

CAPÍTULO IV

La función ejecutiva.—El Jefe del Estado.—Los Ministros.

1. No siempre es fácil determinar la *esfera* de actividad propia y el *órgano* específico de la *función ejecutiva*, ni señalar las manifestaciones de la acción unitaria o armonizadora del Estado en las funciones del Gobierno. El *Ejecutivo*, como institución política *jurídicamente* ordenada, es una verdadera creación *constitucional* (1). En la formación histórica del Estado moderno, el Poder ejecutivo, con los órganos en que se reputa especializado, representa, o recuerda, la tradición del poder personal—del Soberano, Monarca, Príncipe—frente a la afirmación de la soberanía *social* recogida exclusivamente por las Asambleas o compartida por éstas con el *Cuerpo electoral*. Además, el Ejecutivo se ha constituido, como representación específica y variable del Estado mismo, en el centro y unidad de su vida (2). Dados estos supuestos, no es extraño que

(1) CONS. BURGESS, ob. cit., t. II.

(2) MOSCA, *Sulla teoria dei Gov. e sul Gov. parl. Le cost. moderne*; ARCOLEO, *Il Gov. di Gab.*; TAMBARO, *La Polemica sul Parlamentarismo*, 1890; *Il Primo Ministro nel Gov. Rappres.*, 1902; C. GUYHO, *Parlem. et République*, 1922; STEIN, *Die Verwaltungslehre*; LABAND, ob. cit., I; ZENKEN, *Der Parlamentarismus: sein Wesen und sein Entwick.*, 1914; MEISZNER, *Das neue Staatsrecht des Reich und seiner Länder*, 1922; FISCHER, *La Const. ingl.*; BAGEHOT, ob. cit.; GRETTON, *The King's Govern. A study of the growth of the cent. Adm.*, 1913; LOW, *The Governance of Engl.*, 1915;

en las Constituciones reine cierta indeterminación en todo lo referente a la *significación* real de este instrumento de gobierno y a las *funciones* que le son propias, y que se señalen muy diversos criterios respecto de su *estructura* más adecuada.

2. La *función ejecutiva*, constituida como *Poder del Estado* (el *Ejecutivo*), en el régimen constitucional, desempeña las siguientes tareas específicas: «1.^a, realizar decisiones del Poder legislativo; 2.^a, auxiliar la ejecución de las del judicial, cuando es para ello requerido; 3.^a, desempeñar la *función coactiva* general, a cuyo efecto se halla provisto de los medios necesarios, estando a su cargo la dirección y régimen de la fuerza nacional (*Ejército*); 4.^a, velar por el mantenimiento de la seguridad interior y de la paz pública; 5.^a, procurar activamente la conservación y desarrollo de los intereses nacionales mediante la gestión administrativa; 6.^a, representar al Estado nacional en sus relaciones interiores con las personas individuales o sociales en él contenidas» (1). Al lado de éstas, y confundidas con las actividades del Ejecutivo, o sea atribuidas al mismo órgano del Poder, se pueden añadir: 7.^a, la función *administrativa de conservación del organismo político*—para los servicios públicos—, que completa y explica la señalada con el núm. 5; 8.^a, la participación que se asigna a los miembros del Ejecutivo (véase capítulo anterior) en el desenvolvimiento

CLIVE BIGHAM, *The Prime Minister of England, 1721-1921*; GARNER, *Cabinet Gov. in France* (*Am. Pol. Sc. Rev.*, agosto, 1914; YOUNG, *The New Amer. Gov. and its Work*; COOLEY, ob. cit.; REINSCH, ob. cit.; BENOIST, *La Réf. Parl.*; DUGUIT, *Traité*, II; *Le Font. du Rég. Parl. en France* (*Rev. pol. et Parl.*, XXV, pág. 367); BLOCH, *Rép. Parl.*, 1903; LEYSEL, obra citada; DUPRIEZ, ob. cit.; LAVELEYE, ob. cit.; PRINS, *La démoc. et le Gouv. represent.*; REDSLOB, ob. cit.; JIMÉNEZ DE ARECHACA, ob. cit.; RUIZ MORAÑO y otros, *La función const. de los Minist.*, Buenos Aires, 1912; AZCÁRATE, *El Régimen parlamentario*; POSADA, *El Parlament.*; SÁNCHEZ DE TOCA, obra citada.

(1) GINER y CALDERÓN, *Derecho natural*, pág. 263.

de la función legislativa; 9.^a, la representación internacional; 10.^a, ciertas intervenciones en la vida y relaciones de los Poderes, encaminadas a afirmar la unidad del Estado, función *moderadora* que tiende a diferenciarse cada vez más de las del Ejecutivo en el régimen parlamentario.

3. El *órgano* que *constitucionalmente* se reputa *Poder ejecutivo* en unos Estados (Inglaterra y España) es la institución que representa o simboliza la tradición del poder personal; en otros, se ha ideado aquél a imitación de las naciones en que la tradición lo ha establecido (Francia o Estados Unidos), o recogiendo las prácticas de los Gobiernos republicanos (Alemania), pero en todos se le atribuyen funciones y facultades en relación con las tareas más arriba indicadas.

Recuérdense las funciones que legalmente tiene la Corona en Inglaterra (Bagehot, ob. cit.; Courtney, obra citada, páginas 2, 83, 85, 108 y 128; Dupriez, obra citada, I), las que se atribuyen al Rey en España (Const., artículos 18, 20, 22, 32, 36, 37, 41, 44, tit. IV) y las que se conceptúan como facultades del Presidente de la República en Francia (Ley const. 25 febrero 1875, artículos 3.^o, 4.^o, 5.^o y 6.^o; ídem 16 julio 1875, artículos 2.^o, 6.^o, 7.^o, 8.^o y 9.^o); en los Estados Unidos (Const., artículos 2.^o y 4.^o, sec. 4.^a), y en Alemania (Const., 1.^a p., tit. 3.^o). En general, el Poder ejecutivo diferenciado tiene la representación diplomática, el mando de las fuerzas de mar y tierra, la seguridad personal, la función de hacer cumplir las leyes, el nombramiento de los empleados públicos—con condiciones—, la función administrativa con el régimen y gestión de los *servicios públicos*, y una mayor o menor intervención en el Poder legislativo. (Véase Burgess, ob. cit., vol. II; Cons. Duguit, *Traité y Transformación del D. p.*; Jèze, *Princ. gén. de Dr. adm.*, 1914; Posada, *Trat. de D. a.*, I.)

4. Repútase generalmente como Jefe del Poder ejecutivo el que lo es del Estado, y se le atribuyen (ejérzalas o no) funciones del Ejecutivo. Mas el Jefe del Estado (sea o no real y positivamente Jefe del Poder ejecutivo), reviste diverso carácter.

En dos de los Estados es una Magistratura hereditaria y de carácter mayestático, o sea en situación excepcional privilegiada (Inglaterra y España); en los otros tres, es una Magistratura civil electiva (Estados Unidos, Francia y Alemania). En Inglaterra, el Jefe del Estado (y del Ejecutivo) es el Rey, en *dinastía* que recibió la corona por virtud de un acta del Parlamento. (Véase Blackstone, *Commentaires*, I, cap. III; Courtney, ob. cit., págs. 83-84; Todd, *El Gob. parl.*, I, parte 2.^a, cap. I; Burgess, ob. cit., vol. II.) El Poder real en Inglaterra se transmite hereditariamente en los miembros de la familia, que ostenta la representación tradicional de la dinastía y, según las leyes, de la sucesión privada regular, con inclusión de las hembras, aunque no en concurrencia con los varones del mismo grado (Burgess, ob. cit., vol. II). En España, el Jefe del Estado (y del Ejecutivo) lo es el Rey (tít. VI). La Constitución de 1876 reconoce como Rey a D. Alfonso XII (de la dinastía de Borbón), y fija la sucesión al trono por el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto, en el mismo grado, el varón a la hembra, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menor. (Const., artículos 59, 60, 61 y siguientes, título VII.)

La forma monárquica hereditaria, en razón de la confusión que supone del lazo de la sangre y el principio hereditario con los principios políticos de organización del Estado, entraña una porción de cuestiones relativas a las condiciones privadas del Rey, que revisten cierto carácter público y que suelen regularse en la Constitución; por ejemplo: menor edad del Rey,

cuánto dura, incapacidad del Rey, regencia del Reino, tutor del Rey, matrimonio del Rey, etc., etc. (Inglaterra, véase Blackstone, ob. cit., I, cap. III; Burgess, ob. cit., t. II; Div. 3.^a, I. España, Const. tit. VIII.)

