad privada es, pues, algo limitado en principio; el Estado no es más que un medio, y por eso, relativo, derivado, limitado en cada una de sus facultades y controlable por los particulares.

2. *La Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789* proclama como derechos fundamentales más importantes: libertad, propiedad, seguridad y derecho de resistencia, pero no libertad de religión ni libertad de asociación. A pesar de todas las conexiones históricas, se da aquí algo esencialmente distinto del contenido de aquellas declaraciones americanas. En la Declaración francesa se da por supuesto el concepto de ciudadano, y se continúa un Estado nacional ya existente; no se erige, como en las colonias americanas, un nuevo Estado sobre unas nuevas bases. La Declaración francesa tiene por finalidad, como se dice en la introducción, recordar en forma solemne a todos los miembros de la comunidad sus derechos y obligaciones; el Poder público será más respetado correspondiendo a esos derechos. El nuevo principio de distribución, de la libertad privada, no aparece aquí, pues, en su lógica incondicional, sino sólo como un momento de modificación en el marco de una unidad política ya existente.

Las ulteriores Constituciones francesas (1793, 1795) vuelven a traer en forma diversa Declaraciones de derechos fundamentales. La Constitución de 1795 (Constitución directorial) contiene, sin embargo, el epígrafe de las declaraciones, no sólo de derechos, sino también de deberes del hombre y del ciudadano. La Constitución de 4 de noviembre de 1848 se remite a los principios de 1789. Las leyes constitucionales de 1875, hoy vigentes, no contienen declaraciones especiales. Los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 valen también hoy, sin proclamación especial, como el fundamento evidente de la ordenación estatal (comp. arriba, § 12, I, 4, pág. 148).

3. En *Alemania*, la Asamblea nacional de Francfort proclamó en 27 de diciembre de 1848 (sec. VI, §§ 130 y sigs. de la Constitución de 28 de marzo de 1849) una serie de "derechos" bajo el epígrafe: "Los derechos fundamentales del pueblo alemán": libertad de residencia y de traslación, igualdad ante la Ley, libertad de la persona, secreto de la correspondencia, libertad de opinión, libertad de creencias y de conciencia, libertad de reunión y de asociación, propiedad privada, derecho al juez legal. La Asamblea federal de Francfort de 1851 declaró nula la obra constitucional de la Asamblea nacional de Francfort. La Constitución prusiana de 30 de enero de 1850—muy influida en esto por la Constitución belga de 7 de febrero de 1831—contenía el catálogo de derechos, tal como se había ido formando en el curso del siglo XIX: igualdad ante la Ley, libertad personal, inviolabilidad del domicilio, derecho al juez legal y prohibición de Tribunales de excepción, inviolabilidad de la propiedad privada, libertad de traslación, libertad de religión (sin embargo de lo cual, la religión cristiana se daba como base a las instituciones estatales, puestas en conexión con el ejercicio de la religión), derecho a la libre manifestación de las opiniones y libertad de Prensa, libertad de reunión, libertad de asociación.

La Constitución de Bismarck de 16 de abril de 1871 no contiene catálogo ninguno de "derechos fundamentales".

La Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919 titula su segunda parte "Derechos y deberes fundamentales de los alemanes". Bajo este epígrafe se encuentran, en parte, los derechos que se solían enumerar: igualdad ante la Ley, artículo 109; libertad personal, artículo 111; inviolabilidad del domicilio, artículo 115; secreto de la correspondencia, artículo 117; derecho a la libre manifestación de las opiniones, artículo 118; libertad de reunión, artículo 123; libertad de asociación, artículo 124; propiedad privada, artículo 153, y, en parte, prescripciones diversas, postulados programáticos, etc. El derecho al juez legal y la prohibición de Tribunales de excepción se encuentran en la primera parte, artículo 105.

4. El Congreso panruso de los *soviets* proclamó en enero de 1918 una Declaración de los *derechos del pueblo trabajador y ex-*

plotado, que pasó, como sección I, a la Constitución de la República soviética rusa de 5 de julio de 1918. Los derechos fundamentales de un Estado de Derecho liberal-burgués son, según la concepción bolchevista, sólo medios del dominio capitalista de la propiedad privada; en la proclamación de 1918 quieren establecerse los principios de un nuevo Estado. Queda abolida la propiedad privada sobre el suelo, riqueza minera y aguas, fábricas y bancos; queda solemnemente proclamada la lucha contra el imperialismo de las potencias capitalistas, la solidaridad de todos los trabajadores y explotados de la tierra, la libertad de los pueblos explotados de Asia y de las Colonias. Para garantizar a los trabajadores una verdadera libertad de conciencia, quedará separada la Iglesia del Estado y la Escuela de la Iglesia; se reconocerá a todos los ciudadanos la libertad de propaganda religiosa y antirreligiosa. La libertad de Prensa, la libertad de asociación y reunión, vale sólo para la clase trabajadora y los campesinos. Viene aquí una serie de diversas prescripciones políticas. La Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas de 6 de junio de 1923 contiene en su primera parte sólo una "Declaración sobre la fundación de Repúblicas socialistas soviéticas", en que se proclama la contraposición al mundo capitalista, pero no la enumeración de la Declaración de 1918; sin embargo, está repetida en las constituciones de los diversos Estados-miembros, y singularmente en la Constitución de la República socialista soviética rusa de 1925 (comp., ALEXEJEW, *Die Entwicklung des russischen Staates in den Jahren 1923-1925*, JöR., XIV, 1926, páginas 324, 402).

II. *Significación histórica y jurídica de la Declaración solemne de derechos fundamentales.* La Declaración solemne de derechos fundamentales significa el establecimiento de principios sobre los cuales se apoya la unidad política de un pueblo y cuya vigencia se reconoce como el supuesto más importante del surgimiento y formación incesante de esa unidad; el supuesto que —según la expresión de RODOLFO SMEND— da lugar a la *integración* de la unidad estatal. Cuando, a virtud de un gran suceso político, se funda un nuevo Estado, o se establece un principio completamente nuevo de la integración estatal por medio de una

revolución, entonces una declaración solemne es la expresión natural de la conciencia de que, en un momento decisivo, se da una cierta dirección al propio destino político. Es el caso de las Declaraciones de los Estados americanos de 1776, de la Declaración francesa de 1789 y la rusa de 1918. Aquí se trata de la "proclamación de un nuevo *ethos* político", que "anuncia en forma solemne" la "finalidad total constituyente" del Derecho constitucional (SMEND, *Informe AÖR.*, nueva serie, 13, 1927, pág. 105). En Alemania se malogró el intento que la revolución de 1848 hizo en este sentido. La Constitución bismarkiana de 1871 recibe su *ethos* político—como ha dicho con acierto SMEND—de los Estados monárquicos que formaban la Federación. Estos tenían, en general, un catálogo de "derechos fundamentales" en sus Constituciones; así que también desaparecía la finalidad práctica de una nueva proclamación. Cosa muy distinta ocurre con la Constitución de Weimar de 1919. En sus palabras iniciales se dice que el pueblo alemán está animado de la voluntad de "renovar y afirmar su Reich en la Libertad y la Justicia, servir a la paz interior y exterior y propulsar el progreso social" mediante esa Constitución. Junto al catálogo de los llamados derechos fundamentales, tal como hubo de formarse en el curso del siglo XIX, se encuentran todavía, en la segunda parte, otras declaraciones fundamentales, y cabe preguntarse hasta qué punto se da aquí la proclamación de un "nuevo *ethos* político", en medida análoga o igual a la de los otros grandes precedentes históricos. FR. NAUMANN quería, de un modo consciente, hacer una proclamación así (*Prot.*, págs. 176 y sig.). Se encontraba bajo la impresión de la antecitada Declaración rusa de los "derechos del pueblo trabajador y explotado", y decía: "La más nueva Constitución del presente, la Constitución bolchevista rusa de 5 de julio de 1918, es, por decirlo así, la competidora directa de la Constitución que aquí estamos elaborando." Deseaba, por eso, para el nuevo Estado alemán—que no había de ser individualista-burgués, ni socialista-bolchevista, sino un Estado social—una confesión de sus fundamentos y principios ideales. Si no se producía, eso sería una "deficiencia en el cuerpo del Estado que aquí queremos restablecer". Pero la Asamblea nacional de Weimar no compartió el *pathos* político de ese pensamiento. Se limitó a colocar, unos

