§ 15.

La distinción (llamada división) de Poderes.

La distinción de poderes contiene el segundo principio del elemento de Estado de Derecho propio de toda Constitución liberal burguesa. Es el principio orgánico destinado a asegurar, al ponerse en práctica, la moderación y controlabilidad de todos los órganos de poder del Estado.

I. *La aparición histórica de la doctrina de la distinción de poderes.*

Las experiencias hechas por el pueblo inglés en la primera revolución inglesa, con el señorío de su Parlamento, condujeron hacia intentos teóricos y prácticos de distinguir y separar los distintos campos de la actuación del poder del Estado. La distinción más importante y fundamental que resultó de ahí fué la distinción de la Ley como una norma permanente, obligatoria para todos, incluso para el propio legislador, y, por lo tanto, general, que no puede quebrantarse para un caso particular, respecto de las restantes ramas de la actividad de voluntad estatal. El *Instrument of Government,* de CROMWELL, de 1653, pasa por ser el primer ejemplo de un intento práctico de tal división (arriba, § 4, II, pág. 46). En términos generales, CROMWELL se esforzó en crear, frente al Parlamento que había disuelto tres veces, un Gobierno fuerte y capaz de actuar. En concomitancia con estas experiencias surge una teoría de la necesidad de distinción y control recíproco de las diversas ramas de la actividad del Estado. HARRINGTON (*Oceana*) trató de planear un complicado sistema de frenos y controles recíprocos. LOCKE (*Treatises on government*) distingue la facultad legislativa—es decir, general—de estatuir en reglas fijas, determinadas de antemano, respecto del Poder ejecutivo y del federativo; el último es poder exterior y no puede ligarse a normas generales, por estar demasiado li-

gado a la cambiante situación de la política externa (*Civil government*, § 147; comp. *Diktatur*, pág. 42). En LOCKE se encuentra también la repetida justificación de la distinción entre Legislativo y Ejecutivo: que no es bueno que los mismos hombres que hacen las leyes las apliquen; porque la ley pierde su carácter de ley tan pronto como el Legislador puede utilizar la forma de la ley para medidas y mandatos particulares a su arbitrio. Es de observar que esta justificación arranca de un sistema de incompatibilidades. Con la diferenciación de varios "poderes" se anuda el ulterior pensamiento orgánico de introducir más amplias divisiones en el seno de los campos así diferenciados de la actividad del Estado para alcanzar un alto grado de controles y frenos (*checks and controls*). La diferenciación no sirve sólo a la separación, porque entonces surgiría una pluralidad de actividades estatales aisladas, sin conexión ninguna, sino que tiene el fin de producir un equilibrio.

La idea de un equilibrio, de un contrapeso de fuerzas opuestas, domina al pensamiento europeo desde el siglo XVI; se manifiesta en la teoría del equilibrio internacional (primero, de los cinco Estados italianos entre sí, después del equilibrio europeo); del equilibrio de importación y exportación en la balanza del comercio; en la teoría del equilibrio de afectos egoístas y altruístas en la filosofía moral de Shaftesbury; en la teoría del equilibrio de atracción y repulsión en la teoría de la gravitación de Newton, etc.; comp. sobre esto la demostración, *Diktatur*, pág. 103; además, KARL PRIBRAM, *Die Idee des Gleichgewichts in der älteren nationalökonomischen Theorie, Zeitschr. f. Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung XVII*, 1908, págs. 1 y sigs., que presenta la teoría del equilibrio estático entre los fenómenos colectivos de la economía humana como algo propio de todas las teorías mercantilistas.

El autor efectivo de la doctrina teorético-constitucional del equilibrio de poderes es BOLINGBROKE, que por lo demás divulgó la idea de un equilibrio y control recíproco sólo en escritos políticos de carácter polémico y memorias, pero no en una exposición sistemática. Las expresiones empleadas por él son: frenos recíprocos, controles recíprocos, retenciones y reservas recíprocas, etc. De especial significación para las construcciones ideales de la Constitución inglesa es su pensamiento del triple contrapeso y del *equilibrium of powers*, de donde resulta el Gobierno libre o liberal: Rey, Cámara alta y Cámara baja; entre Rey y Parlamento (es decir, aquí, Cámaras alta y baja tomadas en conjunto); entre Legislativo y Ejecutivo, entre las prerrogativas del Rey y la libertad del pueblo debe tener lugar el equilibrio. Como escrito más impor-

tante hay que considerar: *The Idea of a patriot King*, 1738; además, la *Dissertation On parties*, 1733, 4. Los escritos aparecieron en su mayor parte como memorias en el semanario *The Craftsman*, 14 tomos, 1726-1736; sobre esto, WALTER SICHEL, *Bolingbroke and his Times*, Londres, 1901, II, págs. 250 y siguientes. Los términos correspondientes: *to chek, to controul, to counterwork, to arrest, to restrain*. Otras muestras se encuentran en las obras filosóficas y varias (Edimburgo, 1775 y 1779). El "rey patriota", según lo concibe BOLINGBROKE, es ya en alguna medida el jefe del Ejecutivo apoyado en la confianza del pueblo, una idea que, según RICHARD SCHMIDT (*Der Volkswille als reales Faktor des Verfassungslebens und Daniel Defoe. Verhandlungen der Sächsischen Akademie der Wissenschaft*, 1924, t. 76, pág. 34) hay que referir a Defoe, que veía en la pública opinión del pueblo una fuerza que podía sostener a los Ministros frente al Parlamento. Todas estas ideas tienen gran significación para la construcción de la moderna Democracia; comp. más adelante en la sección sobre el sistema parlamentario, § 24, pág. 313.