5. Lo característico del Jefe del Estado monárquico, aparte la índole perpetua, y hasta indiscutible, de la representación, estriba en la condición excepcional en que vive y se mueve la persona que ejerce el *Poder real*, y merced a la cual la Monarquía se ofrece como una institución *imponente*. La *majestad* y el *aparato* real parecen indispensables en el régimen monárquico. Esta condición acentúase merced a la consideración alcanzada de antiguo por los Monarcas, y según la que son personalmente *sagrados, inviolables e irresponsables*. La irresponsabilidad del Monarca, mantenida dentro del régimen representativo y combinada con la responsabilidad ministerial, ha sido uno de los métodos para diferenciar en el *Poder real* las funciones *ejecutivas* y las del *Jefe del Estado*.

Véase Bagehot, ob. cit.; Cons. Jellinek, *Teoria*, tomo II, trad. esp.; Burgess, ob. cit. t. II, pág. 213. España, Const., art. 48.

6. El Poder ejecutivo—el *Jefe del Estado* en las Repúblicas: Francia, Estados Unidos y Alemania—es, naturalmente, electivo; responde al principio general según el cual todos los ciudadanos pueden aspirar a los puestos todos del Estado, según su mérito y capacidad.

El procedimiento, y, en general, el sistema electivo, es distinto en Francia, en los Estados Unidos y en Alemania. En Francia, el Presidente de la República es elegido por el Senado y el Congreso, constituidos en Versalles en Asamblea nacional, y por mayoría absoluta de votos; es nombrado por siete años y reelegible. (L. Const. 25 feb. 1875, art. 2.^o) En caso de vacante

por muerte o por cualquiera otra causa, las dos Cámaras se reúnen y proceden a elegir nuevo Presidente. En el intervalo, el Consejo de Ministros está investido del Poder ejecutivo. (Idem, art. 7.º) La ley de 14 de agosto de 1884, art. 2.º, declara incapacitados para ser Presidentes a los miembros de las familias que reinaron en Francia. En los Estados Unidos, el Presidente de la República se elige al propio tiempo que el Vicepresidente, por un período de cuatro años (Const., artículo 2.º, sec. 1.ª); es reelegible, pero la costumbre no permite más de una reelección. El procedimiento electoral implica la atribución al pueblo de la elección, pero de modo indirecto. Cada Estado designa, según el modo prescrito para elegir las Asambleas legislativas, un número de electores igual a la totalidad de senadores y representantes que aquél tiene derecho a enviar al Congreso. (Idem id.) El Congreso puede determinar la época de la designación de los electores y el día en que deben votar. (Idem, art. 2.º, sec. 1.ª, número 4.º, enmienda XIII y leyes 3 feb. 1887 y 19 octubre 1888.) Exigese, para ser Presidente, la condición de ciudadano, residencia de catorce años en los Estados Unidos y treinta y cinco de edad. (Const., id. id., número 5.º) El Vicepresidente sustituye al Presidente en caso de vacante antes de expirar el plazo por que ambos fueron elegidos; y faltando los dos, el Congreso puede, por una ley, indicar el funcionario que los sustituya hasta terminar el plazo de los cuatro años. (Idem id. id., núm. 6.º). En Alemania, el Presidente (Jefe del Estado) es elegido por el pueblo, por el Cuerpo electoral, que elige el *Reichstag* (V. art. 2.141). Su mandato dura siete años, y es reelegible (art. 43). La Constitución ha querido hacer del Presidente un Poder político que, por la fuerza y autoridad de su origen — principio americano —, estuviera en condiciones de oponerse al *Reichstag* — en régimen de equilibrio —, en lo que se diferencia del régimen americano, que busca la separación de los Poderes. «La intención de crear un Presidente de un Poder equivalente a los del

Reichstag, y de asegurar el equilibrio entre los dos factores, se expresa claramente en la Memoria con que Preuss acompaña su proyecto y en las discusiones de la Asamblea Constituyente», Redslob, ob. cit. (en la *Revue du Droit Public*, XLI, pág. 541).

7. Las diferencias entre el Jefe del Estado de las Monarquías y el de las Repúblicas estriban, como se ha visto, en el distinto origen y título del Poder—*herencia y elección*— y en el carácter que el Poder mismo imprime a los respectivos magistrados: mayestático en la Monarquía: un poder o influencia de una *persona física* que lo ejerce de por vida (1). En las Repúblicas el Presidente no pierde la cualidad de ciudadano, ni el serlo imprime carácter a la personalidad civil y política del que desempeña el cargo, ni a su familia (no hay *dinastía*). Además, la *responsabilidad* del Presidente tiene una consideración constitucional distinta de la del Monarca.

El Presidente en Francia es responsable de los delitos de alta traición (L. Const. 25 febrero 1875, artículo 6.º); lo juzga el Senado y lo acusa la Cámara de Diputados. (Idem 16 julio 1875, art. 12.) El de los Estados Unidos, como los demás funcionarios civiles, será destituido de sus funciones si, a consecuencia de una acusación ante el Senado (*impeachment*), se le conceptúa convicto de traición, cohecho u otros delitos. (Const., art. II, sec. 4.ª, y art. 1.º, sec. 3.ª, números 6.º y 7.º). El Presidente del *Reich* puede ser acusado por el *Reichstag* ante el Tribunal del Estado, en la forma que dispone el art. 59 de la Const. Además, antes de que expire su mandato, puede ser depuesto mediante el voto popular, o a propuesta del *Reichstag*, con la disolución de éste, si el voto popular rechaza la propuesta de destitución, desaprobación que equivale a una reelección (art. 43 de la Const.). El Presidente del

(1) JELLINEK, *Teoría*, II.

Reich no puede ser sometido a procesamiento penal sin la autorización del *Reichstag* (art. 43).

8. La atribución (constitucional) al Jefe del Estado de las funciones *ejecutivas* entraña, en general, en algunos Estados, un valor *teórico*, que exige una interpretación en el respecto *práctico*.

Al lado del Jefe del Estado hay, en los cinco Gobiernos de las naciones a que aquí se alude, funcionarios de suprema importancia: en Inglaterra, Estados Unidos, Francia y España, los *Ministros*, y en Alemania, el *Canciller* y los Ministros; estos funcionarios son los que en el régimen parlamentario *ejercen de hecho* la mayor parte de las funciones atribuidas al Jefe del Estado.

9. La importancia de los Ministros manifiéstase, sobre todo, en aquellos Estados en que se los reputa *responsables* de los actos del Jefe del Estado, Rey o Presidente (Inglaterra, España), y más aún donde, como en Francia y Alemania, se les reconoce una sustantividad como institución colegiada o como funcionarios específicamente diferenciados (Alemania, del modo más expreso). En Inglaterra, la distinción del Poder real y del ministerial es la característica del régimen, como en España (bajo la Const. de 1876, artículos 48 y 49). Manifiéstase además la importancia de los Ministros independientes, o diferenciados del Jefe del Estado, en cuanto constituyen un órgano corporativo con unidad de miras, jefatura, homogeneidad de ideas, responsabilidad colectiva (1), que es lo que ocurre en Inglaterra con el Gabinete, en Francia y en España con el Consejo de Ministros (2). En Alema-

(1) BAGEHOT, ob. cit ; ARCCLEO, ob. cit., capítulos I y III; DUPRIEZ, ob. cit. y bibliografía de la nota (2) de la pág. 515.

(2) Francia, L. Const. 25 febrero 1875, art. 6.º; España: la Constitución reconoce la existencia del Consejo de Ministros. (Véase artículos 69 y 70.)

nia, la organización del Gobierno del *Reich*, que forman el Canciller y los Ministros, entraña un funcionamiento especial (1).