junto a otros, diversos principios, un programa de compromiso entre fracciones, que no puede ser equiparado, dado su "carácter mixto" (*Prot.*, pág. 186) a los grandes precedentes. Tales proclamaciones no pueden "surgir" con arreglo a cualesquiera deseos e ideales, por bien intencionados que sean, sino que presuponen que un pueblo toma sobre sí, mediante su declaración, el peligro de una política nueva por entero, es decir, la agrupación en amigos y enemigos, y está resuelto a defender los nuevos principios de su Estado en lucha también, incluso, contra un poderoso enemigo exterior. Pero a las declaraciones de la Asamblea nacional de Weimar había precedido la firma del Tratado de Versalles.

La significación política histórica de los "Derechos y deberes fundamentales de los alemanes" de 1919 es, pues, distinta de la de aquellas proclamaciones de 1789 a 1918. Pero, no obstante, los principios establecidos en la segunda parte de la Constitución de Weimar tienen una significación fundamental para el Derecho constitucional y político del Reich alemán. Envuelven una decisión política de conjunto del pueblo alemán sobre el modo de su existencia, y dan al Reich alemán en su forma actual el carácter de una Democracia constitucional, es decir, de un Estado constitucional basado en el principio democrático, pero modificado por los principios del Estado burgués de Derecho. Legislación, Justicia y Administración reciben de aquí sus líneas directrices adecuadas. Ninguna ley alemana puede ser interpretada o aplicada en contradicción con ellas; ninguna ley alemana puede aniquilar un auténtico derecho fundamental. Estos principios fundamentales no pueden ser suprimidos, ni por una ley ordinaria, ni por una ley de reforma de la Constitución según el art. 76, sino sólo por un nuevo acto del Poder constituyente del pueblo alemán.

III. *División y distinción objetiva de los derechos fundamentales.*

1. Los derechos fundamentales han de distinguirse de otros derechos garantizados y protegidos en la Ley constitucional. No todo derecho fundamental se encuentra garantido en las Cons-

tuciones del Estado de Derecho por una regulación constitucional, y, a la inversa, no toda protección contra la reforma por ley ordinaria significa ya un derecho fundamental. Que el funcionario, según el art. 129, 3, 3, tiene derecho a conocer sus expedientes personales que, según el art. 149, 3, han de subsistir las Facultades de Teología en las Universidades, son cosas garantidas en la Ley constitucional, pero no derechos fundamentales. De un modo poco claro se designarán como derechos fundamentales, "haciéndolos radicar en la Constitución", todas las pretensiones y derechos que se consideren importantes. Para tener un concepto utilizable por la Ciencia es preciso dejar afirmado que en el Estado burgués de Derecho son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como *anteriores* y *superiores* al Estado, aquellos que el Estado, no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado. Estos derechos fundamentales no son, pues, según su sustancia, bienes jurídicos, sino esferas de la *Libertad*, de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa. Esto se ve con toda claridad en los derechos de libertad, que históricamente significan el comienzo de los derechos fundamentales: la libertad de religión, la libertad personal, propiedad, derecho a la libre manifestación de opiniones, existen, según esta concepción, *antes* que el Estado; no reciben su contenido de ningunas leyes, no con arreglo a las leyes o dentro de los límites de las leyes; describen el ámbito, incontralable en principio, de la libertad individual; el Estado sirve para su protección, y encuentra en ella la justificación de su existencia. El *derecho de resistencia* del individuo es el medio más extremado de defensa, y un derecho inalienable, pero también inorganizable. Pertenece de modo esencial a los derechos fundamentales.

La gran exposición histórica de la doctrina del derecho de resistencia que ha hecho K. WOLZENDORFF en su libro: *Staatsrecht und Naturrecht*, Breslau, 1916, desconoce la condición supraestatal inorganizable del derecho individualista de resistencia. WOLZENDORFF ha apreciado especialmente las teorías y proyectos de CONDORCET, mediante los cuales se "encauza" el derecho de resistencia

del individuo en una organización jurídica. Pero esta organización y "encauzamiento" significa tan sólo que el derecho individualista de resistencia se transforma en un simple medio jurídico, y el Derecho del Hombre y de Libertad, en un derecho de queja concedido, controlado y racionalizado por el Estado. Se renuncia con ello al principio fundamental de distribución, ilimitación principal de la libertad humana, y limitación principal del Estado; el individuo deja de tener derechos fundamentales y de libertad, y sólo le quedan ciertas posibilidades procesales de demanda "a medida de las leyes".

2. Los derechos fundamentales en sentido propio son, esencialmente, derechos del *hombre individual* libre, y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado. A todo derecho fundamental auténtico puede aplicarse lo que dice RICHARD THOMAS (*Festgabe für das preussische Oberwältungsgericht*, 1925, página 187): "Los afianzamientos de derechos fundamentales son estadios en el eterno proceso de flujo y reflujo, *the man versus the State*." Pero esto supone que el hombre, por virtud de su propio derecho "natural", entra en juego frente al Estado, y, mientras haya de hablarse de derechos fundamentales, no puede desecharse por completo la idea de unos derechos del individuo, anteriores y superiores al Estado. Derechos dados al arbitrio de un príncipe absoluto o de una mayoría parlamentaria simple o cualificada no pueden honestamente designarse como derechos fundamentales. Derechos fundamentales en sentido propio son tan sólo los derechos liberales de la persona humana individual. La significación jurídica de su reconocimiento y "declaración" estriba en que tal reconocimiento significa el reconocimiento del principio fundamental de distribución: una esfera de libertad del individuo, ilimitada en principio, y una posibilidad de injerencia del Estado, limitada en principio, mensurable y controlable. Resultado de tratarse de derechos pre-estatales del Hombre es el que esos derechos fundamentales auténticos valgan para todo hombre, sin atención a su nacionalidad. Son derechos individuales, es decir, del hombre individual aislado. Derechos individuales en sentido propio son, pues, sólo los derechos de libertad individual, pero no las exigencias sociales. Tales son: libertad de conciencia, libertad personal (sobre todo, protección contra detenciones arbi-

trarias), inviolabilidad del domicilio, secreto de la correspondencia y propiedad privada. En estos derechos de libertad se considera al individuo aislado. La Constitución de Weimar los enumera en la primera sección de la segunda parte, bajo el epígrafe: "La persona individual", epígrafe bajo el cual, por lo demás, se encuentran también enumerados otros derechos como verdaderos derechos fundamentales, mientras que el derecho-base individualista "libertad de religión y de conciencia" se encuentra colocado en la sección tercera, bajo el epígrafe: "Religión y sociedades religiosas" (arts. 135, 136).