Bajo el influjo de BOLINGBROKE ha desarrollado MONTESQUIEU, en el célebre capítulo VI del libro XI de su *Esprit des lois* (1748), un cuadro ideal de la Constitución inglesa. La correspondiente frase reza: "En todos los Estados hay tres especies de Poder público: el Poder legislativo, el ejecutivo para asuntos exteriores y el ejecutivo para la política interna. Por el primero, el príncipe o autoridad emite nuevas leyes para un cierto tiempo o para siempre y mejora o deroga las viejas. Por el segundo declara la paz o la guerra, envía embajadas y las recibe, vela por la seguridad y previene los ataques del enemigo. Por el tercero castiga los crímenes y dirime los pleitos civiles. El último es el Poder judicial." Sobre este tercer Poder formula MONTESQUIEU la opinión misteriosa de que es "en alguna manera nulo", *en quelque façon nulle*. Queda, pues, para lo que aquí interesa, sólo la distinción entre Legislativo y Ejecutivo. El Ejecutivo es, como ya se desprende de la frase citada, no una mera aplicación de la ley, sino la actividad propia del Estado; también sería erróneo transportar al "Legislativo" de MONTESQUIEU la actual práctica de la producción rápida y abundante de leyes. La finalidad de su división de las distintas ramas de la actividad del Estado consiste en que un Poder frente a los otros. *Le pouvoir arrête le pouvoir*. De este modo ha de alcanzarse un equilibrio, un contra-balanceo.

En la Constitución federal de los Estados Unidos de América de 1787 se ha acogido y puesto en práctica conscientemente el sistema de la diferenciación, y en verdad se introdujeron no sólo recíprocos frenos y controles, sino también, en gran medida, efectivas *separaciones*. El Legislativo (éste, a su vez, dividido en dos Cámaras: Cámara de Representantes y Senado, que juntas forman el Congreso, es decir, la Corporación legislativa) fué separado del Ejecutivo (Presidente) y excluída la posibilidad de una relación directa entre ambos; el Presidente (el Gobierno o Ejecutivo) no tiene, pues, una propia iniciativa de la Ley; aun cuando ha de sometérsele el proyecto de ley y él puede oponerle reparos que solamente serán superados mediante votación, por dos tercios de mayoría de la Cámara de donde el proyecto ha emanado. El Presidente carece de un derecho de disolución frente a ambas Cámaras; no depende de la confianza de esta corporación legislativa, etc.

La Constitución del año 1791, primera de la Revolución francesa, habla por primera vez de una *separación* de poderes (*séparation des pouvoirs,* en lugar de división; comp. DUGUIT, *Manuel,* págs. 316 y sigs.). Sin embargo, no puede introducir más que la Constitución federal americana una absoluta separación, es decir, aislamiento, sino que, antes bien, se establece aquí un sistema de recíprocos frenos y vinculaciones, según corresponde al pensamiento de un equilibrio.

De esta ojeada se desprende ya una gran variedad de expresiones y de puntos de vista para el principio general de organización de la distinción de poderes. La expresión más general y compendiosa es la forma aquí propuesta "distinción de poderes". *Separación* significa un aislamiento completo, que sirve tan sólo como punto de partida de la ulterior organización y después, es decir, en la posterior regulación, consiente, sin embargo, algunas vinculaciones. *División* significa propiamente una distinción *en el seno* de uno de los varios poderes, por ejemplo, la división del Poder legislativo en dos Cámaras, un Senado y una Cámara de diputados (W. HASBACH, *Die parlamentarische Kabinettsregierung,* 1919, pág. 314). De este modo surge un típico esquema de organización con tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Administración de Justicia; esta división tripartita se ha aceptado en general, si bien quizás pueden constituirse y se han construído otros "poderes". No hay en todo caso ninguna Constitución del Estado burgués de Derecho cuya regulación orgánica no esté dominada por el principio de la distinción de poderes.

II. *Separación y contrapeso de poderes.* En la distinción de poderes hay que considerar dos puntos de vista: primero, la introducción de una *separación* de las autoridades superiores del Estado y de su competencia; después, el establecimiento de una vinculación de influjo y contrapeso recíprocos de las facultades de estos "poderes" diferenciados. Una cierta separación es necesaria, y con ella se hace posible una diferenciación. Si bien no cabe practicar un pleno y absoluto aislamiento, por lo pronto es preciso considerarlo, no obstante, como punto de vista independiente dentro de este principio de organización.

1. El esquema de una separación rigurosamente practicada lleva a concebir la Legislación, el Ejecutivo y la Justicia como tres organizaciones de la actividad del Estado aisladas entre sí. Ninguna autoridad ni ningún miembro de uno de estos sectores podría pertenecer al mismo tiempo a otro sector, existiendo así la más rigurosa incompatibilidad entre el puesto de un diputado de la Corporación legislativa y el de un funcionario de la Administración del Estado, incluso un ministro; ningún funcionario administrativo puede actuar como juez; ningún juez como funcionario administrativo; ninguna autoridad de un sector puede ejercer una competencia que con arreglo a su contenido objetivo pertenezca a otro sector. Consecuencia de esta separación rigurosamente practicada sería la de que los Cuerpos legisladores no podrían tener influjo ninguno en el Gobierno parlamentario, es decir, dependiente de la confianza de la mayoría de la Corporación legislativa; contradiría esta rigurosa separación, y por tal causa está excluído en la Constitución de los Estados Unidos de América. Se podría obtener también de la necesidad de la separación la consecuencia de que tampoco podría tener lugar ningún control judicial sobre actos del Legislativo, así que la comprobación judicial de la constitucionalidad de las leyes, según la práctica del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, frente al Legislativo es contraria al esquema que después se hace de una separación de poderes. En estos ejemplos se muestra ya que con el sistema de una "separación de poderes" no tratamos de una organización histórica completa que se hubiera practica-

do en cualquier sitio con todo detalle, sino sólo de un esquema teórico cuya contrucción aclara el principio de organización.

