

La división de funciones como superación de la división de poderes en Alemania desde 1750 a 1918 y su influencia en la República de Weimar

Manuel Gámez Mejías
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.– 2. LOS DERECHOS DE SOBERANÍA, COMO CLASIFICACIÓN DE FUNCIONES Y LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES EN LA FORMULACIÓN TRADICIONAL DE MONTESQUIEU.– 3. LA NEGACIÓN DE LA DIVISIÓN DE PODERES EN EL PROCESO DE UNIFICACIÓN ALEMANA. DE 1815 A 1871. 3.1. *Las primeras recepciones en el Derecho positivo. El artículo 57 de la Declaración final del Congreso de Viena.* 3.2. *Planteamientos que analizan el fenómeno de la división de poderes, desde el punto de vista de su descomposición en una objetiva distribución de órganos y funciones y las correspondientes clasificaciones de las funciones.* 3.3. *La pervivencia de la clasificación de los derechos de soberanía, según parámetros materiales y formales, como explicación de la pluralidad funcional de la actividad del Estado.* 3.4. *El idealismo alemán como fuente filosófica de inspiración de la negación de la división de poderes y la consagración de las divisiones funcionales.*– 4. LA CONSOLIDACIÓN Y EL DESARROLLO DE LA DIVISIÓN DE FUNCIONES. LA UNIFICACIÓN DE ALEMANIA Y EL AUGE DEL DOBLE CONCEPTO DE FUNCIÓN: MATERIAL Y FORMAL. 4.1. *La división de funciones en su interpretación general en la doctrina alemana posterior a 1871.* 4.2. *Las últimas referencias a los derechos del soberano. Las funciones como derechos formales. Ludwig von RÖNNE, Carl Friedrich von GERBER y Ernst Rudolf BIERLING.* 4.3. *La distinción entre la voluntad y el hecho en la definición de las funciones de VON STEIN.* 4.4. *La supra y subordinación de los poderes como consecuencia de la diversidad de las funciones que cumplen en Rudolf von GNEIST.* 4.5. *La separación «relativa» de poderes como expresión de la adecuación entre funciones y órganos en Johann Caspar BLUNTSCHLI.* 4.6. *El debate sobre la diferenciación entre funciones formales y materiales: LABAND contra HAENEL.*– 5. LA RECUPERACIÓN DE LA IDEA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES EN LOS ÚLTIMOS AÑOS DEL IMPERIO. 5.1. *Otto MAYER: de la división de poderes como elemento del orden del Estado unitario a la plena aceptación de los postulados de la misma.* 5.2. *Gerhard ANSCHÜTZ: la aceptación de la división de poderes por razones históricas.*– 6. LA TEORÍA DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO EN LA REPÚBLICA DE WEIMAR. 6.1. *La elaboración doctrinal.* 6.2. *El desarrollo positivo.*

1. INTRODUCCIÓN

El largo período que va desde 1750 a 1918 se caracteriza en Alemania por dos aspectos: i) la tendencia a la unificación política y ii) el carácter claramente conservador de la ordenación de la estructura de los poderes del Estado, cuyo mejor ejemplo es junto con el principio monárquico la negación de la separación de poderes.

Sin embargo, esto no es más, en lo que afecta a la separación de poderes, que una somera e inexacta aproximación. La realidad es notablemente más compleja. Ello por dos razones fundamentales: primero, porque el tratamiento del ejercicio del poder del Estado varía a lo largo del citado periodo y segundo, porque no todos los autores que reflexionan sobre el Estado comparten idéntica visión. Así, y anticipando lo que luego se dirá, se pueden señalar tres etapas: desde 1750 a 1815 en el que junto al entendimiento dominante (propio de los iusnaturalistas) de los poderes del Estado van surgiendo las nuevas ideas casi todas ellas de cuño francés; la segunda que abarca desde 1815 hasta 1870 que se caracteriza por el radical rechazo político y jurídico a la separación de poderes y por la construcción de una teoría de las funciones coherente y acabada; finalmente, desde 1870 en adelante, se alcanza el equilibrio, pues mientras se sigue negando la división de poderes, algunos autores, ejemplarmente Otto MAYER, recuperan las ideas francesas de la división de poderes.