Pero también los derechos del individuo en relación con otros individuos tienen que ser considerados como auténticos derechos fundamentales, en tanto que el individuo no salga de la situación apolítica de lo social puro y se reconozca tan sólo la libre competencia y la libre discusión de los individuos. Tales derechos pueden, por lo demás, perder fácilmente su carácter apolítico, y, con ello, cesan de ser derechos individualistas de libertad. Entonces no pueden tampoco corresponder ya al principio de distribución, y pierden, con el carácter humano-individualista, lo absoluto de su protección. En tal caso, la necesidad de una regulación y normación resulta del hecho de que esos derechos no quedan en la esfera del particular, sino que contienen manifestaciones sociales. Tales son: libre manifestación del pensamiento, con libertades de discurso y Prensa; libertad de cultos, libertad de reunión, libertad de asociación y de sindicación. Tan pronto como la libertad de asociación lleva hacia coaliciones, es decir, a asociaciones que se combaten entre sí y se enfrentan con medios de fuerzas sociales específicos, como huelga o *lock-out*, se ha alcanzado el punto de lo político, y ya deja de haber un derecho fundamental y de libertad. Los derechos de coalición, de huelga o de *lock-out* no son derechos de libertad en el sentido del Estado liberal de Derecho. Cuando un grupo social logra que se le dejen, sea por prescripciones expresas de la ley constitucional, sea por tolerancia tácita de la práctica, tales posibilidades de lucha, ha desaparecido el supuesto fundamental del Estado liberal de Derecho, y entonces "Libertad" ya no significa la posibilidad de

actuación, ilimitada en principio, del individuo, sino el libre aprovechamiento de la fuerza social mediante organizaciones sociales.

3. Todos los derechos fundamentales auténticos son derechos fundamentales *absolutos*, esto es, no se garantizan "con arreglo a las leyes"; su contenido no resulta de la Ley, sino que la injerencia legal aparece como excepción, y por cierto, como excepción limitada en principio y mensurable, regulada en términos generales. Es propio del principio fundamental de distribución del Estado de Derecho que se dé por supuesta la libertad del individuo y la delimitación estatal aparezca como excepción. A esto responden con frecuencia (no siempre) las expresiones de la Constitución de Weimar, cuya significación ha mostrado KURT HANTZSCHEL (*Zeitschrift für öffentliches Recht*, V, 1926, páginas 18/19) con aquella distinción, al mismo tiempo, de derechos fundamentales absolutos y relativos. El art. 114, C. a., por ejemplo, dice: "La libertad de la persona es inviolable. El poder público no puede injerirse o privar de la libertad personal sino con arreglo a una ley." O el artículo 115: "El domicilio de todo alemán es, para él un lugar franco, e inviolable. Sólo con arreglo a las leyes son admisibles las excepciones." Igualmente, el artículo 117: "El secreto de la correspondencia, tanto postal como telegráfica y telefónica, es inviolable. Sólo por ley del Reich pueden darse excepciones." Otros derechos reconocidos por la Constitución de Weimar, en cambio, son, como dice HANTZSCHEL, "de antemano, sólo relativos, es decir, garantizados, dentro de los límites o con arreglo a la Ley"; así, las libertades de industria y de contratación, artículo 151, 3: "La libertad de comercio e industria se garantiza con arreglo a las leyes del Reich", y el artículo 152: "En el intercambio económico rige la libertad de contratación con arreglo a las leyes." Incluso la propiedad privada deja de ser, en la formulación del artículo 153, un derecho absoluto; en él se advierte una contradicción entre la primera y la segunda frase del artículo: "La propiedad es garantizada por la *Constitución* (!). Su contenido y sus límites resultan de las leyes" (comp., página 199).

La terminología de la regulación constitucional, no siempre es clara e inequívoca. Eso se manifiesta de modo muy sorprendente en el más importante de los derechos sociales de libertad, en el que es origen y base de todos ellos, el supuesto de la idea liberal de la libre discusión: el derecho de libre manifestación del pensamiento, con sus consecuencias de libertad de discurso y de Prensa. El art. 118, C. a., dice con un giro equívoco: "Todo alemán tiene derecho, dentro de los límites de las leyes generales, a manifestar con libertad su opinión, oralmente, por escrito, mediante la imprenta, el grabado o de cualquier otra manera." Las palabras "dentro de los límites" parecen designar un derecho limitado desde el comienzo, así que, según esto, no cabría tratar el derecho de libre manifestación del pensamiento como derecho fundamental absoluto. Ese resultado, inverosímil en la práctica, tampoco puede justificarse por el texto, oscuro en todo caso. La historia de esa frase (comp. *OVG.*, Tribunal Supremo administrativo, t. 77, pág. 514) no ofrece especial posibilidad de aclaración. De ella podría deducirse que en el giro "dentro de los límites de las leyes generales", la palabra "generales" puede ser omitida simplemente, porque se encuentra incluida en el texto sólo por un descuido de redacción (igual *KIRZINGER: Reichsgesetz über die Presse*, pág. 203). Entonces querría decir aquel giro que el derecho de libre manifestación de las opiniones encuentra sus límites en prescripciones legales que protegen otros bienes jurídicos. Pero esto no significaría la desaparición del pensamiento del principio fundamental de distribución—libertad, ilimitada en principio, del individuo, y posibilidad, limitada en principio, de circunscribirla por medio del Estado.

Según *HANTZSCHEL (AöR. X. pág. 228, Reichspresgesetz, 1927)* y *ROTHENBÜCHER (Deutscher Staatsrechtslehretag, 1927, AöR. XIII, pág. 101)*, la palabra "general" no puede ser eliminada del giro "dentro de los límites de las leyes generales". Se relaciona únicamente con las leyes penales (como el art. 124, C. a.), de modo que con arreglo al artículo 118 la protección es menor. Pero deben quedar excluidas todas las leyes y medidas administrativas que se dirijan contra la manifestación del pensamiento *como tal*. "Leyes generales", en el sentido del artículo 118, serían, según eso, todas las leyes que, sin atención directa a una cierta opinión, protegen un bien jurídico que merece protección en sí mismo. *ROTHENBÜCHER* establece a este propósito, con acierto, que "opinión" significa una toma de posiciones publicada, de carácter fundamental. También *SMEND* (ob. cit., pág. 107) distingue según el bien jurídico protegido, pero introduce en la cuestión un contrapeso de intereses que puede fácilmente relativizar el valor absoluto del bien de la libre manifestación de las opiniones: "Leyes generales, en el sentido del art. 118, son leyes que tienen preeminencia ante el art. 118, porque el bien social que ellas protegen es más importante que la libertad de opiniones". Esto ya no corresponde a la idea del principio fundamental de distribución. Un derecho de libertad no es un derecho o bien capaz de entrar a contrapesarse con otros bienes en una pugna de intereses.

Para el principio de los derechos fundamentales no hay nada más importante que esa libertad, y la cuestión está solamente en encontrar la medida para delimitar las injerencias estatales, sean leyes o actos administrativos, haciéndolas mensurables y, de este modo, controlables.

La opinión aún hoy dominante parece ir en el sentido de que las delimitaciones del derecho de libre manifestación del pensamiento sobre una base legal siguen valiendo como hasta ahora, y que por leyes generales es preciso entender, no sólo las leyes penales, sino también las autorizaciones de policía, como § 10, II, 17 ALR., *Derecho general prusiano* (ANTSCHÜTZ, *Komm.*, página 323; R. THOMA, *ob. cit.*, pág. 213). Para prescripciones particulares (por ejemplo, § 9 de la ley prusiana de 12 de mayo de 1851, o § 5 de la ley de Prensa del Reich), sin embargo, habrá que establecer nuevas excepciones; deben ser suprimidas por el artículo 118. La concepción atinada podría ir en el sentido de que las palabras "dentro de los límites de las leyes generales" significan sólo las reservas legales generales. En la palabra "general" se hace valer un sentido adverbial, enunciando: "como, en general, con los derechos fundamentales", con lo que podría desconocerse aquí el carácter general de las leyes, que corresponde precisamente a una verdadera reserva de la ley, y al mismo tiempo, el reconocimiento de que una ley dirigida contra el derecho de libre manifestación del pensamiento como tal es inadmisibles. En esto estriba la gran significación de las tesis de ROTHENBÜCHER.