El Canciller es el eje de la acción política y de la administración del *Reich*, con intervención del *Reichsrat* (Parte 1.^a, tit V). Como advierte Redslob en el *Reich*, «la responsabilidad de los Ministros es individual. Cada Ministro da cuenta de su gestión especial. No hay responsabilidad solidaria; no existe, ni aun cuando se trata de política general. Por que ésta, y he ahí otra originalidad notable, no se fija por el conjunto de los Ministros en función colegiada. Por el contrario, se determina por un solo Ministro, y le está reservada como campo de acción exclusivo: él solo dispone y responde de ella. Ese Ministro es el Canciller. Su situación única entraña una relación singular entre él y los demás miembros del Gobierno. Es su superior, y les impone su voluntad cuando una cuestión tiene el carácter de política general. Pero debe abstenerse de intervenir en una cuestión simplemente técnica..., debe respetar la independencia del titular». (Recuérdese el art. 56 de la Const.) Redslob, ob. cit., páginas 522-52; Vermeil, ob. cit., pág 134. Por lo demás, según el art. 55, «el Canciller del *Reich* ejerce la presidencia del gobierno del Reich y dirige sus asuntos conforme a un reglamento que ha de acordar el Gobierno y ha de aprobar el Presidente del *Reich*».

Manifiéstase también la importancia de los Ministros, en cuanto forman el *Ministerio*, en las relaciones y vida de los poderes del Gobierno, en aquellos países donde ocupa éste una posición intermedia entre el Jefe del Estado y el Parlamento, dependiendo de ambos, y sometién dose, en su composición, a las corrientes imperantes en las Cámaras, especialmente en la Cámaras populares—es lo que ocurre en Inglaterra,

(1) DUPRIEZ, ob. cit., t. I, pág. 491.

Francia, España y en Alemania ante el *Reichstag*—. En los países de régimen parlamentario, el Ministerio o Gabinete se diferencia, con más o menos determinación, del Jefe del Estado como órgano de Poder distinto—el Ejecutivo estricto.

Esta distinción, producida en Inglaterra de un modo espontáneo, en el proceso histórico de diferenciación de sus instituciones (1), y consagrada luego en las Constituciones de su tipo, es una de las indicaciones más esenciales para clasificar ciertas combinaciones del régimen representativo de que ofrecen ejemplos los Estados que aquí estudiamos. En un cuadro de las principales formas constitucionales se señalan: de un lado, los Estados de régimen de comunicación y colaboración de poderes—o sea de régimen parlamentario—, los citados: Inglaterra, Francia, Alemania y España, bajo la Constitución de 1876; de otro, los Estados no parlamentarios, con separación formal de los Poderes ejecutivo y legislativo, de que son ejemplo los Estados Unidos. El Presidente de la República, en los Estados Unidos, es Jefe efectivo del Poder ejecutivo y responsable de sus actos, no siendo los Ministros sino verdaderos Secretarios de Estado a él subordinados y sin tener que responder de su gestión ante las Cámaras (2).

10. La diferenciación orgánica de las magistraturas que supone la distinción entre el *Jefe del Estado* y el *Ministerio*, en los países de régimen parlamentario, aunque no sea esencial en el régimen representativo, responde, sin embargo, a una distinción real de las funciones del Estado en el Gobierno. Es ella una manera

(1) BAGEHOT, ob. cit.; ARCOLEO, ob. cit.; MAY, *Hist. const. de Ingl.*; FISCHER, ob. cit.; FRANQUEVILLE, ob. cit.

(2) BURGESS, ob. cit., t. II; BRYCE, ob. cit., t. I; CHAMBRUN, obra citada; STORY, ob. cit., vol. II; DUPRIEZ, ob. cit., t. II, páginas 30 y siguientes; MINGUZZI, *Gov. di Gab. e Governo Presid.*, páginas 84 y siguientes; obras citadas en la nota segunda de este capítulo.

histórica de recoger, en la estructura, la diferenciación de actividades reales, alcanzada en no pocos pueblos como consecuencia de una desintegración del poder absoluto y personal asumido por los Reyes. Entre las funciones que, como hemos visto, es corriente considerar del órgano u órganos del *Ejecutivo* estricto, se distinguen: 1.º, funciones propiamente ejecutivo-políticas, que *ejerce* el Ministerio de un modo real, efectivo, y que en rigor son funciones ministeriales: las *cuatro primeras* de las indicadas antes (núm. 2.º) tienen este carácter; 2.º, funciones de relaciones del Estado nacional: a) con los intereses sociales; b) con las personas individuales y colectivas en él contenidas; c) con las demás naciones: todas estas funciones (números 6.º y 9.º de la clasificación del núm. 2.º) entrañan aspectos en que actúa el *Ministerio* en relaciones de gobierno, por sí y mediante sus funcionarios dependientes, habiendo en las relaciones internacionales amplia esfera en la que puede *influir* personalmente el Jefe del Estado; 3.º, funciones *administrativas*, que también *ejerce* el Ministerio, si bien tiende a disminuir la acción directa de éste, confiándose tales funciones a órganos especiales adornados de las indispensables condiciones técnicas y de independencia, estabilidad y responsabilidad (véase Duguit, *Transf. del D. P.*; Royo Villanova, discurso sobre la *Descentralización por Servicios*, 1914), al efecto de alcanzar el *máximum de eficacia* (las señaladas con los números 5.º y 7.º revisten este carácter); 4.º, participación en la función legislativa, ejercida también de hecho por el Ministerio (núm. 8.º) o por órganos especiales como el *Reichsrat*, y 5.º, ciertos actos de representación ostensible de la acción unitaria del Estado en el Gobierno (señalados con el núm. 10), que son los que implican la *función moderadora*, que es la que en rigor *ejerce* el Jefe del Estado en los países de régimen parlamentario puro; en tales actos es cuando el Rey o el Presidente realizan una *intervención personal*, por ejemplo, al oponer el *veto*, al decretar la disolución de las Cámaras llamando a nuevas elecciones, en el nom-

bramiento de los Ministros, especialmente al designar el primer Ministro. Son éstas, en efecto, funciones en las cuales, aun cuando el acto decisivo del Jefe del Estado sea cubierto por un Ministro, aquél realiza una acción efectiva y personal. Puede el Re (en Inglaterra y en España) o el Presidente (en Francia o Alemania) pasar inadvertido en la vida política normal; pero su intervención *personal es necesaria* cuando surge un des acuerdo entre el *Parlamento* y el *Gabinete* y cuando de *di-olverse* aquél o se ha de *cambiar* éste. Las intervenciones señaladas del Jefe de Estado no son las únicas, son las ostensibles: el Jefe del Estado tiene, sin duda, una amplia esfera de acción política, pero más quizá de *influencia* que de *poder* concreto en el régimen parlamentario; y esa *influencia* latente y sensible, siempre, dependerá de las cualidades *personales* del Monarca y de las condiciones de sus Ministros. (Consúltese Montalcini, *L'Institut. regia e la resp. minist*, Miceli, *La Corona*; Lord Grey, *Parl. Pov*, pág. 5, 1858; Gladstone, *Cuestiones const.*; Todd, ob. cit.; Bagehot, *Cons. Ingl.*, páginas 58 y 68; Azcárate, *El poder del Jefe del Estado en Inglaterra, Francia y los Estados Unidos*; Sánchez de Toca, ob. cit., esp. cap. IV. Véase en mis *Teorías políticas* el capítulo *Las funciones del Rey en el Régimen const. y parl.*)

Por lo demás, para la distinción positiva de las funciones que acaba de indicarse no importa que no se haya realizado una *diferenciación* de órganos en la estructura del Gobierno. En los Estados Unidos, el Presidente, Jefe del Ejecutivo, obra como Jefe del Estado, verbigracia: cuando opone el *velo*. Por otra parte, la acción unitaria del Estado se manifiesta en los Estados Unidos en la prerrogativa del Poder judicial para declarar la *inconstitucionalidad* de las leyes (Burgess, obra citada, t. II) y mediante la frecuencia con que habla el sufragio y en la reforma constitucional. Además, la armonía entre los órganos del Gobierno, condicionada merced a la presencia del Ministerio en las Cámaras, se consigue en los Estados Unidos, ya por medio de

los mensajes presidenciales, ya gracias a las relaciones que fuera de las sesiones se mantienen entre el Presidente y sus Ministros y los *Comités* de aquéllas. (Laveleye, ob. cit., t. I, páginas 68 y siguientes; Wilson, *Gov. Congr.*)