En todo caso, la negación de la separación de poderes conlleva un especial interés por la elaboración de teorías sobre las funciones y su clasificación. Incluso se estudia con detenimiento la asignación de dichas funciones a los órganos del Estado, aunque dejando claro que tal distribución funcional no supone la independencia respectiva de los poderes, sino la adecuada ordenación de las mismas para el cabal cumplimiento de los fines del Estado.

Por supuesto, la teoría de las funciones alemana y su relación con la división de poderes no puede ser entendida sin tener en cuenta sus profundas raíces históricas y filosóficas (especialmente KANT y HEGEL)¹ que se expresan, con distinta fuerza, a lo largo del período objeto de estudio.

2. LOS DERECHOS DE SOBERANÍA, COMO CLASIFICACIÓN DE FUNCIONES Y LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES EN LA FORMULACIÓN TRADICIONAL DE MONTESQUIEU

El período comprendido entre 1750 y 1815 se caracteriza por la convivencia de dos corrientes sobre la teoría de las funciones: la clásica y mayoritaria,

¹ Así opina ZIMMER para el que la construcción de la teoría funcional estuvo completamente condicionada por las relaciones de fuerzas que existían en el siglo XIX. Gerhard ZIMMER, *Funktion-Kompetenz-Legitimation, Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes*; Duncker & Humblot, Berlin, 1979, pág. 34.

que clasifica los derechos del monarca como soberano y la minoritaria, que busca la ordenación racional del Estado y cuya base es la recepción de las obras fundamentales del principio de división de poderes.

La posición dominante es un producto lógico de la estructura del Imperio alemán surgida de la paz de Westfalia de 1648. En primer lugar, la estructura política y jurídica imperial impone la convivencia entre órganos medievales con el poder casi absolutista de los príncipes territoriales. En segundo lugar, la estructura económica y social, caracterizada por el ruralismo y la pobreza, resultado de la Guerra de los Treinta Años y que apenas había mejorado a lo largo del siglo XVIII². En este contexto, el interés principal de los juristas era la construcción de una Administración fuerte al servicio de la acción pública del príncipe, dejando al margen otros debates (gobierno mixto o restauración de las viejas estructuras estamentales) que dominaban la reflexión en otros países europeos.

En consecuencia, la reflexión sobre las funciones del Estado queda únicamente en el plano de su clasificación (con lo que enlaza con la construcción aristotélica), descripción y catalogación³.

No obstante, al margen de las consideraciones ordenadas y teóricas sobre las funciones, la posición dominante no desconoce algunas ideas fundamentales que dominan la escena europea y que está íntimamente ligada con la pluralidad de funciones. Es el caso del rechazo del despotismo y de la concentración de poderes y la no confusión entre monarca y déspota. Buen ejemplo es la obra de VON PFEIFFER⁴. En primer término, niega que el soberano sea el propietario de los bienes y derechos de la sociedad⁵. De ello se deduce que la ley, en tanto que general y abstracta, garantiza a los miembros de la sociedad sus derechos, contrapartida de su obligación de contribuir a las cargas del Estado. Esto determina la diferenciación entre legislación y ejecución, en los términos comunes, pero de las mismas no se sigue su asignación a distintos órganos del Estado⁶.

No obstante, la evolución que se apunta en autores como VON PFEIFFER es desconocida para MOSER, el estudioso por excelencia del período final del

² Al contrario que en Francia, donde la Corte había desplazado a la nobleza tradicional, ésta, en Alemania, se hallaba perfectamente integrada en las labores de gobierno y la burguesía no había alcanzado todavía tanta fuerza como en el país vecino, pero a cambio no tenía tan difícil el acceso a puestos de responsabilidad política mediante su ennoblecimiento. No hay que despreciar, por ello, la importancia de la burguesía en el contexto alemán del siglo XVIII como bien refleja la literatura; en especial, la obra de LESSING y las de los autores del *Sturm und Drang*. Las tensiones entre burguesía y nobleza eran semejantes a las que se daban en el resto de Europa, pero a la nobleza alemana no le interesaba un sistema parecido al inglés, al contrario de lo que deseaba la nobleza francesa.

³ Vid. Norbert ACHTERBERG, *Probleme der Funktionlehre*, C.H.Beck, München, 1970, pág. 9.

⁴ Vid. Johann Friedrich V. PFEIFFER; *Grundsätze der Universal-Kameral-Wissenschaft*. Tomo primero. Frankfurt am Main, Eßlingerden 1783, reimpresión de Scientia Verlag, Aalen 1970.