La formulación del artículo 118, reconocidamente oscura y desgraciada, no presenta este derecho fundamental como derecho fundamental auténtico. En la Constitución de Weimar hubo de ser garantido dentro del catálogo de los demás derechos fundamentales, con dos limitaciones especiales: la de hacer posible una lucha contra la pornografía y la defensa de la juventud en los espectáculos públicos (ley para la protección de la juventud contra la literatura pornográfica, de 18 de diciembre de 1926, *Gac.*, I, 505), además de la licitud constitucional de una censura cinematográfica (ley de cinematógrafo de 12 de mayo de 1920, *Gac.*, pág. 953). Esta última limitación es de especial interés para el proceso de los derechos fundamentales liberales, porque muestra que con la creciente intensidad de la vinculación social del individuo, y con el cambio de la técnica de la comunicación, desaparece el viejo principio liberal de distribución, convirtiéndose en simple ficción la idea de la libertad ilimitada del individuo. Al exceptuar una cierta técnica de comunicación del pensamiento, la técnica cinematográfica, de entre los medios de la libre manifestación del pensamiento, cesa palmariamente el derecho liberal de la libre manifestación del pensamiento. Puede decirse quizá, sin embargo, que la técnica cinematográfica no es una técnica de la manifestación del pensamiento en el mismo sentido que la escritura y la prensa. Pensamiento significa aquí, según ROTHENBÜCHER afirma con acierto, una toma de posición de carácter fundamental, pu-

blicada. En realidad, la libertad de manifestación del pensamiento se refiere al principio de la libre discusión, que para la idea liberal es el medio adecuado a la integración de una unidad social. Pero discusión supone, 1, pensamientos humanos, y 2, pensamientos manifestados por el lenguaje humano. Escritura y prensa son medios de difusión de pensamientos; el cine, por el contrario, en tanto que no es simple escrito proyectado en la pantalla, es sólo cuadros y exposición mímica, y, por lo tanto, no lenguaje ni pensamiento transmitido por la palabra humana hablada o escrita. No comporta una discusión auténtica. En esto podría estribar una justificación ideal de que toda la técnica cinematográfica se encontrase excluida del derecho a la libre manifestación del pensamiento. Pero, por lo demás, esa significación del cinematógrafo muestra hasta qué punto ha pasado a segundo término la necesidad de una discusión liberal. El problema político del influjo de masas por el cinematógrafo es tan significativo que ningún Estado puede dejar sin control este poderoso instrumento psicotécnico; tiene que sustraerlo a la política, neutralizarlo, lo que en realidad implica—puesto que la política es inevitable—ponerlo al servicio del orden existente, aun cuando no tenga el ánimo de utilizarlo abiertamente como medio para la integración de una homogeneidad psicológico-social.

5. De muy otra manera son los derechos ciudadanos esencialmente *democráticos*. También pueden ser designados como derechos fundamentales, pero en sentido muy distinto que los derechos individualistas de libertad. Al dualismo de los elementos de una Constitución moderna del Estado de Derecho (abajo, § 16. página 231), corresponde aquí un dualismo de los derechos fundamentales. Los derechos ciudadanos democráticos no presuponen al hombre individual libre en el estado extra-estatal de "libertad", sino al ciudadano que vive *en* el Estado, al *citoyen*. Tienen por eso un carácter esencialmente político. Hay que distinguirlos de los derechos individuales fundamentales, como derechos de *status* político (G. JELLINEK) o como derechos populares. (FLEINER, *Bundesstaatsrecht*, pág. 288). El contraste más importante estriba en que no pueden ser ilimitadas en principio, no pueden ser "libertades", y por ello no corresponden al principio de distribución de los auténticos derechos fundamentales. Se mueven *dentro* del Estado, y afectan sólo a una cierta medida de la participación en la vida del Estado. Están informados por el **pensamiento democrático** de la igualdad, y deben recaer sobre

todos los ciudadanos en la misma medida. Naturalmente, no son para extranjeros, porque entonces cesaría la unidad y comunidad política y desaparecería el supuesto esencial de la existencia política, la posibilidad de distinción entre amigos y enemigos. A estos derechos democráticos pertenecen: la igualdad ante la Ley (art. 109); el derecho de petición (art. 126, C. a.), que, según la concepción acertada, es un derecho ciudadano y no un derecho general del hombre; el derecho de sufragio igual del ciudadano (artículos 22 y 17, C. a.); acceso igual a todos los cargos públicos, con arreglo a las aptitudes (art. 128, C. a.).

6. A su vez, tienen distinta estructura los derechos, esencialmente *socialistas*, del individuo a prestaciones positivas del Estado. No pueden ser ilimitados, pues todo derecho a prestaciones ajenas es limitado, pero lo sería en cualquier caso un derecho de todos a prestaciones del Estado. Tales derechos presuponen una organización estatal a la que se incorpora el individuo titular del derecho. Con eso, su derecho se relativiza ya. Es *condicionado*, y ciertamente, por una organización que incluye al individuo, le asigna su puesto, mide y racionaliza su pretensión. Cuando una ley constitucional proclama el "derecho al trabajo", no puede pensarse con ello en un derecho ilimitado en principio. Sólo puede consistir tal "derecho al trabajo" en un sistema de organizaciones, inscripciones, investigaciones médicas, certificado de trabajo, talones de trabajo y deberes de prestar el trabajo asignado, como asistencia organizada o en la forma de una bolsa de trabajo o seguro contra el paro, a la manera de la ley alemana de 16 de julio de 1927 (*Gaceta*, I, pág. 187). Según su estructura lógica y jurídica, tal derecho se encuentra en contraposición con los auténticos derechos fundamentales y de libertad, siendo por eso erróneo el hablar indistintamente de "derechos fundamentales". Son ejemplos de esa especie de derechos: el derecho al trabajo; derecho a la asistencia y subsidio; derecho a la enseñanza e instrucción gratuita (art. V, 17 de la Constitución soviética de 1918, pero no en igual medida, art. 145, C. a.) art. 119, C. a.: "Las familias numerosas tienen derecho a la protección y asistencia

del Estado"; art. 163, 2: "Debe darse a todo alemán la posibilidad de ganar su sustento por medio del trabajo económico. En tanto que no se le pueda proporcionar trabajo adecuado, se cuidará de su necesaria manutención. El detalle será fijado por leyes especiales del Reich."

OJEADA DE CONJUNTO SOBRE LOS DERECHOS DEL INDIVIDUO
TRATADOS EN 1, 5 Y 6.

<i>Derechos de libertad del individuo aislado.</i>	<i>Derechos de libertad del individuo en relación con otros.</i>	<i>Derechos de individuo en el Estado, como ciudadano.</i>	<i>Derechos del individuo a prestaciones del Estado.</i>
Libertad de conciencia, Libertad personal, Propiedad privada, Inviolabilidad del domicilio. (Secreto de la correspondencia.)	Libre manifestación de las opiniones, Libertad de discurso, Libertad de Prensa, Libertad de cultos, Libertad de reunión, Libertad de asociación, (Libertad de coalición, en tránsito ya hacia lo político.)	Igualdad ante la ley, Derecho de petición, Sufragio igual, Acceso igual a los cargos públicos.	Derecho al trabajo, Derecho a asistencia y socorro, Derecho a la educación, formación e instrucción.
Garantías liberal-individualistas de la esfera de libertad individual, de la libre competencia y la libre discusión.		Derechos político-democráticos del ciudadano individual.	Derechos y pretensiones socialistas (o más suavemente: sociales).