En lo que sigue se tratará de presentar un tal esquema teórico. Designaremos por $L = Legislativo$, $E = Ejecutivo$ (es decir, Gobierno y Administración juntos o uno de ambos; Gobierno, por su parte, puede significar el Jefe del Estado—Rey o Presidente de la República—o el Gabinete) y $J = Justicia$.

Consecuencias teóricas de una rigurosa separación:

1. Influencia nula de E sobre L

(*Gobierno frente a Parlamento.*)

a) *Ningún derecho de convocatoria del Gobierno.*

Art. 24, C. a.: "El Reichstag se reúne cada año el primer miércoles de noviembre en el lugar de residencia del Gobierno del Reich. El Presidente del Reichstag tiene que convocarlo antes, si se lo piden el Presidente del Reich o un tercio al menos de los miembros del Reichstag." Aquí, pues, se da un derecho mediato de convocatoria del Presidente del Reich, pero no del Gobierno del Reich como tal. Según la Constitución federal de los Estados Unidos, de 1787, el Presidente tiene sólo en casos extraordinarios un derecho de convocatoria. Igualmente el Ejecutivo, según la Constitución francesa del año III (1795, Constitución directorial). Según los arts. 1 y 2 de la Ley constitucional francesa de 16 de julio de 1875, el Presidente de la República tiene derecho de convocatoria de las Cámaras.

b) *Ninguna iniciativa de Ley del Gobierno.*

Así, la Constitución federal de los Estados Unidos; el proyecto de ley es sometido al Presidente, que lo firma o le opone observaciones.

En contrario, el art. 68, C. a., según el cual, el Gobierno del Reich acuerda y presenta los proyectos de ley; junto a esto, hay un derecho de iniciativa del Reichstag.

c) *Ninguna aprobación en común de la ley.*

En contrario, en la Monarquía constitucional alemana, p. ej. el art. 62 de la Constitución prusiana de 30 de enero de 1850, según el cual las leyes surgen mediante una resolución acorde del Rey y de ambas Cámaras.

Singularidades en la Constitución federal de los Estados Unidos: los reparos del Presidente contra el proyecto de ley sólo pueden ser desvirtuados

con una mayoría de dos tercios de la Cámara de donde ha surgido el proyecto de ley; comp. antes *b)*

d) Ningunas leyes de autorización y ninguna delegación de la competencia legislativa.

Comp. Constitución del año III (1795, Constitución directorial), título V, 45: En ningún caso puede la corporación legislativa delegar sus funciones en uno o varios de sus miembros o en cualquier otra persona. En contrario, la práctica del derecho público alemán, que conoce numerosas leyes de autorización con delegaciones frecuentemente ilimitadas (comp. sobre esto H. TRIEPEL, Disertaciones de la 32.ª Dieta alemana de juristas, 1921, pág. 16, y POETZSCH, en el mismo sitio, págs. 42 y sigs.; H. TRIEPEL, *Decreto de balances oro y acciones preferentes*, 1924, págs. 7 y sigs.).

c) *Ningún veto del Ejecutivo.*

La Constitución de Weimar no conoce vetos del Presidente del Reich o del Gobierno del Reich; por el contrario, otras posibilidades de influencia (comp. después *f)*.

Ejemplo de un veto suspensivo del Rey: Constitución francesa de 1791.

f) *Ningún acuerdo de referéndum adoptado por E frente a una resolución de L.*

En contrario: art. 73, 1, C. a.: "Una ley votada por el Reichstag habrá de someterse al referéndum antes de su promulgación cuando el Presidente del Reich lo acuerde así en el plazo de un mes."

g) *Ninguna expedición ni promulgación de la Ley por E.*

En contrario: las Constituciones de la Monarquía constitucional y el artículo 7 de la Ley constitucional francesa de 16 de julio de 1875 (el Presidente de la República promulga las leyes); además, el art. 70, C. a.: "El Presidente del Reich expedirá y publicará en la *Gaceta del Reich*, en el plazo de un mes, las leyes constitucionalmente aprobadas."

h) *Ninguna disolución del cuerpo legislativo por E.*

En contrario: las Constituciones de la Monarquía constitucional, y el art. 5 de la Ley Constitucional francesa de 25 de febrero (ineficaz desde 1877), y el artículo 25, C. a.: "El Presidente del Reich puede disolver el Reichstag, si bien sólo una vez por la misma causa."

i) *Ningún derecho de gracia de E.*

Acerca de que el derecho de gracia del Rey sea una violación del principio de la división de poderes y una injerencia en el Legislativo, REDSLOB, *Staatstheorien*, pág. 347.

En contrario: las Constituciones de la Monarquía constitucional, art. 3 de la Ley constitucional francesa de 25 de febrero de 1875, y el artículo 49, C. a.: "El Presidente del Reich ejerce, para el Reich, el derecho de gracia."

k) *Inviolabilidad e inmunidad de los diputados frente a los Tribunales y otras autoridades.*

Así, casi todas las Constituciones modernas. Art. 36, C. a.: "Ningún miembro del Reichstag o de un Landtag puede ser perseguido judicial o disciplinariamente, en ningún tiempo, por sus votos o por las manifestaciones hechas en el ejercicio de su cargo, ni ser sometido a responsabilidad de alguna otra manera fuera de la Asamblea." Además, el art. 37, C. a.: "Ningún miembro del Reichstag o de un Landtag puede ser perseguido ni detenido durante el período de sesiones, sin consentimiento de la Cámara a que pertenezca, por razón de una conducta punible, a menos que el diputado haya sido detenido *in fraganti* o, a lo sumo, en el curso del día siguiente.

Igual consentimiento se exige para cualquier otra limitación de la libertad personal que entorpezca el ejercicio del cargo de diputado.