⁵ Lo que ya indica una clara tendencia a la distinción entre las esferas del Estado y de la sociedad, sobre todo, en cuanto a los derechos de contenido económico. Johann Friedrich V. PFEIFFER; *Grundsätze der Universal-Kameral-Wissenschaft*, cit. en nota 4; pág. 107.

⁶ Esto queda patente en su concepción de la Administración y de los Tribunales que dependen del monarca, que ejecuta a través de ellos. Johann Friedrich V. PFEIFFER; *Grundsätze der Universal-Kameral-Wissenschaft*, cit. en nota 4; págs. 112-113.

Imperio Así, por ejemplo, defiende una definición estrictamente formal de la ley⁷. Asimismo, sólo distingue tácitamente entre la elaboración de las leyes y su interpretación, casi sinónimo de aplicación. La interpretación de la ley es el cometido principal, pero no único de los jueces, lo que señala una mínima distribución funcional⁸. Finalmente, la Administración queda limitada funcionalmente al mantenimiento de la seguridad y el buen orden⁹.

El estallido de la Revolución francesa no influye de manera directa y automática en las posiciones doctrinales dominantes alemanas¹⁰. No obstante, de forma temprana ya se contiene la crítica a la división de poderes como constitución de tres poderes independientes en la reelaboración que hace VOß de la obra de SCHLOZER, publicada en 1797¹¹. VOß afirma que la dialéctica unidad del Estado-división de poderes corresponde a la contraposición entre formas puras y mixtas de gobierno. En estas últimas, el establecimiento de una relación lógico-funcional entre legislador y ejecutivo evita la desmembración del Estado¹². Con estos presupuestos establece que la Revolución Francesa ha creado un sistema mixto de monarquía y aristocracia¹³.

Sin embargo, la corriente dominante parece ajena a los movimientos revolucionarios. Así, JAKOB, en 1809, añade un nuevo elemento a la reflexión sobre la ordenación de las actividades estatales Estado: el fin del Estado que es alcanzar el bien común, siendo la garantía principal de ello la publicidad de los

⁷ «Reichs-Gesetze seind von dem Kaiser und Reich, oder deren Vertretern, abgefaßte Schlüsse, wornach diejenige, welche solche berühren, sich in ihren Handlungen zu achten, auch die hohe und niedere Gerichte im Reich darnach zu sprechen haben». De lo anterior se deriva, no obstante, una delimitación de las materias reservadas a la intervención del *Reichstag* que son, genéricamente consideradas, las fundamentales a la constitución interna del Imperio que sigue la línea básica de la separación entre Derecho público y privado. Las leyes se clasifican en puras leyes estatales, puras leyes privadas y leyes mixtas, que son las de tipo procesal; clasificación, que no tiene más efectos que los didácticos. Vid. Johann Jakob MOSER; *Neues teutsches Staatsrecht*, cuarto tomo, reimpresión de la edición de 1766-1782 de Frankfurt am Main, Otto Zeller, Osnabrück, 1967, pág. 258.

⁸ Los jueces actúan cuando existe un cierto debate o no hay un acuerdo entre los particulares. Sobre la base de que cuando el sentido de las leyes es claro no cabe interpretación, el juez, que es una persona imparcial (no se habla todavía de independencia), en busca de la verdad, puede con facilidad descubrir el sentido de la misma. Sin embargo, en los casos dudosos no puede resolver por sí, sino que debe elevar al príncipe su duda. La posición del juez que resulta de la obra de MOSER es, por tanto, parecida a la que estaba generalizada en el movimiento ilustrado a finales del XVIII: sometimiento a la ley, imparcialidad, pero imposibilidad de resolver problemas de interpretación. Johann Jakob MOSER; *Neues teutsches Staatsrecht*, cit. en nota 7; págs. 288-290 y 293-296.

⁹ Johann Jakob MOSER; *Neues teutsches Staatsrecht*, cit. en nota 7; tomo décimo, pág. 1358.

¹⁰ Al contrario, el rechazo generalizado hacia el movimiento revolucionario contuvo los escasos esfuerzos doctrinales de una época convulsa en lo político y, no especialmente, relevante en lo jurídico. Aun así, en Prusia se acometió una de las mayores reformas del Derecho, con objeto de adecuarlo a las nuevas necesidades y a los planteamientos del Estado de policía, en el *Allgemeines Landrecht* de 1794.