IV. Hay que distinguir las garantías institucionales de los derechos fundamentales.

1. Mediante la regulación constitucional, puede garantizarse una especial protección a ciertas instituciones. La regulación constitucional tiene entonces la finalidad de hacer imposible una supresión en vía legislativa ordinaria. Con terminología inexacta se suele hablar aquí de derechos fundamentales, si bien la estructura de tales garantías es por completo distinta, lógica y jurídicamen-

te, de un derecho de libertad. Ni aun siquiera cuando se aseguran con la garantía institucional derechos subjetivos de individuos o de corporaciones—lo que no es obligado—, hay ahí derechos fundamentales ningunos. La garantía institucional es, por su esencia, limitada. Existe sólo dentro del Estado, y se basa, no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines, aun cuando las tareas no estén especializadas en particular, y sea admisible una cierta “universalidad del círculo de actuación”.

A esto corresponden los llamados derechos fundamentales de los municipios, p. ej., § 184 de la Constitución de Francfort de 1849: Todo municipio tiene como derechos fundamentales de su Constitución: a) la elección de sus directores y representantes; b) la administración independiente de sus asuntos municipales, incluida la policía local, bajo la alta inspección del Estado legalmente ordenada, etc. El art. 127, C. a., declara: Los municipios y las asociaciones de municipios tienen el derecho de administración autónoma dentro de los límites de la ley. Este postulado contiene una garantía legal-constitucional: el instituto de la autonomía queda garantizado por ley constitucional del Reich, de manera que la institución de la administración municipal autónoma como tal no puede ser suprimida, y todas las leyes que por su contenido objetivo nieguen esta administración autónoma del municipio, o arrebaten su esencia, son inconstitucionales. Por el contrario, no se garantiza en esa prescripción un derecho a la existencia del municipio en particular, o de la asociación de municipios en particular. Por eso son posibles también anexiones de municipios, según el derecho del País y contra la voluntad del municipio. Tampoco se fija el *status quo* del contenido, existente en 14 de agosto de 1919, de las normas de administración autónoma contenidas en el derecho de los Países; estas normas pueden ser cambiadas en cualquier momento por simple ley del País. Aquí se distingue el artículo 127, C. a., del artículo 70 de la Constitución prusiana de 1920, que coloca bajo la protección de esta Constitución el *status quo* de lo que, según la situación jurídica actual, es en Prusia asunto propio de la administración autónoma, de modo que las delimitaciones solo resultan admisibles mediante una ley de reforma de la Constitución prusiana.

Otros ejemplos de garantías institucionales: la prohibición de Tribunales de exoección (derecho al juez legal) en el artículo 105; el matrimonio como base de la vida familiar (art. 119); el descar-

so dominical (art. 139). Contradictorio y oscuro es el texto de la Constitución de Weimar respecto a la propiedad privada. En el artículo 153 se garantiza la propiedad, junto al concreto derecho de propiedad, como institución de Derecho privado, así como el derecho de testar (art. 154). Pero el que la Constitución de Weimar garantice, como institución, la propiedad privada, no puede significar el que no quisiera tratarla ya como un derecho fundamental, sino relativizarla, con lo que la garantía de la propiedad privada tendría, a causa del artículo 153, C. a., significación distinta para el derecho político que la inviolabilidad de la libertad personal. La libertad personal no puede ser nunca, naturalmente, una institución. La propiedad privada, por el contrario, puede ser considerada, sin duda, como algo preestatal, derecho natural existente antes de toda ordenación social, pero también como simple institución legal. Los términos del artículo 153 hacen aparecer dudoso si se trata de un reconocimiento de derecho fundamental o sólo de una garantía institucional. El texto de la frase 2 en el artículo 153, 1: "Su contenido (de la propiedad) y sus límites resultan de las leyes", se encuentra en contradicción con el derecho fundamental de la frase 1, pues el contenido de un derecho fundamental auténtico, por ejemplo, la libertad personal, *no* resulta de la ley, sino que es dado *antes* que ella. No sería, pues, lícito, según la Constitución de Weimar, delimitar legalmente el contenido de la propiedad privada de manera que la "discrecionalidad de dominio" (*Herrschaftsbelieben*, M. WOLF), que reside en el concepto tradicional de propiedad, se transformara en una suma de derechos particulares enumerados. En la frase 1, la garantía de la propiedad no está concebida como garantía constitucional de un nombre sin contenido, sino como reconocimiento de un principio, porque no puede darse Estado burgués de Derecho sin propiedad privada, y la Constitución de Weimar quiere ser una *Constitución* del Estado burgués de Derecho.

Las prescripciones de la Constitución de Weimar sobre el *Derecho de funcionarios* contienen, por el contrario, un ejemplo auténtico de garantías institucionales. Aseguran el mantenimiento de una burocracia profesional que "debe ser servidora de la

comunidad, y no de un partido" (art. 130, C. a.); es decir, que debe ser defendida contra las consecuencias, destructoras del Estado, de una práctica parlamentaria de botín y séquito. La garantía de los derechos adquiridos de los funcionarios (artículo 129, 1, 3) viene, en realidad, a beneficiar al funcionario individual; da lugar también al derecho subjetivo del funcionario, y no sólo para sus pretensiones a derechos económicos, sino igualmente, con distinta especie de protección jurídica, hasta a las pretensiones al título y rango, e incluso a una actuación correspondiente a las normas jurídicas y administrativas (comp. *Gaceta*, t. 104, pág. 58; t. 107, pág. 6). Todo esto no está, sin embargo, al servicio del interés privado del funcionario, sino de la institución de la burocracia profesional como tal. Una ley que suprimiera en principio la burocracia profesional sería tan inconstitucional como una ley que suprimiera la administración municipal autónoma, la familia o el derecho a testar. Hay, pues, garantías institucionales con derechos subjetivos y sin ellos; también la protección jurídica y la posibilidad de hacer valer pretensiones está conformada de modo muy vario; pero a la esencia de la garantía institucional no le corresponde ni un derecho subjetivo, ni el mantenimiento de una vía jurídica.

La garantía constitucional de la libertad de la ciencia y de su enseñanza (art. 142, C. a.), llamada por R. SMEND (*Staatsrecht-lehrertagung* 1927, *AöR.* XIII, pág. 107) "derecho fundamental de la Universidad alemana", contiene una garantía institucional. No es un derecho fundamental en sentido auténtico, pero significa una protección constitucional contra la supresión legislativa, según es característico de la garantía institucional. Lo mismo puede decirse de las garantías del art. 149, C. a.: instrucción religiosa como asignatura ordinaria en las escuelas, y el mantenimiento de las Facultades de Teología en las Universidades.

2. Dentro del Estado no pueden darse derechos fundamentales de una *comunidad*, natural u organizada; en estos llamados derechos fundamentales hay una garantía institucional. La familia como tal no tiene ningún derecho fundamental en sentido

auténtico, y menos su miembro como tal. Sólo puede ser constitucionalmente protegida como institución. Lo mismo ocurre con municipios o asociaciones de municipios. A la institución puede atribuirse el carácter de sujeto de derecho, pueden garantizársele constitucionalmente derechos subjetivos y hubiera sido posible, por ejemplo, conceder tales derechos subjetivos a los municipios, de igual manera que en el art. 127, C. a. (a diferencia del § 184 y asociaciones de municipios, de igual manera que en el artículo 127, C. a. (a diferencia del § 184 de la Constitución de Francfort, 1849) no han recibido más que una garantía institucional sin derechos subjetivos. Pero tampoco estos derechos subjetivos son más que derechos legal-constitucionales, no auténticos derechos fundamentales en el sentido del principio básico de distribución del Estado burgués de Derecho. Todas estas instituciones existen *dentro* del Estado, no antes y por encima de él. El auténtico derecho fundamental parte del dato del individuo con su esfera de libertad ilimitada en principio. Una institución no puede darse como supuesta en manera semejante. El Estado moderno es una unidad política cerrada y, por su esencia, el *Status*, es decir, un *status* total, que relativiza en su seno todos los otros *status*. No puede reconocer en su seno ningún *Status* de Derecho público dado antes que él o sobre él, y por ello jurídicamente equiparado, y mucho menos miembros intermedios que sobresalgan por encima de él o junto a él, con independencia de su esfera. Con *Status* tales, dados con independencia respecto de él, no puede tener relaciones de Derecho político, es decir, internas, sino sólo relaciones de Derecho internacional.