Todo procedimiento criminal contra un miembro del Reichstag o de un Landtag, y toda prisión o limitación de su libertad personal, se suspenderá por la duración del período de sesiones a requerimiento de la Cámara a que pertenezca el diputado."

Aun otros privilegios de los miembros de las corporaciones legislativas se justifican con argumentos de la distinción de poderes; así, la liberación de los diputados respecto del servicio militar, y el derecho del Parlamento a hacer regresar del frente a los Diputados durante una guerra; comp. sobre esto el informe acerca de la proposición de ley Accambray, en el libro de LÉON ACCAMBRAY: *Qu'est ce que la République?*, París, 1924, pág. 356, con la interesante cita de JOSEP BARTÉLEMY: si los parlamentarios pueden ser movilizados, entonces el Parlamento no puede celebrar sesiones; pero si el Parlamento puede celebrar sesiones, entonces los parlamentarios no puden ser movilizados; la referencia a la separación de poderes, ya en la Convención de 1793, ob. cit., página 358. La tanto tiempo esperada regulación se contiene en un proyecto de ley sobre organización de la Nación en tiempo de guerra de 1927: los miembros del Gobierno, a quienes compete la dirección de la guerra, y los miembros del Parlamento, expresión de la soberanía nacional, en la guerra como en la paz, permanecen en sus funciones llegado caso de movilización; pero pueden, si lo desean, acudir a su división.

l) *Riguroso establecimiento de incompatibilidades.*

Corresponde de modo especial al pensamiento francés el derivar de la separación de poderes toda la teoría de la incompatibilidad (así, PIERRE: *Droit politique électoral et parlamentaire*, I, pág. 316); claramente ya, en la Constitución del año 1791 (título III, cap. I, sec. III, art. 4.°, 5). También la amplia incompatibilidad entre el puesto de un funcionario público y el de un Diputado, que todavía hoy es derecho vigente en Francia, se suele fundamentar de la misma manera. El art. 21, sec. II, de la Constitución imperial alemana correspondiente con el art. 7.°, sec. III, de la Constitución prusiana de 1850: "Si un miembro del Reichstag acepta un empleo retribuído del Reich o de uno de los

Estados, o entra al servicio oficial de aquél o de uno de éstos, en un empleo ligado con alto rango, o sueldo elevado, pierde asiento y voto en el Reichstag, y no puede recuperar su puesto en el mismo sino mediante reelección." En lo demás, otras incompatibilidades son ajenas al Derecho político alemán ("excluir de la representación popular al funcionario, no es propio, al menos, de las circunstancias alemanas", G. WAITZ: *Grundzüge der Politik*, 1862, pág. 65). En los Parlamentos tenían asiento funcionarios (¡los Consejeros territoriales prusianos en el Landtag!), a cuya cooperación no se quería renunciar de buena gana; el principio de la distinción de poderes era, con frecuencia, desconocido (comp. la observación, que no sospecha la existencia del problema, en la disertación monográfica, única sobre tan importante cuestión en la literatura jurídico-política alemana hasta 1927, en el escrito de W. CLAUSS: *Der Staatsbeamte als Abgeordneter*, Karlsruhe, cuad. IX de las *Freiburger Abhandlungen*, página 5). La única manifestación sistemática hasta ahora, en la literatura jurídico-política alemana, se encuentra en E. KAUFMANN: *Bismarks Erbe in der Reichsverfassung*, pág. 72. El caso de una incompatibilidad auténtica en la Constitución imperial de 1871 resultaba de la estructura federal del Imperio; según el art. 9.°, 2, a. C. a., "nadie podía ser al mismo tiempo miembro del Consejo federal y del Reichstag". Se explica sólo como resultado de la larga lucha contra ese art. 9.°, a. C. a., que no existe en la Constitución de Weimar incompatibilidad entre la condición de miembro del Reichstag y del Reichsrat, mientras que en Prusia se prescribe la incompatibilidad para el Landtag y el Staatsrat (art. 33, 2, de la Constitución de 1920). El art. 44, C. a., contiene una incompatibilidad, muy importante en cuanto a los principios, surgida del de la distinción de poderes: "El Presidente del Reich no puede ser, al mismo tiempo, miembro del Reichstag." Otras incompatibilidades del Derecho político vigente: § 123 del ordenamiento administrativo del Reich de 31 de diciembre de 1922, *Gaceta*, II, 1923, pág, 17 (incompatibilidad entre la condición de miembro del Reichstag y del Tribunal de Cuentas), y en § 12, 1, de la reglamentación de la Sociedad de Ferrocarriles alemanes, complementaria del § 1; 2, de la ley sobre la Sociedad de Ferrocarriles alemanes de 30 de agosto de 1924 (*Gac.*, II, página 281): Los miembros del Consejo de Administración (de la Sociedad de Ferrocarriles del Reich) serán conocedores experimentados de la vida económica, o técnicos de ferrocarriles. No pueden ser miembros del Reichstag, de un Landtag, del Gobierno del Reich o del de un País."

Otras incompatibilidades basadas en diversidades orgánicas y estructurales son ajenas al Derecho político alemán, en particular la incompatibilidad del cargo de clérigo con el de Diputado, a consecuencia de la diversidad entre Estado e Iglesia. Sobre esto, las explicaciones de TOCQUEVILLE: *La Démocratie en Amerique*, I, pág. 358, que ve en esta incompatibilidad una garantía de la Democracia en América. Sobre las llamadas incompatibilidades *económicas*, abajo, § 19, II, 2, pág. 295. En la importante cuestión de la incompatibilidad entre Diputados y funcionarios, ha de observarse un significativo cambio del sentido

de la misma, que expuso WERNER WEBER en la notable disertación sobre incompatibilidad, sostenida en Bonn, 1928. La finalidad primitiva era la independencia del Diputado (por eso, se trata aquí la incompatibilidad al hablar de la separación de E. y L.); hoy, bajo el dominio de las mayorías, entra en vigor el sentido opuesto: protección de la integridad moral y material de los funcionarios contra el influjo y servidumbre de partidos políticos.