La función propia, diferenciada, del Jefe del Estado en el régimen parlamentario inglés, francés, con alguna reserva español bajo la Constitución de 1876, o alemán, con aditamentos especialísimos, se concreta en las intervenciones críticas, en las relaciones entre el Ministerio y el Parlamento, intervenciones que convierten al Jefe del Estado - Rey o Presidente— en eje del régimen, sin ejercicio de verdadero poder personal. Nada mejor, para comprender la naturaleza de las funciones del Jefe del Estado, que esta indicación del profesor Redslob: «¿Cuál es el papel que desempeña el Jefe del Estado - Rey o Presidente, el titular del Poder? Lo sabemos: no es quien domina la política con su voluntad soberana. Ese papel incumbe a los electores. El Jefe del Estado cumple otra misión. Podemos decir, en una fórmula breve, que es la *fuerza generalizadora* del mecanismo. En efecto, *da el impulso* al resorte que mueve la voluntad nacional, mediante los Ministros y el Parlamento. El Jefe del Estado nombra, ante todo, al Presidente del Consejo. Su designación no es absolutamente libre. Al contrario, debe tener presente la resolución popular, expresada por el voto de los electores. Debe precisamente constituir un Ministerio que esté en armonía con las tendencias políticas de la nación. Siempre le queda una cierta libertad. Designa la personalidad que le parece adecuada para formar un Gobierno viable. Es verdad que, a veces, al menos en Inglaterra, sólo un hombre es capaz de desempeñar esta tarea, por ser el jefe incontestado del partido vencedor. En segundo lugar, el Jefe del Estado puede revocar el Ministerio y reemplazarle por otro. Este poder se halla en conexión con el de disolución. En efecto: si el Jefe del Estado quiere prescindir del Gabinete que tiene la mayoría parlamentaria, está obligado a decre-

ar nuevas elecciones, a fin de destruir esta mayoría. Y según lo que resulte de esta tentativa, se librará del antiguo Gobierno, o se verá obligado a mantenerlo. He ahí el papel del Jefe del Estado en el sistema parlamentario. Sólo tiene dos facultades verdaderamente personales, y que le permiten desplegar una libre iniciativa: la composición del Ministerio y la disolución antigubernamental. Ese es el verdadero poder del Jefe del Estado, el único animado de soplo vital. Los otros son sólo de un valor ceremonial.» «El Jefe del Estado—añade M. Redslob—no es, por tanto, el soberano. La voluntad suprema es la del pueblo.» Diríamos mejor, la del Cuerpo electoral, que representa de modo inmediato al pueblo, y cuya voluntad se manifiesta intermitentemente, en general, con ocasión o como consecuencia de una disolución del Parlamento, por haber agotado su término, o por intervención de la prerrogativa de disolución del Jefe del Estado, ejercida al modo de Inglaterra o España, o como en Alemania, donde como se ha dicho, el Presidente no puede proceder a dos disoluciones sucesivas por el mismo motivo (artículo 25); o como en Francia, donde el Presidente no puede disolver la Cámara de Diputados sino «de acuerdo con el Senado» (art. 5.º de la L. Const. de 25 de febrero de 1875), condición esta que quizá ha impedido la aplicación de la facultad de disolución, y que hace que se de una su régimen parlamentario como intermedio entre el inglés y el suizo (directorial o colegiado). (V., en este volumen, la pág. 134.) Por otra parte, en Alemania, la acción soberana del Cuerpo electoral se manifiesta mediante las aplicaciones de la *acción directa*—o democracia directa: iniciativa, *referéndum* y poder de revocación del Presidente de la República—, que ponen en manos de dicho Cuerpo funciones específicas, merced a cuyo ejercicio el Cuerpo electoral es el llamado a expresar la voluntad del Estado.

11. La organización y el funcionamiento del Ejecutivo y del Jefe del Estado—instituciones distintas,

de hecho, en el régimen parlamentario—influyen especialmente en la significación y posición política de las Asambleas; la acción de éstas y su influjo en la marcha total del Gobierno, es diferente, según que los Ministros asistan o no a las Cámaras y el Ministerio o Gabinete responda o no, ante ellas, de su gestión político-administrativa. Cuando los Ministros asisten a las Cámaras, toman éstas el carácter de *Parlamento*, o sea de una institución que, además de la función *legislativa* y *representativa* y la de determinar la ley económica del Estado, tiene la de *fiscalizar* y *discutir* la *gestión* del Ejecutivo, y la política de *recoger* las *quejas* y *reflejar* las *tendencias* de la opinión.

El Parlamento, en el régimen parlamentario, tiene generalmente estas funciones: *a)* legislativa; *b)* económica (presupuestos, crédito, etc.); *c)* política (en relación con el Gabinete, cuya política inspira y censura); *d)* judicial (responsabilidad ministerial); *e)* administrativa (fiscalización de la gestión de los servicios públicos.) (Véase Azcárate, *El rég. parl.*)

Para el adecuado desempeño de las funciones *parlamentarias*, disponen las Cámaras de medios propios: la fiscalización y discusión de la gestión del Ejecutivo se realiza mediante las *preguntas*, *interpelaciones* o *mociones*, que pueden formular los miembros de las Cámaras. Cuando la relación entre el Gabinete o Ministerio con el Parlamento entraña la necesidad de que aquél refleje las tendencias imperantes en éste (como en Inglaterra, Francia, Alemania y España), es cuando se produce el tipo de gobierno del régimen parlamentario, y las Cámaras adquieren gran preponderancia, pudiendo en todo momento investigar la gestión *política* del Gabinete y provocar la comprobación de que el Ministerio merece la confianza de las mismas.

La relación genuinamente parlamentaria entre el

Gabinete y las Cámaras se establece de modo más directo con aquella que tiene un origen inmediato en el Cuerpo electoral—la de los Comunes en Inglaterra, la de Diputados en Francia y España—, porque el criterio en que el Jefe del Estado tiene que inspirarse sobre todo, es en el dominante en esa Cámara. En Alemania, el Canciller y los Ministros no son responsables ante el *Reichsrat* (recuerda Redslob, aunque Wittmayer, *Die Weimarer Reichsverf.*, 1922, pág. 331, no es de esa opinión): según la Constitución (artículos 54 y 59; comp. con los artículos 65 y 67), responden aquellos ante el *Reichstag*, que es quien puede acusarlos. Además, en la Constitución alemana, «la responsabilidad del Ejecutivo se ha reforzado a causa de que el Canciller y los Ministros jamás están libres del *control* parlamentario, merced a la acción de las comisiones permanentes que funcionan en el intervalo de las Legislaturas», y «desde que expira una diputación o sea disuelto el *Reichstag* hasta que se elija otro nuevo» (art. 35). (Dupriez, ob. cit., I; Arcoleo, ob. cit.; Minguzzi, ob. cit.; E. May, *A Treatise of the Law*, cit.; E. Pierre, ob. cit., espec. lib. V; Reynaert, ob. cit.; Moreau y Delpech, ob. cit.; Duguit, *Traité*, II, § 149; Francia, Reglamento de la Cámara, cap. V; España, Regls. del Senado y del Congreso; Redslob, ob. cit.; Wittmayer, ob. cit.; Vermeil, ob. cit.; Brunet, ob. cit.)

Considerado el régimen constitucional en los tipos que aquí especialmente se comparan en punto a las relaciones entre el Jefe del Estado, el Ejecutivo y el Legislativo, la diferenciación de las funciones se realiza según sistemas de mera distinción, rayana en la confusión, o de franca separación, sistemas que engendran, como tipos extremos, el régimen *parlamentario* y el *presidencial*. En el primero —Inglaterra, Francia, Alemania y España— se distinguen el régimen parlamentario-monárquico —Inglaterra y España— y el republicano —Francia y Alemania—, todos con matices diversos. En todos, el Ministerio es

responsable, políticamente, ante el Parlamento, que puede *censurarle* en todo momento, provocando su *caída* o *cambio*; además, los Ministros, como tales, son también responsables ante el Parlamento, que puede obligarles a dejar su cargo y exigirles responsabilidad. En el régimen *presidencial* o de *separación* (?) de Poderes (Ejecutivo y Legislativo), las Cámaras son casi exclusivamente *Cámaras legislativas*; no se relacionan directa y constitucionalmente con los Ministros, ni ejercen sobre ellos una acción fiscalizadora de su gestión, ni de carácter político. Este tipo se practica en la República norteamericana.