El Estado es capaz de prestar y garantizar constitucionalmente derechos subjetivos de las clases más diferentes, y también un derecho a la existencia a una comunidad organizada con existencia independiente de él. Tampoco éstos son derechos fundamentales en el sentido auténtico. Cuando una Iglesia, como la Católica romana, pretende para sí derechos pre- y supra-estatales, esto puede llevar a un *tratado* entre Estado e Iglesia. El tratado no es un acto de Derecho político, sino de Derecho internacional, y el Estado se presenta, frente a la Iglesia, como unidad cerrada. Es también posible que el contenido de este tratado sea completa-

do con garantías legal-constitucionales, es decir, estabilizado mediante la transformación en derecho interno, como ley constitucional. Con esto entra en escena la protección específica de tales garantías constitucionales; pero semejantes obligaciones internacionales no pertenecen a la Constitución de un Estado ni son, en ningún sentido, derechos fundamentales del titular de Derecho internacional.

Cuando un Estado se ha obligado en Derecho internacional a tratar de una cierta manera a los pertenecientes a una minoría, y esa obligación se transforma en derecho interno con el carácter de prescripción legal-constitucional, no surge por ello un derecho fundamental de la minoría como colectividad. Los tratados corrientes de protección de minorías que se han concertado desde el año 1919 en distintos Estados de Europa central y oriental (arriba, § 7, IV, 5, página 85), contienen garantías de la libertad e igualdad de los individuos pertenecientes a una minoría y se basan en el pensamiento de los derechos individuales del hombre, siendo, por lo mismo, auténticos derechos fundamentales. Cuando, por encima de esto, se garantiza a la minoría una autonomía más amplia, y se organiza la minoría como tal, ello significa una garantía institucional, con o sin derechos subjetivos, pero no un auténtico derecho fundamental.

3. Los "derechos fundamentales" internacionales de los Estados no se toman aquí en cuenta. Dentro de una Federación, cada Estado-miembro tiene un derecho a la existencia, que ciertamente puede designarse como "derecho fundamental", pero claro está que en sentido distinto al derecho fundamental del individuo en el Estado burgués de Derecho (comp. abajo, § 29, sobre el problema de la Federación). Los derechos "fundamentales" de los príncipes electores o de otros estamentos del viejo Imperio alemán, no requieren ser discutidos aquí—sobre eso, arriba, § 6, pág. 50.

V. *Deberes fundamentales* no son, en el Estado burgués de Derecho, otra cosa que deberes establecidos por ley constitucional, Sólo pueden ser, entonces, deberes en un sentido jurídico positivo, resultando limitados. Deberes ilimitados en principio contradirían también la idea del Estado burgués de Derecho. Por eso, todo deber existe sólo "a medida de las leyes", que delimitan el

supuesto y contenido del deber. Cuando la Constitución de Weimar habla de deberes fundamentales es de observar que la estructura lógica y jurídica de los mismos difiere de la de los derechos fundamentales. Según la idea originaria, sólo hay, como hacía notar con razón el diputado DÜRINGER en las deliberaciones de la Comisión de Constitución de la Asamblea nacional de Weimar (*Prot.*, pág. 184), derechos fundamentales, pero no deberes fundamentales del individuo. El reconocimiento de deberes fundamentales priva al Estado del carácter de Estado de Derecho puramente liberal, y la declaración de los derechos fundamentales en la parte segunda de la Constitución de Weimar tuvo por misión servir a esa finalidad, afirmando el carácter social del Reich alemán, frente a los principios de la libertad individualista. Los deberes fundamentales no son deberes del hombre en general, sino sólo deberes del miembro o del sometido al Estado, es decir, de los hombres que se encuentran dentro de la esfera de poder del Estado.

Ejemplos: art. 132, C. a.: "Todo alemán tiene la obligación de aceptar, con arreglo a las leyes, cargos públicos honorarios", prescripción que, por sí misma, no da lugar todavía a una obligación concreta, sino que remite a la prescripción legal llamada a concretar. Igualmente el art. 133, C. a.: "Todos los ciudadanos están obligados a prestar servicios personales, a medida de las leyes, al Estado y los municipios." Art. 133, 2, 1: "El deber militar se rige por las prescripciones de la ley de Defensa nacional." Art. 145, 1, 1: "La enseñanza primaria es obligatoria." En general, estos deberes fundamentales de la Constitución de Weimar no la privan del carácter de Constitución del Estado burgués de Derecho. El "carácter mixto" se muestra en postulados como el art. 163, Código alemán: "Todo alemán tiene la obligación moral, sin perjuicio de su libertad personal, de poner en juego sus fuerzas físicas y espirituales según exija el bien de la comunidad."

VI. *División de los derechos fundamentales en atención a la protección jurídica contra limitaciones e injerencias por parte del Estado.*

1. Sobre la distinción entre derechos fundamentales absolutos y relativos, arriba, III, 3. El auténtico derecho fundamental del individuo es siempre absoluto, y corresponde al principio de

distribución del Estado de Derecho, según el cual la libertad del individuo es ilimitada en principio, y la facultad del Estado, limitada en principio.

De estas condiciones de absoluto y de ilimitado en principio no se sigue la imposibilidad absoluta de injerencias y limitaciones. Pero éstas aparecen como excepción, y ciertamente como una excepción calculable, mensurable y controlable con arreglo al supuesto y contenido. Por eso, no pueden tener lugar sino a base de leyes, entendiéndose Ley, en el concepto propio del Estado de Derecho, como una norma general, y no como cualquier acto particular del Rey o del Cuerpo legislativo, realizado en forma de ley. El derecho fundamental y de libertad se encuentra, pues, bajo la salvaguardia de la Ley. La protección consiste en que la Ley, en el sentido del Estado de Derecho, necesita tener ciertas propiedades objetivas, con que se satisface la idea del principio de distribución (arriba, § 13).

Las limitaciones de la libertad personal, etc., son admisibles sobre la base de leyes, y por cierto de leyes ordinarias, por ejemplo, a base del Código de procedimiento criminal. No puede pasarse por alto el hecho de que en la práctica ha llegado a considerarse como corriente una cierta medida para las injerencias. Incluso allí donde conceptos indeterminados, tomados en abstracto, parecen dar posibilidades ilimitadas de injerencia, se introduce en la práctica una delimitación. Así, el control judicial de la Administración, más que otra cosa, ha transformado la policía, incluso las llamadas "facultades generales" de la policía, en el sentido de la Ley tal como la entiende el Estado de Derecho, introduciendo de este modo una situación principal de límite y medida. El ejemplo más conocido de una tal "delegación general" es el § 10, II, 17, del Derecho general prusiano, que vale como fundamento legal para las facultades de la policía: "Los establecimientos necesarios para el mantenimiento de la paz pública, seguridad y orden, y para eliminar los peligros que amenacen al público o miembros individuales del mismo, es cargo de la policía." Aquí, cada una de las palabras ha llevado a toda una serie de prejuicios que dan lugar a una calculabilidad y mensurabilidad policial, prestan un contenido normal controlable a conceptos como "mantenimiento" de la "se-

guridad pública” y “orden”, etc., y han encontrado reglas limitadoras para el llamado estado policial de necesidad (por ejemplo, simple deber de tolerar, no deber de conducta activa). Para el caso en que no se den los supuestos normales de esta práctica y sean necesarias por eso injerencias más amplias, no mensurables, es decir, para el caso del *estado de excepción*, se prevé en ley constitucional la posibilidad de una suspensión que ponga fuera de vigor temporalmente los derechos fundamentales, como ocurre en el art. 48, 2, C. a. (arriba, § 11, pág. 128).