2. Influencia nula de L en E

(*Parlamento frente a Gobierno o Administración.*)

a) *Prohibición general de la adopción por L de actos del Ejecutivo.*

Tal se encuentra en el art. 46, título V de la Constitución directorial del año III (1795). Hoy, ya no se pronuncia semejante prohibición general, a causa del derecho del Parlamento a aprobar el presupuesto y su derecho a ejercer el control parlamentario.

b) *Ninguna elección del Jefe del Estado, o del Gobierno, por L.*

En contrario: art. 2.° de la Ley constitucional francesa de 24 de febrero de 1875, según la cual el Presidente de la República es elegido por una "Asamblea nacional", cuerpo compuesto por las dos Cámaras (Senado y Cámara de los Diputados) en común. En contrario también, art. 45 de la Constitución prusiana de 1920: El Landtag elige sin debate previo al Presidente del Consejo; éste nombra a los demás Ministros (siendo aquí Jefe del Estado el Ministerio). La Constitución de Weimar, en cambio, aplica con rigor el principio de la separación (según el modelo de la Constitución federal de los Estados Unidos): artículo 41, 1: "El Presidente del Reich es elegido por todo el pueblo alemán." Art. 53. C. a.: "El Canciller y, a su propuesta, los Ministros, son nombrados y separados por el Presidente del Reich." Compárese, sin embargo, en *d*).

c) *Ningún derecho de acusación y ninguna facultad de enjuiciar, de L frente a E.*

En contrario, el sistema de la acusación del Presidente y los Ministros por la Cámara de Diputados, con facultad de fallar atribuída a la otra Cámara (Cámara Alta) como a un Tribunal de justicia política; así, el art. 9.° de la Ley constitucional francesa de 24 de febrero de 1875, arriba, § 12, II, 5, *b*), página 157.

La Constitución de Weimar se ha atenido al punto de vista de la separación, por cuanto que juzga de las acusaciones sostenidas por el Reichstag un Tribunal especial de justicia política del Reich alemán, art. 59, C. a., (arriba, página 157).

d) *Ninguna dependencia del Gobierno respecto de la confianza del Parlamento (ningún voto de desconfianza).*

Así, la Constitución federal de los Estados Unidos de América de 1787, la Constitución francesa de 1791 y las Constituciones de la Monarquía constitucional alemana.

En contrario, art. 54, C. a.: "El Canciller y los Ministros necesitan de la confianza del Reichstag para el ejercicio de su cargo. Cuando el Reichstag retire a uno de ellos, por acuerdo expreso, su confianza, tendrá que dimitir."

e) *Ninguna propuesta de L para la deposición del Jefe del Estado mediante votación popular.*

En contrario, el art. 43 C. a.: "Antes de que expire el plazo (de duración de siete años de ejercicio del cargo), puede ser depuesto el Presidente del Reich, a propuesta del Reichstag, mediante votación popular. El acuerdo del Reichstag requiere mayoría de dos tercios. Una vez adoptado, no podrá el Presidente del Reich seguir ejerciendo su cargo. Si la propuesta de deposición es rechazada por el voto popular, esto equivale a una nueva elección, y comporta la disolución del Reichstag."

f) *Ninguna necesidad de la anuencia de L para perseguir criminalmente al Jefe del Estado.*

En contrario, art. 43, 3: "El Presidente del Reich no puede ser criminalmente perseguido sin anuencia del Reichstag."

g) Las intervenciones, muy fuertes, pero mediatas, que L realiza en E, por medio del *derecho* del Parlamento *a aprobar el presupuesto*, no serán consideradas como violación del principio de la división de poderes en tanto que el Parlamento se limite al simple control presupuestario, y se abstenga de dirigir órdenes y practicar injerencias directas.

3. Influencia nula de E en J

(*Gobierno y Administración, frente a Justicia.*)

A esta separación de E y J sirven las garantías de la *independencia judicial*, sobre todo la inamovilidad de función y destino. Art. 102, C. a.: "Los jueces son independientes y sólo están sometidos a la ley." Art. 104, C. a.: "Los jueces de la jurisdicción ordinaria son nombrados de por vida. No podrán ser privados contra su voluntad, temporal o definitivamente, de su cargo, ni trasladados a otro puesto o jubilados, sino en virtud de sentencia judicial y por

las razones y bajo las formas que las leyes determinen." Estas prescripciones de la Constitución de Weimar se mantienen por completo en el marco de la garantía de esa separación, que es típica del Estado de Derecho. La organización de una *justicia administrativa* especial se basa en la necesidad de una separación entre E y J; comp. 4, *a*).

4. Influencia nula de J en E

(*Justicia frente a Administración.*)

a) *Institución de Tribunales administrativos especiales.*

Aquí hay una recusación del control de los Tribunales ordinarios sobre la Administración del Estado, y, por tanto, la recusación del Estado de Justicia puro; arriba, § 12, II, pág. 153.

b) *Institución de Tribunales especiales para fallar los conflictos de competencia.*

El § 17 de la Ley alemana de organización de los Tribunales: La legislación de los Países puede transferir a autoridades especiales la decisión de los conflictos de competencia entre los Tribunales y las autoridades administrativas o Tribunales administrativos.

c) *En el caso de procedimiento penal o reclamación civil contra funcionarios,* planteamiento del llamado *conflicto.*

Mediante el conflicto, la autoridad administrativa evoca el procedimiento de los Tribunales ordinarios y tiene lugar una decisión, o, al menos, una decisión preparatoria (para la cuestión de si se han sobrepasado las atribuciones del cargo) de una autoridad administrativa o de un Tribunal administrativo; en Prusia, suprimido por la ley de 16 de noviembre de 1920 (*Colección Legislativa,* 1921, pág. 65).