12. Según advertíamos en otro lugar del TRATADO (páginas 134 y 135 de este volumen), las formas constitucionales resultantes de la comparación de las cinco Constituciones tipos no agotan, en manera alguna, las que se dibujan a poco que se amplien los términos de aquélla. Ya allí indicamos como variante de gran valor el régimen *suizo* — directorial, no parlamentario —. «Al lado, dice Hsmeim (ob. cit., I, pág. 496), del gobierno parlamentario y del presidencial — que se disputan hoy los grandes países civilizados — existe un tercero, el que funciona en Suiza, y que a veces, se llama gobierno directorial.» En este sistema, y tal como se ha establecido primero en los diversos cantones que practican el gobierno-representativo, los miembros, en número de cinco, siete o nueve, que componen el Poder ejecutivo, son elegidos por la Asamblea legislativa única o Gran Consejo. Cada Ministro está adscrito a un departamento, y son elegidos por un tiempo determinado, generalmente, por la duración de la Legislatura: no son revocables. No pueden ser a la vez miembros del Gran Consejo, pero «se presentan ante él para informar y proponer medidas e intervienen libremente en la discusión. En la legislación sin el poder motor, tienen derecho de iniciativa, y esto no obstante, están completamente subordinados. No dimiten cuando están en conflicto con la

Asamblea, pero se someten, conservan sus cargos y ejecutan las órdenes del Gran Consejo». (V. Burckhardt, *Komm. der Schweizer Bundesverf.*, 1904. Deploige, obra citada. Barthélemy, *Le pouvoir exécutif dans les Rép. modernes*, 1907. Duguit, II, 2.^a edic., pág. 629.) Otra variante constitucional. interesantísima es la realizada por la Constitución prusiana de 1920, mediante un tipo original del régimen. La Constitución define y organiza y relaciona las siguientes instituciones: 1.º, el Cuerpo electoral—el Pueblo—, que ejerce esenciales funciones directas—iniciativa, *referéndum*—, elige el Parlamento—*Landtag*— e interviene para resolver ciertos conflictos entre el Parlamento y el Consejo de Estado (artículos 2.º a 6.º y 42). 2.º, el Parlamento de elección popular, institución legislativa, con poder de fiscalización, constituyente y de *autodisolución* (art. 14): él elige el Presidente del Consejo de Ministros (art. 45). 3.º, un Consejo de Estado, representativo de las Provincias en la legislación y en la administración (art. 31), con iniciativa legislativa y veto. No hay Presidente de la República prusiana. (Véase Redslob, pág. 541, lib. cit.) Hay un Consejo de Ministros, cuyo Presidente elige el *Landtag*, y que nombra los Ministros y señala las directivas de la política. El Consejo de Ministros es responsable política y administrativamente. Una institución original es el llamado Colegio de los tres, compuesto por los Presidentes del Consejo de Ministros, del *Landtag* y del Consejo del Estado, y el cual Consejo, entre otras cosas, tiene la facultad de disolución del *Landtag*. Nada mejor para caracterizar este régimen político que esta indicación de M. Redslob: «El tipo del mecanismo (prusiano) se ha modelado sobre el gobierno parlamentario de la Gran Bretaña, pero con la diferencia de que no hay Jefe del Estado y que el Ministerio no dispone de la disolución. El veto suspensivo del Consejo de Estado denota cierta semejanza con el de la Cámara de los Lores. Además, nos encontramos en Prusia las instituciones suizas y americanas de la iniciativa popular y

- del *referéndum*. El primer Ministro designado por la Cámara recuerda el Consejo federal helvético, elegido por la Asamblea Nacional. La alta dirección de los asuntos administrativos por la Cámara hace pensar en el régimen directorial de los suizos. Por último, la tendencia psicológica a dejarse guiar por el ejecutivo es una herencia del antiguo régimen alemán». (Libro citado, pág. 553.)

CAPÍTULO V

La función judicial.

1. El reconocimiento de una *función judicial* distinta en el Estado (1) se explica, a la vez, por razones históricas y doctrinales: la *función* judicial es, históricamente, una consecuencia de la diferenciación de las actividades del Estado y de la descomposición del poder absoluto de los Reyes, y doctrinalmente responde a la especialización objetiva de los momentos esenciales de la realización del Derecho, en la aplicación concreta y eficaz de la norma jurídica, y a la concepción del régimen del Estado como un *régimen jurídico de garantías*. La función judicial, al constituirse como un sistema de instituciones para aplicar *justamente* las normas jurídicas, se pone en condiciones de realizar el orden de garantías *defensivas* —jurisdiccionales— de los derechos de todos frente a todos, y con sus procedimientos, sus juicios, sus decisiones, su protección del derecho concreto, mediante un sistema de solemnidades y recursos, viene a dar significación y eficacia prácticas al Derecho constitucional como régimen de garantías jurídicas.

Véase Burgess, ob. cit., II, Div. terc.; Lieber, ob. cit., p. 15 y sigs.; Woolsey, ob. cit., vol. II; Judson, *The Jud. and the People*, 1913; B. Coxe, *Jud. Power*, 1893; Palma, ob. cit., vol. I, 592; Orlando, *Principii*, lib. VI; *Teoria giuridica delle garantigie delle libertà*;

(1) Véase *Teoría del Estado*, lib. VI, cap. III.

Laband, ob. cit., vol. II; Duguit, *Traité*, I, cap. II; §§ 51 a 54 y 63 y 64; Carré de Marlberg, ob. cit., p. 607 y sigs.; Hauriou, p. 302 y sigs.; Artur, *Séparation des Pouvoirs et séparation des Fonctions*, 195, p. 59 y sigs.; Coumoul, *Traité du Pouvoir Jud. De son Rôle const. et de sa ref organique*, 2.^a edic., 191; Azcárate, *El Self-government*, caps. VI y VII; Lambert *La Gouv. des Juges et le lutte contre la Leg soc. aux E. U.*, 192; Solym, *La jurid. const. aux Etats Unis et in Suisse*, 1923.

2. Es general la tendencia a consagrar, como realidad estructural, la determinación *constitucional* de órganos o instituciones de la función judicial, lo que ha supuesto, a veces, la *elevación* de tal función a la categoría de *Poder del Estado*, es decir, de función sustantiva, que responde, en su organización, a la misma ley que el Poder legislativo, con propia esfera, *relativamente soberana*, por tener su fundamento y la fuente de inspiración en la conciencia nacional y en las necesidades del Estado. La especialización *funcional* y *estructural* de lo *judicial* (como distinto de lo *ejecutivo* y *legislativo*) revela el supuesto de que la *función judicial* es *de soberanía*, y que su acción de garantía tiene toda la fuerza moral y política de las funciones que *sólo dependen de la ley* o del Derecho (1).

3. Pero la tendencia indicada no suele alcanzar pleno desarrollo. En general, pueden señalarse las siguientes dificultades al pleno reconocimiento de la sustantividad y autonomía de lo judicial: 1.^a La consideración de la función judicial, más o menos, como una dependencia o, a lo sumo, dirección o actividad del Ejecutivo; 2.^a La dependencia real en que las instituciones de tal función suelen hallarse respecto especialmente del Ejecutivo; 3.^a La indefinición de la competencia judicial y la intervención que en las funciones *judiciales* ejercen órganos del Ejecutivo—v. gr., la

(1) Véanse las interesantes consideraciones del profesor DUGUIT, ob. cit., I, esp., § 64.

jurisdicción administrativa, gracia de indulto—o del Legislativo—por ejemplo, Senados Tribunales de justicia.

Conviene advertir, sin embargo, por lo que respecta a la intromisión en lo judicial del Ejecutivo, que, aun dando amplios rodeos, se propende a acentuar el carácter *jurisdiccional-judicial*—de las funciones de este orden, aun desempeñadas por órganos o instituciones de origen y de carácter administrativo. Bastará recordar: 1.º La transformación de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa, desde su atribución como función consultiva al Consejo de Estado hasta su atribución al Tribunal Supremo, y 2.º El valor y significación jurisdiccionales de las intervenciones del Consejo de Estado francés. La posición de lo *judicial* indicada en el texto la señala muy bien Duguit (*Traité*, 1.ª edic. I, pág. 261), cuando propone designar como función *jurisdiccional* la *judicial*. «Se debe, dice, reservar la palabra *judicial* para designar una cierta autoridad, que en Francia y en muchos países modernos es distinta de la administrativa, y la función judicial se ejerce por la autoridad judicial, es decir, función definida desde el punto de vista formal. Sin duda, la autoridad judicial ejerce, sobre todo, función jurisdiccional, pero no toda. En Francia, la autoridad administrativa realiza muchos actos jurisdiccionales...» Pero esto depende de circunstancias históricas que afectan sólo a las condiciones *estructurales*; la tendencia dominante parece inclinarse en el sentido de dar a todo lo *judicial*, por esencia (aplicación concreta de norma jurídica a puntos controvertidos o a desconocimientos de derecho), el carácter formal de garantía jurisdiccional, incluso frente al Poder público.