Suele decirse que la significación jurídico-positiva de los derechos fundamentales consiste en que dan lugar al principio de la “legalidad de la Administración”. Por lo demás, parece aceptarse que, en tanto no lo prohiban disposiciones legal-constitucionales expresas, es admisible cualquier injerencia mediante ley o ley especial en la esfera de libertad garantizada por los derechos fundamentales. De esta manera, se entiende mal la garantía de la ley, por desconocer el concepto de Ley propio del Estado de Derecho. Igualmente es inexacto e induce a error el hablar de una “autorización” por ley. Observando la significación que para el Estado de Derecho tienen los derechos fundamentales, el principio fundamental de distribución contenido en ellos y el concepto de Ley, esta “garantía de la ley” y el principio de que las injerencias en la esfera de libertad han de ajustarse a la Ley, deben ser circunscritos de la siguiente manera: las limitaciones de la libertad garantizada en los derechos fundamentales sólo pueden tener lugar *a base* de una ley, es decir, de una norma general, y *mediante* un acto de *aplicación de una ley*.

2. Pero la protección de la libertad burguesa garantida por el reconocimiento de los derechos fundamentales no se agota en esa garantía de la Ley, sino que va más allá. El reconocimiento de los derechos fundamentales, en el sentido del Estado burgués de Derecho, significa que los principios de Estado de Derecho de una Constitución liberal burguesa moderna son reconocidos como elemento esencial de la Constitución misma. Esto significa que pertenecen a la sustancia de la Constitución y que si pueden ser, ciertamente, modificados por una normación constitucional,

su destrucción completa es, sin embargo, más que una simple revisión constitucional. Sería por eso inexacto pensar que pudiera emitirse, en vías de reforma de la Constitución, según el artículo 76, C. a., cualquier ley que destruyera los derechos burgueses fundamentales y de libertad. Ese error es sólo posible en tanto se prescinde de la distinción entre Constitución y ley constitucional. Una revisión constitucional no tiene por finalidad suprimir la Constitución, sino revisar leyes constitucionales. Por medio de una ley de reforma de la Constitución pueden establecerse nuevas limitaciones de los derechos de libertad. En tanto sea admisible la práctica de actos apócrifos de soberanía (arriba, § 11, II, pág. 126), cabe admitir también quebrantamientos y medidas particulares; pero una ley, aprobada por el procedimiento del art. 76, que suprimiera la libertad personal u otro derecho fundamental reconocido y pusiera al arbitrio de una autoridad injerencias no calculables, sería inconstitucional porque destruiría el derecho fundamental.

El punto de vista de DUGUIT (*Manuel*, pág. 486; *Traité de Droit constitutionnel*, 2.^a ed., III, págs. 561-2) de que los derechos de libertad de 1789 no pueden ser suprimidos siquiera por una ley de revisión constitucional, puede aplicarse con acierto a toda Constitución burguesa del Estado de Derecho. Pero tiene que llevar, pensando consecuentemente hasta el final, a la necesidad de distinguir entre Constitución y leyes constitucionales (comp. arriba, § 2, pág. 31). En el artículo 130 de la Constitución de Francfort de 28 de marzo de 1849 se contiene también implícitamente la idea de que los auténticos derechos fundamentales, como elemento esencial y, por cierto, jurídico-positivo de la Constitución, se encuentran por encima de la regulación de las leyes constitucionales: "Al pueblo alemán le serán garantizados los derechos fundamentales que a continuación siguen. Serán norma para las Constituciones de los distintos Estados alemanes. *Ninguna Constitución o legislación* de un Estado alemán podrá suprimirlos o limitarlos." La primacía de los derechos fundamentales sobre las mismas leyes constitucionales se encuentra oscurecida aquí, por cuanto que al mismo tiempo se realiza una regulación *federal* sobre la relación del Reich y de los Estados, mientras que la relación entre derechos fundamentales y ley constitucional queda intacta por lo que se refiere al Reich. Análoga oscuridad se ha encontrado, por lo demás, en los derechos fundamentales de la Constitución federal de los Estados Unidos de América (BOUTMY, *Etudes*, pág. 94 y siguientes). Pero, prescindiendo de ese aspecto federal, queda la cuestión de si los derechos fundamentales pueden ser suprimidos por una ley de reforma de

la Constitución. Con ocasión de la enmienda XVIII a la Constitución de los Estados Unidos (prohibición de bebidas alcohólicas) se suscitó ese problema, pero también ahí fué tratado desde el aspecto federal (WILLIAM L. MARBURY, *Harvard Law Review* 1919-20, págs. 223 y sigs.); (arriba, § 11, II, pág. 124). Es también interesante a este respecto el que la cuestión principal de los límites de la facultad de reformar la Constitución está sin resolver todavía también en la práctica americana.

3. La garantía de todo derecho fundamental auténtico se dirige, si bien con distinto grado de eficacia, 1. a los órganos competentes para revisar la Constitución, de manera diversa por cierto, según que actúen como titular de la facultad constitucionalmente conferida de revisar la Constitución, o como titular de la facultad de realizar actos apócrifos de soberanía (pág. 126); 2. a los órganos competentes para dictar leyes ordinarias, y 3. a las restantes autoridades del Estado, sobre todo al llamado *Ejecutivo*. A consecuencia de la dirección de las luchas políticas de la burguesía liberal, que en Europa iban principalmente contra el absolutismo del Rey, se consideró predominante o casi exclusivamente la dirección contra el *Ejecutivo*; el interés capital iba en el sentido de impedir injerencias y limitaciones que pudieran verificarse por real ordenanza, y vincular la Administración, sobre todo la policía, a las leyes, practicando así el principio de la legalidad de la *Administración*. A causa de ese interés, históricamente explicable, en una determinada dirección de los derechos fundamentales, queda inconsiderada su significación principal, y se prescinde por completo de la distinción central entre la ley general, como *base*, y los actos concretos de injerencia, que la aplican, y también, por consiguiente, el contenido distinto de las distintas direcciones de toda garantía. Y como hoy se ha convertido en una cosa incuestionable la legalidad de la Administración, sobre todo de la policía, podrían tratarse — erróneamente — esos derechos fundamentales como “vacíos de contenido”.

R. THOMA, ob. cit., ha planteado con atención a la eficacia, las siguientes distinciones dentro de los “derechos fundamentales”: algunos tienen, como él dice, *fuerza constitucional*, es decir, que no puede establecerse una excepción

a ellos sobre la base de una ley ordinaria, sino sólo por virtud de la prescripción legal-constitucional, sobre la base de una ley de reforma de la Constitución —tal, el derecho al juez legal y la prohibición de Tribunales de excepción (artículo 105, C. a.)—; otros, y por cierto la mayor parte, de los derechos fundamentales tienen sólo *fuerza legal*, a saber, que pueden establecerse por ley ordinaria excepciones y limitaciones, con lo que hay que distinguir ahora si la Constitución de Weimar exige una ley del Reich (*fuerza de ley del Reich*, por ejemplo, en el art. 117: sólo por ley del Reich pueden considerarse lícitas las excepciones al secreto de la correspondencia; o el art. 112: “la emigración no puede ser limitada sino por ley del Reich”), o si también una ley del País hace posibles tales limitaciones o injerencias (derechos fundamentales con *fuerza de ley de País*). Con esto tienen, por caso notable, sólo fuerza de ley de País los derechos fundamentales más importantes y básicos, como libertad personal e inviolabilidad del domicilio (arts. 114 y 115, C. a.), habiéndose vaciado prácticamente de contenido, por cuanto el principio de la legalidad de la Administración ha llegado a ser cosa incuestionable. Frente a esto, hay que afirmar que todo auténtico derecho fundamental tiene fuerza de ley constitucional y no puede ser destruído por una ley de reforma de la Constitución, y que, con independencia del principio de la legalidad de la Administración, los límites que se establezcan en vías legislativas son medidos en su volumen por los principios de la Ley, según la entiende el Estado de Derecho, y todo derecho fundamental vincula también al legislador—sea del Reich, sea del País—, pues en modo alguno es “vacío de contenido” si se prescinde del principio de la legalidad de la Administración como cosa incuestionable.