5. Influencia nula de L en J

(*Parlamento frente a Jurisdicción.*)

a) *Garantía constitucional de la independencia judicial.* Compárese (arriba, 3.)

b) *Concepto de Ley propio del Estado de Derecho.*

Ilicitud de mandatos concretos y de justicia parlamentaria (arriba, § 13, página 178).

c) *Ningunas facultades judiciales para las Comisiones parlamentarias de investigación.*

Art. 19 de la Constitución de Dantzig de 1920: "Las Comisiones de investigación no pueden inmiscuirse en procedimientos judiciales o disciplinarios pendientes."

La Constitución de Weimar no contiene ninguna de tales garantías de la separación de L y J. Art. 34, C. a.: "El Reichstag tiene el derecho, y a requerimiento de un quinta parte de sus miembros, el deber, de nombrar Comisiones de investigación. Estas Comisiones recibirán en sesión pública las pruebas que tengan por necesarias ellos o los proponentes de la investigación..." "Los Tribunales y autoridades administrativas están obligados a prestar su concurso a estas Comisiones para la obtención de pruebas; los documentos oficiales habrán de serles facilitados a petición. Son aplicables a las actuaciones de las Comisiones y de las autoridades requeridas por ellas, las prescripciones del Código de procedimiento criminal, quedando intacto el secreto de la correspondencia postal, telegráfica y telefónica."

No ha de considerarse todavía como violación de la independencia de la justicia el que el mismo hecho sea objeto de investigación al mismo tiempo por autoridades judiciales y por una de dichas Comisiones parlamentarias de investigación (junto a la del Reichstag, puede, acaso, haber también una de un Landtag), a pesar del riesgo del material de prueba que eso lleva consigo; sobre este punto, E. JACOBI, *Verhandlungen des 34. Deutscher Juristentages*, 1926, págs. 69 y siguientes.

d) *Ningunas facultades judiciales a favor de una Cámara legislativa.*

En contrario, las prescripciones legal-constitucionales que prevén que la Cámara alta o el Senado será Tribunal de Justicia para las acusaciones de Ministros o delitos políticos (arriba, 2, *c*).

TOCQUEVILLE, ob. cit., lib. I, cap. 7, ve en tal *jugement politique* una "confusión de poderes" que, sin embargo, es lícita, por cuanto que esta especie de justicia no puede afectar a cualquier ciudadano, sino sólo al funcionario público.

6. Influencia nula de J en L

(*Justicia frente a Parlamento.*)

Una aplicación del principio de la separación llevaría en este caso a que los Tribunales no tuvieran competencia ninguna para comprobar las leyes;

ejemplo: Constitución francesa de 1791, título III, cap. V, artículo 3: Los Tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, ni suspender la aplicación de las leyes; igualmente, la constitución de 1795. Además, la Constitución federal austríaca de 1 octubre de 1920, art. 89: "No compete a los Tribunales la comprobación de la validez de las leyes debidamente hechas." Las leyes ordinarias acordadas por el Parlamento no pueden, según esto, ser sometidas a comprobación acerca de su coincidencia con las prescripciones de la Ley constitucional; ni las leyes acordadas dentro del procedimiento de revisión de reforma de la Constitución, acerca de los límites de la facultad de revisión (arriba, § 11, II, pág. 119). Este derecho de comprobación judicial es negado por los juristas franceses, que se remiten al principio de la división de poderes, basando su opinión en que el ejercicio del derecho supone una injerencia de J en L; así, ESMEIN-NÉZARD, I, págs. 563, 589 y sigs., pero también, p. ej., KAHL en la Comisión de Constitución de la Asamblea nacional de Weimar, pág. 485. Frente a esto, se justifica la práctica americana de la comprobación judicial de la constitucionalidad de las leyes en el hecho de que no implica una injerencia en la legislación, porque el juez no suprime la ley que entiende es inconstitucional, sino que tan sólo recusa la aplicación para el caso particular que tiene presente. Esta justificación no vulnera los principios de la organización del Estado de Derecho en tanto que no hay una *injerencia* del juez en la legislación cuando niega aplicación por cualesquiera razones a una ley formalmente admisible, sino sólo un control y "freno".

La práctica jurídica alemana ha afirmado, desde la célebre sentencia del Tribunal del Reich de 4 de noviembre de 1925 (*RGZ.*, t. 111, pág. 322), el derecho de comprobación judicial, con arreglo a lo aceptado ya antes por otros Tribunales supremos (comp. GIESE, pág. 210; además, Tribunal de empleos del Reich, 21 de octubre de 1924, t. IV, pág. 168; 30 de julio de 1925, t. V, pág. 95). Estas sentencias se amparan en la consideración de que el juez no puede aplicar una ley que contradice "a la Constitución", porque tiene vicio de invalidez material; una ley ordinaria no puede aplicarse por encima de "la Constitución". El Tribunal del Reich dice en la sentencia, *Gac. del Tribunal del Reich*, 111, pág. 322: el que el juez esté sometido a la ley "no excluye que el juez pueda privar de validez a una ley del Reich o a algunas de sus prescripciones que se encuentren en contradicción con otras prescripciones que tengan precedencia sobre ellas y que el juez haya de observar. Tal es el caso, cuando una ley contradice un postulado jurídico contenido en la Constitución del Reich, si para su aprobación no se han guardado los requisitos prescritos para una revisión constitucional en el art. 76, C. a." Y sigue la interesante frase: "Como la Constitución del Reich no contiene ninguna prescripción que prive al juez de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes del Reich y transfiera a otro órgano cualquiera esta facultad, hay que reconocer al juez el derecho y el deber de comprobar la constitucionalidad de las leyes del Reich." Tal fundamentación esquiva la dificultad verdadera. Del hecho de que la Ley