4. Las dificultades señaladas son, en general, consecuencia de las condiciones en que se han producido y producen la diferenciación de funciones y la distinción y separación de Poderes características del régi-

men constitucional. No se olvide que, en algunos pueblos, lo judicial se atribuye en principio al Rey, y que el proceso de diferenciación de Poderes y el régimen de relaciones entre los mismos se ha producido a veces—en Francia y España, por ejemplo—en una atmósfera de desconfianza política.

Dada la estructura tradicional de los Gobiernos del antiguo régimen, la especialización de ciertos órganos o Poderes, el *Legislativo*, en parte, y más particularmente el *Judicial*, hubo de realizarse como consecuencia del triunfo de tendencias revolucionarias y de una sumisión y disminución del Poder real absoluto; de ahí que en las componendas y arreglos de carácter *doctrinario* contenidos en las Constituciones de algunos países, se haya procurado disimular o rectificar la desintegración del *Poder* absoluto, sometiendo lo judicial al Ejecutivo. Por otra parte, se ha considerado que el Ejecutivo, autónomo, requería, en cuanto función de autoridad, una independencia incompatible con la intervención *jurisdiccional* de otro Poder; de ahí que a veces se sustrajeran determinados *actos* del Poder público a la acción del judicial, que otros se sometiesen a jurisdicciones especiales, como la *contencioso-administrativa*—función del Ejecutivo—, y que se tomasen ciertas precauciones a guisa de garantías de la independencia de las funciones públicas. (Véase, por ejemplo, el art. 77 de la Const. esp. de 1876.)

5. Veamos brevemente los caracteres generales de la organización de la *función judicial* — *Poder*, a veces—. En algunos países — Estados Unidos (Const., art. 3.º, sec. 1.º), Alemania (tít. VII de la parte 1.ª) y España (Cons., tít. IX)—, el reconocimiento expreso de la función o de la independencia judicial descansa en una declaración constitucional, lo que no impide que los representantes o funcionarios judiciales dependan de otros órganos del Poder del Estado; el elemento personal del Poder judicial, de carácter *técnico*.

(jueces y Tribunales), hállese sometido, por su origen, y, a veces, en el desenvolvimiento normal ulterior, a otro Poder público.

En *Inglaterra*, la función judicial, como tal, está sujeta a la condición *legal* a que lo están las demás funciones; pero en su organización interviene el Rey, por quien son, en general, nombrados muchos de sus funcionarios. (Demcombynes, *Constitutions européennes*, t. I, pág. 59; Courtney, ob. cit., págs. 93 105.) En los *Estados Unidos*, el Poder judicial proclámase tal en la Constitución (Const., art. III, sec. 1.^a; ésta determina la existencia de un Tribunal Supremo y de Tribunales inferiores, con lo cual parece darse a este Poder la consideración de Poder del Estado (federal), como el legislativo (del Congreso) y el ejecutivo (del Presidente); pero el Congreso (el legislativo) tiene la facultad de determinar el número de Tribunales inferiores (Const., art. cit., y I, sec. 8.^a, núm. 1.^o), y además el nombramiento de los jueces del Tribunal Supremo corresponde al Presidente (el Ejecutivo), con el consentimiento del Senado (Const., art. II, sec. 2.^a, núm. 2.^o). Se trata del Poder judicial *federal*. (Véase S. E. Baldwin, *The Amer. Jud.*, 1904; Beard, *The Sup. Court and the Const.*, 192; Found, *Court and Legisl.* (*Ame. Pol. S. Rev.*, ag. 1913.) En *Francia*, la organización del Poder judicial depende del Legislativo, y el personal, muy directamente, del Ejecutivo. Los magistrados y jueces propiamente dichos son nombrados por decretos del Presidente de la República, a propuesta del Ministro de Justicia. Según Duguit, ob. cit., 1.^a edic., I, página 496, «la concepción del orden judicial, considerado como un poder, es teóricamente falsa y contraria al Derecho positivo francés». Lo cual no implica que se desconozca la necesidad de la independencia judicial; «... cuando, dice Duguit, los magistrados son, como en Francia, nombrados por el Gobierno, la inamovilidad es el único elemento que puede asegurar la independencia y la autonomía del orden judicial y ha-

cer de él un tercer poder». En *Alemania*, la existencia de una función judicial arranca de la Constitución. Según el art. 102, «los jueces son independientes y no están sometidos más que a la ley». La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal del *Reich* y los de los Países: los jueces son nombrados, de por vida, bajo las condiciones del art. 104. Se prohíben los Tribunales de excepción y se suprime la jurisdicción militar, salvo en época de guerra o a bordo de buques de guerra. Se estatuye un Tribunal de Estado para el *Reich*. (Véase arts. 105 a 108.) En *España*, la Constitución no habla de la función judicial como de un Poder, sino de *Administración de Justicia* (Const., tit. 1X), y ésta se *administra en nombre del Rey* (idem, art. 74), dependiendo su personal del Ejecutivo de una manera casi absoluta en la práctica, no obstante ciertas declaraciones constitucionales respecto de inamovilidad e independencia de los jueces y Tribunales; por otra parte, la Constitución dice que pertenece a «los Tribunales y Juzgados, exclusivamente, la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales». (Const., arts. 76, 78 y 80).

6. La tendencia favorable a la autonomía del orden (Poder) judicial se revela especialmente en las declaraciones constitucionales relativas a la inamovilidad y responsabilidad de los Jueces, al carácter legal de la organización de los Tribunales, y en el esfuerzo encaminado a determinar y garantizar la competencia *técnica* de los Jueces y Magistrados; por otra parte, se procura la relación de lo judicial con la conciencia popular, mediante la intervención de los ciudadanos en la Administración de Justicia con la institución del *Jurado*, órgano de opinión pública.

7. Atendiendo al contenido, jurisdicción y competencia de la función judicial, su organización entraña, en general, cierta indefinición y determinadas consecuencias, en razón de las que el órgano oficial, que se reputa la institución encargada de aplicar las leyes en los diversos juicios, no asume la integridad de la

función misma; parte de ella se ejerce por órganos de otros poderes o de carácter especial, o bien no alcanza por igual y del mismo modo la acción judicial a todos los ciudadanos.

En *Inglaterra* se deben citar, en primer lugar, las funciones judiciales de la Cámara de los Lores: 1.º, para juzgar, en las acusaciones de la Cámara de los Comunes, a los Ministros y funcionarios públicos de un orden elevado, *impeachments*, facultad que se estima en desuso (véase Anson, ob. cit., I, edic. ingl., I, páginas 362-66; Morau, *Engl. Pov.*, páginas 327-332; Courtney, obra citada, páginas 54 y 55; Ogg, ob. cit., pág. 130.); 2.º, para juzgar a los Lores, y 3.º, como Tribunal Supremo de apelación del Reino Unido. El Rey, además, es irresponsable. En los *Estados Unidos* se deben recordar las facultades del Congreso en los *impeachments* (acusaciones ante el Senado de la Cámara de Representantes). En estos juicios decide el Senado, y re érense a la responsabilidad de los funcionarios federales, Presidente de la República inclusive. (Const., art. I, Sección 2.ª, núm. 5.º; Sec. 3.ª, números 6.º y 7.º; art. II, Sec. 4.ª, núm. 1.º) En *Francia* deben señalarse: 1.º, las facultades judiciales del Senado, como alto Tribunal que entiende en las acusaciones de la Cámara de Diputados contra el Presidente de la República o los Ministros, o bien en los procesos iniciados por decreto del Presidente de la República para juzgar de los atentados cometidos contra la seguridad del Estado (Ley Const. de 16 de julio de 1875, art. 12); 2.º, la existencia de la *jurisdicción administrativa*. (Duguit, *Traité*, I; *Transf. de D. P.*) Respecto de *Alemania*, v. el art. 59 de la Const. En *España* tenemos, en primer lugar, las facultades del Senado, como Tribunal que juzga a los Ministros, los cuales son acusados por el Congreso (Const., artículo 45; véase L. de 5 de abril de 1904); el Rey, es irresponsable (Const., art. 48); la jurisdicción contencioso administrativa, que, aun cuando organizada dentro de lo judicial, todavía conserva caracteres

que hacen de ella una jurisdicción especial, y la declaración constitucional — puramente teórica — de la previa autorización para procesar a las autoridades y sus agentes. (Véase Constitución, art. 77.)