Se explica que R. THOMA pueda distinguir derechos fundamentales “con fuerza constitucional” o, más exacto, con fuerza de ley constitucional, de los que tienen simple “fuerza de ley”. porque se extiende de modo inadmisibile el concepto de derechos fundamentales a las más diversas garantías de la ley constitucional, pudiendo así mezclar y confundir con los derechos fundamentales, sobre todo, garantías institucionales. La garantía institucional da lugar, en realidad, a una protección especial frente a la legislación ordinaria, y, a este respecto, es acertada la expresión de THOMA “fuerza de ley constitucional”. El ejemplo más claro de un derecho con fuerza de ley constitucional es el derecho al juez legal que se garantiza en el artículo 105, C. a., con las palabras: “Son ilícitos los Tribunales de excepción. Nadie puede ser sustraído a su juez legal.” Se puede bien admitir que estos dos postulados tienen igual contenido, en el sentido de que el segundo es el más general, y la prohibición de los Tri-

bunales de excepción es sólo una particularización del derecho al juez legal (ED. KERN, *Der gesetzliche Richter*, 1927, pág. 234). Además, esa prescripción es un caso particular de la igualdad ante la Ley (art. 109, C. a.). Pero ese "derecho al juez legal" significa, en realidad, una garantía institucional. Muestra de manera especialmente clara cómo pueden introducirse en la Constitución, a base de ciertas experiencias históricas y políticas, garantías singulares para lograr una protección contra el abuso de la competencia legislativa. Otro ejemplo de esa clase de protección especial es la prohibición de la retroactividad de las leyes penales y de leyes *ex-postfacto*; art. 116, C. a.: "Una conducta puede ser objeto de una pena sólo cuando la punibilidad se encontrase legalmente determinada antes de que el acto fuera realizado."

Tales garantías legal-constitucionales se explican por razones históricas concretas, por la aprensión de ciertos peligros que se temen a causa de ciertas experiencias. Sólo de manera mediata sirven al principio de los derechos fundamentales, sin ser ellas mismas derechos fundamentales. Contienen una protección especial contra el abuso de la facultad de legislar, una garantía especial para asegurar la distinción de poderes y la realidad de un concepto de Ley como lo entiende el Estado de Derecho. Prohíben al legislador un acto de soberanía, esto es, un quebrantamiento del orden jurídico vigente. Para el caso de un peligro extraordinario de la seguridad y orden del Estado es exigible, por eso, una regulación de naturaleza especial que suprima todas las vinculaciones legal-constitucionales llevando hacia institutos jurídicos como el estado de guerra, el estado de sitio y el estado de excepción. Una "reserva de la ley", es decir, una regulación fijada de antemano, mensurable, general y controlable, tiene sentido sólo para auténticos derechos fundamentales, pero no frente a tales garantías institucionales. "Juez legal", por ejemplo, supone una organización judicial y una regulación de competencia, pero no una esfera ilimitada de libertad en la que puede intervenir bajo la reserva de una ley. Aún con mayor claridad se muestra la condición diferente de las garantías legal-constitucionales cuando una prescripción positiva se garantiza

por ley constitucional; así la instrucción religiosa como asignatura ordinaria en las escuelas (art. 149, 1, 1), el derecho del funcionario a conocer su expediente personal (art. 129, 3, 3), etc. Tales "garantías" no tienen, claro es, "fuerza de ley constitucional"; pero sería desconocer el principio positivo de una moderna Constitución del Estado de Derecho, si se quisiera dar a tales detalles accidentales de la regulación constitucional una garantía más fuerte que al principio básico de los derechos fundamentales mismos.

4. La gran oscuridad acerca de la naturaleza diversa de las garantías legal-constitucionales y el abuso de lo que las palabras "derecho fundamental" comportan, pueden explicar también algunas oscuridades en las prescripciones contenidas en la parte segunda de la Constitución de Weimar. Es preciso afirmar que en un Estado burgués de Derecho no pueden ser considerados como derechos fundamentales más que los derechos de libertad del hombre individual, porque sólo ellos pueden corresponder al principio básico de distribución del Estado burgués de Derecho: esfera de libertad, ilimitada en principio; facultad estatal de intervención, limitada en principio. Todos los otros derechos, por muy importantes que se consideren y por muy fuertes que sean las garantías y solemnidades con que se incluyan en la regulación de la Ley constitucional, no pueden ser nunca más que derechos limitados en principio. Lo dicho vale para todas las garantías institucionales. El reconocimiento de los diversos derechos de funcionarios que la Constitución de Weimar presenta en los artículos 129 y 130 muestra, con mucha claridad, la diferencia. Por el art. 130, 2, se "garantiza a todos los funcionarios la libertad de opiniones políticas y la libertad de asociación". Ahí se combina en forma contradictoria un derecho general del hombre con una garantía institucional. El funcionario tiene, como tal, un *status* especial, con todas las consecuencias de tal concepto, que no se agota en una serie de obligaciones particulares; tiene el deber de fidelidad, de obediencia en el servicio, de secreto profesional, de una vida honesta, incluso fuera del ejercicio del cargo. Este *status* especial es muy distinto de la condición general de "Hombre". Se puede decir que

el concepto de funcionario ha sido siempre sospechoso a los representantes radicales del liberalismo burgués. Pero la Constitución de Weimar quiere en esto, precisamente, continuar la gran tradición del Estado alemán de funcionarios, a pesar del cambio de forma política, y mantener las peculiares fuerzas y valores de esa burocracia del pueblo alemán. Así surgieron las garantías institucionales de los artículos 129 y 130. De una manera que es típica del carácter mixto de la Constitución de Weimar, se encuentran unidos dos principios y se ignora la posibilidad del conflicto entre ellos. Una libertad ilimitada en principio, en el sentido de un derecho general del hombre, necesitaría suprimir, si se aplicaba de modo consecuente, el concepto de funcionario, pues sería imposible que el funcionario tomara en consideración las ventajas y distinciones de su *status*, por lo que concierne a sus derechos y pretensiones subjetivas; pero, respecto de sus deberes, pudiera apelar a las "libertades" individualistas del Hombre liberal, es decir, del no-funcionario, ilimitadas en principio. Si ha de subsistir la burocracia como institución, el *status* especial debe aparecer como lo decisivo en caso de conflicto. Los deberes del *status* del funcionario preceden a las garantías de la libertad de asociación y de la libertad de opiniones políticas. El significado de aquellas garantías legal-constitucionales del artículo 130 se reduce, pues, a la supresión de ciertas limitaciones hasta entonces existentes de la libertad de asociación y de la libre manifestación del pensamiento; pero, por lo demás, hay una diferencia fundamental entre el derecho general del Hombre, de libertad de pensamiento y de asociación, garantizado al hombre individual, y la garantía de tales "libertades" al funcionario, manteniendo mientras tanto la institución de la burocracia. En un caso se trata de un auténtico derecho fundamental, que supone una esfera de libertad ilimitada en principio; en otro caso afecta a prescripciones especiales, normadas en ley constitucional, en relación con una garantía institucional.