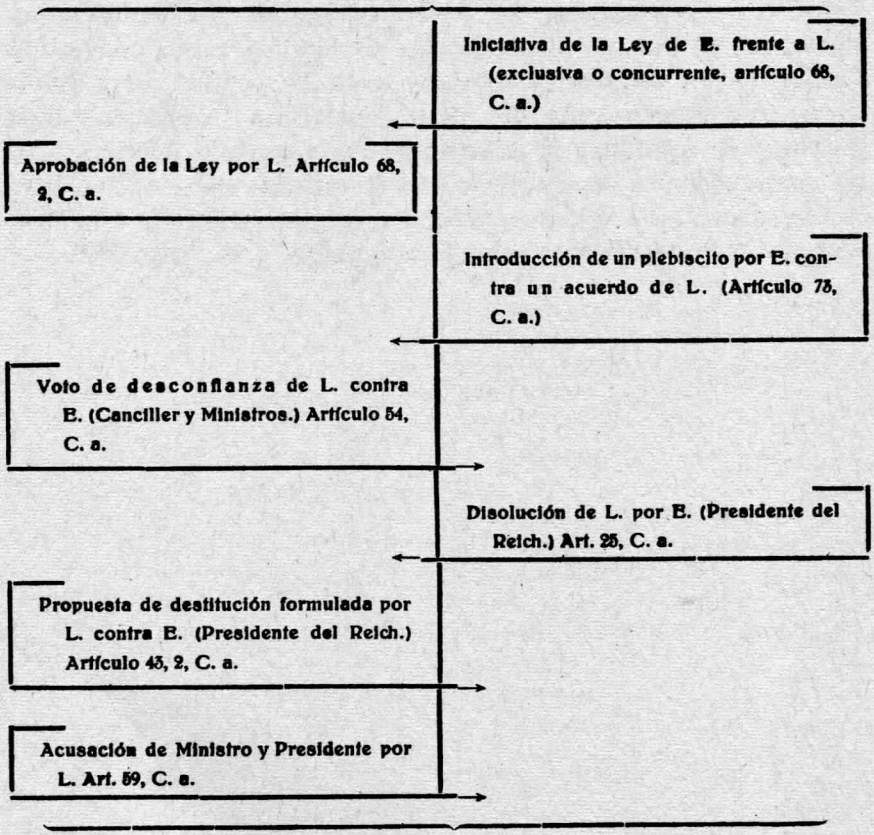
constitucional no atribuya la comprobación a ningún otro órgano, en modo alguno se deduce que los Tribunales son quienes tienen un tal derecho de comprobación y deciden en los casos dudosos. La cuestión es: ¿quién decide? Y la fundamentación dada por el Tribunal del Reich no contesta. Puede decirse que todo órgano del Estado ha adoptado para sí esa comprobación y que, cuando dentro de una jurisdicción se realiza con la forma normal un acto del Estado, sólo por excepción puede aceptarse la nulidad del acto defectuoso, y sólo por excepción puede hacerla valer sea una autoridad, sea un individuo. En conexión con este problema, ha hecho indicaciones acertadas W. JELLINEK. No basta, pues, con acentuar la antijuridicidad material de una ley inconstitucional. Suele tratarse con tales leyes formalmente correctas de casos en que la inconstitucionalidad resulte dudosa; una violación manifiesta del texto claro de una prescripción de la Ley constitucional apenas si osaría realizarla una simple mayoría del Reichstag. Pero tratándose de la decisión de casos dudosos, cambia todo el problema, y ya no puede resolverse haciendo pasar por no válidas las leyes dudosamente "inconstitucionales"; pues la cuestión no es si las leyes inconstitucionales son inválidas—lo que resulta evidente—, sino que se pregunta quién decide la duda acerca de la constitucionalidad o no constitucionalidad de una ley; quién es competente para adoptar esa peculiar decisión, y si la autoridad competente para hacer las leyes decide la duda en el marco de su competencia, como hace en general toda autoridad, o si son competentes los Tribunales para decidir tal duda. Esta cuestión no se resuelve diciendo que, por no fijar la Constitución ningún otro órgano, son competentes los Tribunales. A pesar de todo, tendría yo que afirmar la competencia judicial de comprobación de la constitucionalidad de leyes ordinarias, porque a pesar de todo deja garantizado el principio de la distinción de poderes. No se da ninguna *intervención* de la Justicia en el Legislativo. La Justicia no está en iguales condiciones que las otras actividades del Estado para "intervenir e injerirse". Está ligada a la Ley, e incluso cuando decide sobre la validez de una ley, se mantiene dentro de la pura normatividad; frena, pero no manda. No es un "poder" como los otros poderes; eso significa lo que Montesquieu dice de que es *en quelque façon nulle*. Por esta razón, no vería yo en la comprobación judicial de la validez de leyes una vulneración del principio de la distinción de poderes propio del Estado de Derecho, ya que falta una "injerencia" en sentido específico (para esta cuestión, sobre todo, el antes—arriba, página 159—citado libro de F. MORSTEIN MARX, *Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmässigkeit des Gesetzes*, Berlín, 1927).