8. Respecto, pues, de la posición *constitucional* de la *función judicial*, se pueden formular ciertas conclusiones generales, a saber: 1.^a, la función u orden judicial se constituye en condiciones de mayor o menor dependencia respecto de otros órganos del Poder del Estado; 2.^a, su esfera de acción entraña manifestaciones diversas, unas de carácter general, atribuidas a órganos o instituciones genuinamente judiciales —jurisdicción ordinaria, autónoma en su competencia—, y otras de carácter especial, ya por razones políticas o históricas (jurisdicciones de los Senados, jurisdicciones militares, etc.), ya por razones de equilibrio de poderes o de garantías especiales frente al Estado (jurisdicciones administrativas), siendo la tendencia dominante la constitución de un sistema de recursos y de garantías de todos los derechos y de todos los intereses legítimos, no ya en las relaciones entre las personas privadas, sino frente a las diversas manifestaciones de la actividad del Poder público.

Sentido este último que, sobre todo, se manifiesta en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, y en la significación—con reservas—de las últimas reformas de lo contencioso-administrativo en España. La Constitución alemana dice, en su art. 107, que «en el *Reich* y en los Países existirán, con arreglo a las leyes, Tribunales administrativos para la protección de los particulares contra órdenes y disposiciones de las autoridades administrativas». (Consúltese Duguít, obras citadas; Hauriou, *Précis de Droit adm.*; Jèze, ob. cit.; Michoud, *Étude sur le Pouvoir discrétionale de l'Adm.*, 1913; Baumgart, *Les Garanties jurisdict. du D. P. moderne*, 1914; Dareste, *Les Voies de recours*

contre les actes de le Puiss. pub., 1914; Brulle, *De la resp. de l'État à raison des actes legisl.*, 1914.)

9. Completaremos esta exposición indicando las bases generales del sistema de instituciones mediante las cuales se realiza la función judicial. Ante todo se deben hacer estas dos observaciones: 1.^a, la función judicial se organiza obedeciendo a la tendencia o a la necesidad de una diferenciación o especialización jurisdiccional: la más importante y general de las especializaciones jurisdiccionales es la que responde a la distinción de lo *civil*—resolución de contiendas y declaraciones sobre derechos—y de lo *criminal*—acción restauradora del orden jurídico perturbado.

Dentro de esta primera y esencial distinción se producen a veces otras por razón de la materia, verbigracia: la jurisdicción mercantil, la del trabajo (véase, por ejemplo, nuestra ley especial sobre Tribunales industriales de 1912), la administrativa en ciertas condiciones, y también por razón de la condición de las personas (verbigracia: la jurisdicción *militar*); 2.^a, es bastante general la tendencia a constituir los órganos judiciales corporativamente, extendiéndose la acción de éstos por el territorio del Estado mediante un acomodamiento geográfico de la función; 3.^a, es también general la intervención en algunas manifestaciones de lo judicial del *Jurado*, o sea de gentes no *profesionales* extrañas a la magistratura oficial, y 4.^a, la acción de lo judicial se condensa en decisiones mediante las cuales se produce o elabora una *jurisprudencia* con funciones de *interpretación* de las leyes y *adaptación* de éstas a las circunstancias variables de su aplicación, y de *colaboración* en la determinación concreta de las reglas jurídicas eficaces—el Juez legislador.

10. La posición de la función judicial en el sistema de las actividades del Estado suscita el problema del valor y de los límites de su acción eficaz frente a

las determinaciones de los Poderes ejecutivo y legislativo. La necesidad de ordenar las relaciones de lo judicial con el Ejecutivo es la que ha dado vida, en un régimen de desconfianza (España y Francia, especialmente en un principio), a la jurisdicción administrativa y a ciertas precauciones defensivas de las autoridades ejecutivas (v. gr., la previa licencia para procesar a éstas); pero una intensificación del sentido jurídico en el Estado, y la más clara comprensión de las exigencias del *Estado de derecho* (1), como Estado que hace la ley y vive según la ley (reinado de la ley de Inglaterra), han transformado esencialmente el alcance de la jurisdicción administrativa, la cual, de mera precaución o desconfianza del Ejecutivo, se convierte en *garantía* jurídica de los administrados, ensanchándose así la esfera de acción eficaz de la judicial — o jurisdiccional — ante las determinaciones del ejecutivo.

Pero persiste el problema cuando se trata del Poder legislativo. Los actos legislativos ¿pueden ser objeto de acción o intervención — recurso — judicial, naturalmente, cuando la ley alcanza una aplicación concreta, en un caso, y a virtud de reclamación de un sujeto que la estime lesiva para su derecho? O, en otros términos: ¿cabe, en principio, recurso jurisdiccional frente a los actos del Poder legislativo? (2).

Ante todo, ¿qué se entenderá por ley lesiva de *un* derecho? ¿De dónde arrancará ese derecho? ¿De una ley anterior? Pero ¿se va a limitar la facultad derogatoria y el poder de reforma del Legislativo? El supues-

(1) «En virtud de esta concepción (la moderna del Estado de derecho), afirmamos, de una parte, que cuando un particular se dirige al Estado, éste debe intervenir, y de otra, que el Estado juez está rigurosamente ligado por la ley que hace y por la decisión jurisdiccional que como juez dicte.» DUGUIT, *Traité*, 1.^a edic. I, pág. 261.

(2) Véase mi *Tratado de Derecho administrativo*, t. I. CONS. ORLANDO, *Garantigie*, cit., cap. II. CONS. ASLET, *De la Respons. de l'État Législateur*, 1914; BRULLE, ob. cit.; DARESTE, ob. cit.; DUGUIT, obs. cites.

bargo, el Tribunal no reivindica tal poder cuando los actos del Congreso no lesionan los derechos privados ni la propiedad privada». (Burgess, ob. cit., II.) Pero en los demás países dependerá del relieve diferencial alcanzado por las Constituciones—textos—, al destacarse de las leyes ordinarias. En primer término, el problema lo puede resolver la Constitución misma, como recuerda el propio M. Duguit que ocurre con algunas Constituciones de la América latina (México, en la de 1857, art. 101; Rep. Argentina, 1860, arts. 100 y 101; Brasil, Const. de 1891, art. 59, § 1), o como ocurre con la Const. de Checoslovaquia. (V. en este volumen, página 104.) Luego será obra de la jurisprudencia el considerar el espíritu con que se ha elaborado la Constitución, y obra de la opinión científica y de la interpretación doctrinal y política el mostrar si, dadas las circunstancias, debe desarrollarse la aplicación del recurso-garantía de la inconstitucionalidad de la ley, para defender los derechos afirmados en las Constituciones.

CONCLUSIÓN

1. Para terminar este ensayo de sistematización del Derecho constitucional, conviene resumir los caracteres de los derechos positivos y tipos de régimen que se han tomado como base y como elementos constructivos del mismo. Al efecto, bastará referirse a las cuestiones fundamentales que integran el sistema, a saber: 1.^a, la de la forma política y jurídica de las Constituciones; 2.^a, la de la organización—forma—del Estado, y 3.^a, la de la organización—forma—de gobierno, con los criterios desarrollados en la práctica de las funciones públicas—*soberanía*— (1).