¹¹ Christian Daniel VOß; *Handbuch der allgemeinen Staatswissenschaft nach Schlozers Grundriß*, 2ª parte, tomo primero, Weichmannischen Buchhandlung, Leipzig, 1797.

¹² De modo que cada uno necesita del ejercicio de la función por el otro. Christian Daniel VOß; *Handbuch der allgemeinen Staatswissenschaft nach Schlozers Grundriß*, cit. en nota 11, pág. 186-187.

¹³ Las monarquías alemanas son, por el contrario, formas puras. Christian Daniel VOß; *Handbuch der allgemeinen Staatswissenschaft nach Schlozers Grundriß*, cit; pág. 219. Lo cual contrasta significativamente con la idea de que el Imperio alemán era una forma mixta de gobierno que expresaba Johann Friedrich V. PFEIFFER; *Grundsätze der Universal-Kameral-Wissenschaft*, cit. en nota 4; pág. 116.

procedimientos de actuación y decisión estatales¹⁴. Dicha finalidad se puede conseguir bien a través de la ley, bien de los establecimientos públicos¹⁵. Entre ambos niveles establece una relación de correspondencia material¹⁶, de modo que a los tres tipos de leyes responden a las tres ramas de la Administración: justicia, policía y financiera.

Ahora bien, la división de poderes no es totalmente desconocida para los autores alemanes con anterioridad a 1815. Al hilo de la obra de MONTESQUIEU¹⁷, Gottlob VON JUSTI¹⁸ defiende la forma mixta de gobierno¹⁹. En el resto de las cuestiones permanece en una visión tradicional, propia de los estudiosos de la ciencia de la policía. Es el caso del poder soberano al que divide en legislación y ejecución, definidas respectivamente como el establecimiento de las relaciones entre los sujetos y la realización práctica de esas relaciones²⁰. Asi-

¹⁴ A partir de estas especialidades, sigue la idea general de que el poder del Estado está formado por las fuerzas unidas de todos los miembros del mismo y es indivisible. Ludwig Heinrich JAKOB, *Grundsätze der Polizeigesetzgebung und der Polizeiveranstalten*, 2ª edición no modificada de Charcow, Halle/Leipzig, 1809 por Karl Grunnert, Halle, 1837, § 23, pág. 18.

¹⁵ Conceptualmente son dos modos distintos, que corresponden a dos funciones asimismo distintas, y que se asignan a dos poderes, en principio, igualmente distintos: legislativo y ejecutivo. Ludwig Heinrich JAKOB, *Grundsätze der Polizeigesetzgebung und der Polizeiveranstalten*, cit. en nota 14; § 24, pág. 18.

¹⁶ Concretamente, clasifica en leyes de justicia que determinan los derechos y el modo y manera en que se ejercen y las leyes de policía que determinan el modo y manera en que cada uno debe colaborar en la parte que le corresponde en la obtención de los fines generales y finalmente, las leyes financieras que determinan el modo y manera en que el Estado obtiene los medios de los que tiene necesidad como persona jurídica. Sin que se exprese de una manera clara, los planos de lo que posteriormente serán las clasificaciones entre derechos de soberanía materiales y formales ya se encuentran apuntados; los formales en las dos vías para la obtención del fin estatal, los materiales en los tipos de leyes. Ludwig Heinrich JAKOB, *Grundsätze der Polizeigesetzgebung und der Polizeiveranstalten*, cit. en nota 14; § 24, pág. 19.

¹⁷ La obra de MONTESQUIEU fue casi desconocida en el ámbito alemán, no obstante, tras la derrota de Napoleón y la extensión de la monarquía constitucional se produce su renacimiento, como lo demuestran: la nota b) del 363, pág. 509 en Johann Ludwig KLÜBER, *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundestaaten*, 3ª edición, Andreäische Buchhandlung, Frankfurt am Main, 1831 la nota 1 de la página 89 en Robert von MOHL, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, vol. I, 2ª edición, Verlag der H. Lauppischen Buchhandlung, Tübingen, 1840 y las constantes citas del *Espiritu de las leyes* en las obras anteriores a 1848. Por otra parte, HEGEL centra la atención en para, aprovechando la determinación de las cualidades propias de cada forma de gobierno del autor francés, hacer una ampliación de los presupuestos. Vid. Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, en edición de Johannes HOFFMEISTER, 4ª edición, Verlag von Felix Meiner, Hamburg, 1955-1967, § 273, pág. 237.