2. El esquema de un contrapeso de los poderes distinguidos o, incluso, separados conduce a intervenciones e influencias recíprocas, con las cuales se llega a compensar las facultades contrapuestas y a llevarlas a un equilibrio. Todo robustecimiento de

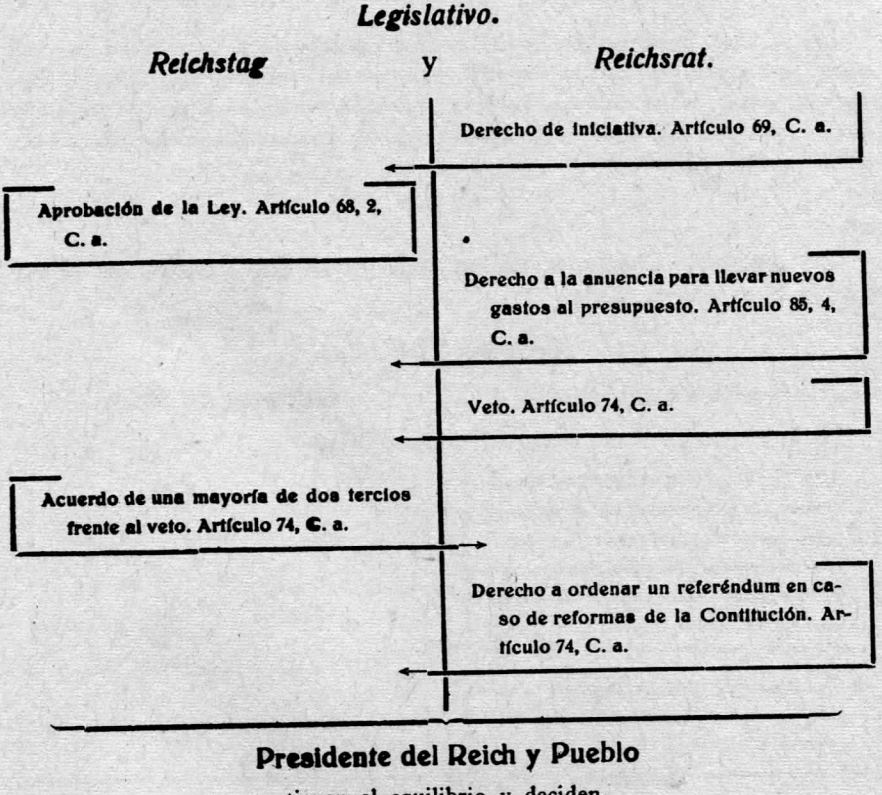
una parte ha de contrapesarse por la otra, y, así, no se romperá el equilibrio por ninguna de las dos partes. En el actual Estado de Derecho se procura con este sistema compensar el predominio de los cuerpos legislativos, del Parlamento. Pues, a consecuencia del imperio de la Ley, el Cuerpo legislativo, aun garantizado el concepto de Ley típico del Estado de Derecho, tiene un natural predominio. Cooperan todavía a ello la dependencia del Gobierno respecto de la confianza del Parlamento y las facultades presupuestarias de éste, de modo que tal predominio puede convertirse fácilmente en un absolutismo sin freno ni control. Para impedirlo, una construcción del parlamentarismo "auténtico" trata de poner en equilibrio la relación de Parlamento y Gobierno. Tales construcciones de equilibrio son de especial significación para la Constitución de Weimar, porque su organización del Ejecutivo se basa en pensamientos semejantes (abajo, § 24, pág. 353).

1.er ejemplo: Esquema de un *contrapeso* de L y E

Influencia recíproca.
Peso y contrapeso.



2.º *ejemplo:* Esquema de un *contrapeso* (por *división*) dentro de L.



III. Los esquemas presentados en II tienden tan sólo a esclarecer un boceto abstracto y general. Cada Constitución de un Estado concreto ha de acompasarse a las condiciones políticas, como el plano abstracto de un edificio a la situación del terreno y a otros datos naturales y efectivos. La finalidad de presentar el esquema ideal estriba en esclarecer el principio de organización del elemento de Estado de Derecho que concurre en toda Constitución liberal-burguesa. Se entenderá mejor la regulación orgá-

nica de una Constitución del Estado de Derecho comprobando tanto las coincidencias como las discrepancias, frente al esquema.

No se hace, pues, ningún reparo contra tales esquemas cuando se cita con KANT la opinión humorística de SWIFT: hay constructores de Constituciones que compensan tan cuidadosamente la organización del Estado como un arquitecto que compensara una casa de tal manera que un gorrión posado en ella bastara a romper el equilibrio y derribar el edificio.

3er *ejemplo:* Esquema de un *contrapeso por división* en el seno de E.

***Ejecutivo* (*Gobierno*).**

Presidente del Reich **y** ***Gobierno del Reich.***

(Arts. 52 y sigs., C. a.)

1. Arts. 41 y sigs. C. a. (Competencias políticamente importantes del Presidente, como representación internacional, nombramientos de funcionarios, alto mando, medidas del estado de excepción, concesión de la gracia.)

2. Facultades de gobierno frente a L. (Disolución, art. 25, introducción del referéndum, art. 73.)

Todas las demás facultades y competencias de Gobierno.

3. No dependencia de la confianza de L.

Dependencia de la confianza de L. Art. 54.

Nombramiento y despido del Canciller y los Ministros. Art. 53, C. a.

Exigencia general del refrendo del Canciller o Ministros para todos los actos oficiales del Presidente. Art. 50, C. a.

El principio orgánico de la distinción de poderes es esencial a una Constitución del Estado de Derecho, y se ha suscitado con acierto la cuestión de si ese principio debe quedar también, a causa de su significación fundamental, por encima de toda reforma y revisión de la Constitución. Desde el punto de vista del Estado de Derecho habría que contestar afirmativamente; comp. E. LAMBERT, ob. cit., págs. 120 y sigs. Pero ahí se desconoce que la Constitución de un pueblo con existencia política no puede consistir tan sólo en principios del Estado de Derecho, pues éstos más bien forman un elemento moderador de la Constitución, añadido a los principios políticos (abajo, § 16, pág. 231).