2. El Derecho constitucional en *Inglaterra* es el resultado de una evolución histórica y de una fuerte y flexible tradición; hállese, en parte, formulado en documentos elaborados en distintas épocas, y, en parte, contenido en costumbres, convenciones, prácticas, usos, precedentes. Desde el punto de vista *político*, la Constitución inglesa es la expresión circunstancial de la situación política respectiva de las fuerzas sociales que funcionan como elementos del Estado; desde el *jurídico*, la Constitución es predominantemente consuetudinaria y esencialmente *flexible*. El Derecho constitucional de los *Estados Unidos*, aunque obra, en su origen, de un influjo histórico—de raza—, se ha condensado en un documento sistemático, ampliamente comprensivo, de fórmulas precisas, y que la costumbre interpretativa ha ido adaptando a las circunstan-

(1) Véase, como antecedente, el cap. VI del lib. I.

cias variables del proceso nacional. Desde el punto de vista *político*, la Constitución norteamericana, es la obra reflexiva y calculada de una representación específica, expresión de un *acto constituyente*; en el respecto *jurídico*, la Constitución es un *Código* de carácter *rígido*, adicionado y completado por la acción de los Poderes constitucionales, de la jurisprudencia y de la costumbre. El Derecho constitucional *francés*, obra de un proceso revolucionario, elaboración reflexiva, en sus momentos culminantes, de Asambleas constituyentes, se contiene actualmente en *leyes constitucionales* precisas y concretas; *políticamente* entraña este Derecho actos de soberanía nacional; en el respecto *jurídico* es predominantemente legislado —apriorístico—. El Derecho constitucional *alemán* se ha condensado sobre todo en dos Constituciones, obra la primera—de 1871—de una hábil política, en relación con un complicado y difícil movimiento de pueblos que buscaban la consagración institucional de aspiraciones unitarias; la segunda Constitución—de 1919, la vigente—es la consecuencia del movimiento de transformación política provocada por la guerra de 1914—transformación realizada por la Revolución de 1918—, y que ha hecho de Alemania un Estado más unificado, con una organización esencialmente democrática, pero de una democracia política y social. En la relación *política*, la Constitución alemana es obra de la voluntad del Pueblo alemán, unido en sus *estirpes*—*Stämme*—y representado, para el caso, por una Asamblea nacional constituyente—republicana—. En su respecto *jurídico*, trátase de un Código generador de un derecho constitucional legislado reflexivo. Además, la Constitución alemana de 1919 señala un momento culminante en la transformación del contenido de los derechos del hombre, según hicimos notar (1). Por último, el Derecho constitucional *español*

(1) Lib. IV, cap. I. De haberle dado otra amplitud al proceso de este factor del constitucionalismo, nos habríamos

se ofrece condensado en la Constitución de 1876, obra de las *Cortes con el Rey* y fórmula de transacción entre aspiraciones *revolucionarias* y resistencias u obstáculos *tradicionales*. En el respecto *político*, es la Constitución un *pacto* de carácter *doctrinario* en el origen, con tendencia a transformarse en *ley* fundamental de régimen representativo; en el respecto *jurídico*, es el núcleo o eje de un Derecho constitucional predominantemente *escrito*, abstracto y formalista, no siempre en consonancia con las necesidades reales de la vida política nacional.

3. En cuanto a la forma, organización y estructura, los cinco Estados son *representativos*, aunque de tipo distinto, dependiente: 1.º, del criterio imperante en cada uno acerca de la soberanía—principio generador del Poder político—; 2.º, del valor y eficacia políticos de los elementos individuales y sociales que constituyen el Estado.

Interpretada la soberanía como *soberanía popular* (Estados Unidos, Francia y Alemania) o como *soberanía del Estado* (Inglaterra), el supuesto fundamental de toda la organización es el de que el *generador* del Poder es la misma *comunidad social*, representada *necesariamente* por los elementos personales que actualmente la forman, siendo la consecuencia general de tal supuesto, el reconocimiento del carácter *representativo* de cuantos ejercen una función en el Estado. Atenuada tal interpretación, y considerada la soberanía como atributo de la comunidad, al convertirse en Poder, y al ejercerse, estimase que reside, sobre todo, en ciertos elementos que se reputan esenciales en la Constitución —y hasta anteriores—; v. gr., en España, la Monarquía, que está por encima de toda representación actual; el tipo *representativo* del régimen español, bajo la Constitución de 1876, puede suscitar reservas que no

hecho cargo de la Constitución de México de 21 de febrero de 1917, que tiene, en el respecto que apuntamos, una gran importancia.

se aplicarían, v. gr., a Inglaterra, no obstante su *Rey* y sus *Lores*.

En el respecto del valor y eficacia políticos de los elementos que constituyen el Estado se distinguen tres tipos diferentes: Inglaterra es un tipo de Estado *orgánico*, producto de un proceso histórico, y que cuenta, como componente de su vida, los individuos como ciudadanos, y las entidades y corporaciones y clases abiertas que en la Historia se han producido, entrañando todo esto una espontánea estructura social compleja, que se refleja en la del Estado merced a una cierta desintegración de sus elementos constitutivos. Los Estados Unidos y Alemania son Estados de organización *federal*: sin reservas los Estados Unidos; con las que impone el difícil momento actual de la evolución de su Estado, Alemania; en todo caso, son Estados *complejos y compuestos*. Francia y España realizan, por el contrario, tipos de organización política simple—*un Estado cada Estado*—, con predominio del elemento individual y de la preocupación *burocrática*; todo ello hoy, por lo demás, en crisis merced a la tendencia *descentralizadora*—local y por servicios—. En general, en todos los Estados, la estructura política sufre una crisis de transformación bajo el influjo de la intensificación del espíritu o sentido «sindicalista» y «localista», generador el primero de las más ricas y variadas formas de asociación o condensación de fuerzas, que pugnan por afirmar, y afirman, de modo expreso y constitucional, en Alemania, un sistema de energías, de valor y eficacia políticos, y suscitador el segundo de tendencias autonómicas en las centros de vida territorial, vigorizados por el intenso renacer de las necesidades culturales y de los intereses *propios* en cada núcleo constituido por un orden de relaciones de *vecindad* (municipales) o en esferas *regionales* más amplias.

4. En cuanto a la estricta forma de gobierno, las indagaciones hechas confirman las clasificaciones indicadas al fin de la *Teoría del Estado*. No cabe hacer

una sola distinción capital entre los cinco Estados en este punto. Si, atendiendo a uno de los órganos preeminentes, se diferencian los Gobiernos de algunos, en cambio se asemejan éstos entre sí, considerando otros órganos no menos importantes. Por esto, la distinción general de los Estados, en lo relativo a la *forma* de su gobierno, se ha de hacer considerando la cuestión bajo diferentes aspectos. En primer lugar, los Gobiernos de los cinco Estados son, o *Monarquías*—Inglaterra y España—o *Repúblicas*—Estados Unidos, Francia y Alemania—, según el modo como se transmite la magistratura del Jefe del Estado: la herencia o la elección. En segundo lugar, atendiendo a la extensión y carácter de los *poderes oficiales*, de gobierno, en relación con la constitución *territorial* del Estado y la situación *política* de su población en el territorio, los gobiernos de los Estados son *unitarios*, con la compensación de un *Self-government* local—Inglaterra—, o simplemente *unitarios centralizados*—Francia y España—, o, por fin, *federales* en diverso grado—Estados Unidos y Alemania, con las reservas hechas respecto de esta última—. En tercer lugar, considerando el gobierno desde el punto de vista de la acción e influjo de la sociedad—del pueblo como cuerpo político—en la constitución y funcionamiento o ejercicio de los Poderes o instituciones, la forma de gobierno de los cinco Estados es, como la de éstos, *representativa*, pero con diversos matices, dependientes del criterio imperante en la estructura política, y, sobre todo, de la preferencia que se dé al puro sentido *democrático*, generador de los *gobiernos de opinión*—Inglaterra, Estados Unidos y, a su modo, Francia y, sobre todo, Alemania, con sus instituciones de la llamada *democracia directa*—, frente o al lado de la preocupación de la *organización* y de la *eficacia del servicio público*, base de los gobiernos de carácter *profesional*—Alemania, muy especialmente—o *burocrático*—en general, Francia, con la reserva del imperio del sufragio universal—. España forma capítulo distinto, como un gobier-

no representativo y burocrático, pero en el cual no puede decirse que domine todavía la preocupación de la *competencia* profesional ni la de la *eficacia del servicio público*. El problema de la estructura del gobierno entraña hoy, en todos los Estados, otra grave crisis de transformación, que afecta a la vida política general, y que se manifiesta en las vacilaciones que por doquier se advierten entre las aspiraciones hacia el régimen de *democracia directa* o de *democracia expansiva*, y las preocupaciones, reales y apremiantes, de la *eficacia jurídica y técnica* del servicio público, que reclama un régimen de *derecho* y de *funcionarios profesionales*. Por último, atendiendo a la disposición, funcionamiento y relaciones de las instituciones que constituyen el organismo superior de los Gobiernos, éstos se distinguen como Gobiernos: 1.º, de régimen *parlamentario*, o de *Gabinete* o *Ministerio*, de relación y hasta *confusión de Poderes* — Inglaterra, Francia, Alemania y España —, y 2.º, de régimen *presidencial representativo*, de *separación*, relativa siempre, de *Poderes* — Estados Unidos.

Madrid 30 de junio de 1924.

FIN