¹⁸ Este autor en el prólogo de su *Natur und Wesen der Staaten*, de 1759, postulaba los límites de las leyes en la naturaleza y en los fines del Estado con apoyo en la obra de MONTESQUIEU, al que pretendía superar, llegando a las leyes que reputaba el medio esencial del Estado para alcanzar su fin: la felicidad social. Con esta referencia a los límites de las leyes queda claramente de manifiesto que estamos ante un autor de corte ilustrado que pretende una restricción del poder. Johann Heinrich Gottlob von JUSTI, *Natur und Wesen der Staaten*. Con las notas y aclaraciones del editor Heinrich Godfried Scheidemantel, reimpresión de la edición de 1771, Scientia Verlag, Aalen 1969, pág. xxvii. También Georg Christoph. von UNRUH, «Grundlagen und Probleme der Verteilung der Staatsgewalt», en *Juristische Arbeitsblätter*, pág. 294, recoge la mención de JUSTI a los límites del Estado en los fines del mismo. Hay que decir que a pesar de mencionar los errores del autor francés la valoración que hace JUSTI es, en general, positiva respecto a la obra de MONTESQUIEU, al contrario que las notas del editor SCHEIDEMANTEL que critica con fuerza a JUSTI.

¹⁹ La forma mixta de gobierno tiene la ventaja de que, al repartir el poder entre los estamentos, lo limita, pero no basta con la simple división del poder para asegurar la felicidad social, es necesario el reconocimiento de unas leyes fundamentales que son la ordenación de un pueblo para el ejercicio del poder soberano. Johann Heinrich Gottlob von JUSTI, *Natur und Wesen der Staaten*, cit. en nota 18, § 55, pág. 119; § 54, pág. 117 y § 49, págs. 107-108.

²⁰ Johann Heinrich Gottlob von JUSTI, *Natur und Wesen der Staaten*, cit. en nota 18, § 52, pág. 113. Estas definiciones tampoco son un ejemplo de concreción excesiva, pero delimitan el marco de lo general y lo particular, así como la existencia de dos fases fundamentales en el ejercicio del poder.

mismo, distingue, en función de la materia, entre leyes civiles que son las que afectan a la libertad; en las que la legislación tiene que ser el centro y núcleo fundamental y las de policía en las que la ejecución material de la seguridad prima sobre la regulación de las relaciones; es decir, prima la ejecución sobre la legislación²¹.

No obstante, corresponde a KANT iniciar de forma sistemática la reflexión sobre la división de poderes en Alemania. Su punto de partida es similar al de MONTESQUIEU: la pluralidad de funciones y, sobre todo, su asignación ordenada a órganos distintos debe estar al servicio de la libertad, la seguridad y la propiedad de los ciudadanos. Al mismo tiempo, la pluralidad orgánica no debe hacer olvidar que el poder político es único e indivisible²². Esta dualidad de separación y unión es característica del pensamiento kantiano sobre la pluralidad funcional.

Resulta interesante constatar que KANT estuvo interesado por esta cuestión desde el inicio de su obra, precisamente cuando se encontraba envuelto en importantes polémicas contra los iusnaturalistas, que dominaban el Derecho público imperial, en especial contra ACHENWALL²³.

El postulado principal de su interpretación de la división del poder y de las funciones estatales es el siguiente: si los jueces y el gobierno están *apriorísticamente* sometidos a la ley, entonces no pueden participar en la elaboración de aquello a lo que están sometidos; ni el legislador, por el contrario, puede ser juez o gobierno porque no puede estar sometido a lo que él mismo elabora²⁴.

Así, la función del juez y del gobierno queda limitada a la mera subsunción de la ley al caso concreto; es decir es una labor puramente aplicativa. Por tanto, la diferenciación entre la función del juez y la función de gobierno se limita a una distinción articulada sólo en la causa de la actuación. Así, mientras el gobierno ejecuta la ley de inmediato, sin más condición previa que la propia existencia y necesidad de ejecución, la actividad judicial exige, por el

²¹ Si esta división se traslada al plano de la organización, la conclusión es que la decisión y elaboración de las leyes civiles debería corresponder a los órganos mixtos, mientras que el ejecutivo tiene su ámbito de actuación propio en las leyes de policía. El poder ejecutivo exterior resulta indivisible incluso en el nivel del ejercicio porque es la soberanía frente a otros Estados; el interior se divide en tantos tipos de ejecuciones como de leyes una de las más importantes es la ejecución de las leyes civiles, que abarca a las penas, porque unido a ella se encuentra un tipo de organización especial; la judicial en la que los elementos opuestos de libertad –esencia de la legislación– y seguridad –base de la ejecución– se unen. Johann Heinrich Gottlob von JUSTI, *Natur und Wesen der Staaten*, cit., § 53, pág. 116.

²² La separación resulta incapaz por sí sola de alcanzar el equilibrio y la garantía de los bienes y derechos de los individuos; por eso, es preciso la combinación con elementos unificadores. Los individuos verían amenazada su situación por la pluralidad de poderes que independientes unos de otros carecerían de control. Vid. Hugo Joseph HAHN, «Über die Gewaltenteilung in der Wertwelt des Grundgesetzes» en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Band 14, 1965, pág. 21.

²³ La primera mención concreta a la división de poderes está en los apuntes a sus lecciones de 1769-1771, manteniendo en ellos una concepción muy parecida a la que plasmará posteriormente en la *Metaphisica de las costumbres*. Immanuel KANT, «Reflexionen Kants in den von ihm benutzten Vorlesungskompendien» en *Kants handschriftlicher Nachla* en *Kants gesammelte Schriften*, tomo 19, De Gruyter & Co. Berlin-Leipzig, 1934.

²⁴ Immanuel KANT, «Reflexionen, cit. 7653, Phase «Der Gesetzgeber muß nicht Richter sein, denn der Richter muß unter dem Gesetze stehen, damit sein Urteil mit dem Gesetze übereinstimme, also dann er nicht selbst der Gesetzgeber sein».

contrario, que se cumpla la condición de un debate sobre los términos legales²⁵. Esto supone la unificación de las funciones del juez y del gobierno, en una más amplia función: la de administrar²⁶.

Esta oposición conceptual entre legislación y administración²⁷ permite distinguir entre monarquía y despotismo²⁸. En todo caso, si el soberano es legislador, no puede ser también ejecutor de las leyes, lo que obliga a la configuración de poderes distintos. Ahora bien, al ser el poder soberano indivisible por naturaleza, sólo cabe extraer²⁹ dichos órganos de este poder, sin que ello suponga la destrucción del conjunto y sin que cada uno de los poderes sea capaz por sí mismo de representar al todo.

En consecuencia, el monarca ostenta el poder legislativo, que tiene límites; y dirige, mediante la ley, a los gobernantes y/o a los jueces. Así, junto al poder legislativo del monarca y no frente a él, el poder ejecutivo –que corresponde a gobernantes y ministros– consiste en la realización de la ley. La misma se concibe como un proceso de adaptación de la voluntad general o abstracta del legislador al caso concreto, ésta es la labor del gobernante y de los ministros. Los ministros, en particular, son la cabeza de la Administración y están encargados del bienestar de los ciudadanos. Aquí aparece otra nota característica de la concepción alemana de la relación entre el Estado y la sociedad, los ministros como encargados de lograr el bienestar (*Wohlfahrt*). El juez también aplica la ley, en el sentido anterior, pero además es el principal garante de la libertad y propiedad de cada individuo³⁰.

Hasta aquí sus reflexiones iniciales. El pensamiento kantiano alcanza la madurez sobre la cuestión en los parágrafos 45 a 49 de la segunda parte de la *Metafísica de las costumbres*³¹.

Cada Estado contiene siempre en sí tres poderes; es decir, la voluntad unida general del Estado en tres *personas*³². Los tres poderes son: el poder de domi-

²⁵ Christian RITTER; *Die Rechtsgedanke Kants nach den frühen Quellen*. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1971, págs. 254 y ss.

²⁶ Immanuel KANT, «Reflexionen», *cit.* 7539, Phase - «Administratio est vel rectoria vel iudicatoria, prioris causæ instrumentales immediatæ dicuntur ministri, status mediata magistratur».

²⁷ Immanuel KANT, «Erläuterungen Kants zu Gottfried Achenwall Juris Naturalis, Pars posterior» en *Kants handschriftliches Nachlaß b* en *Kants gesammelte Schriften*, tomo 19, De Gruyter & Co. Berlin-Leipzig 1934.

²⁸ Con la idea de que la diferencia entre uno y otro consiste en que en la monarquía el poder está dividido y en el despotismo no. *Vid.* Immanuel KANT, «Reflexionen...» *cit.* en nota 23; 7783 Phase σ - o «Der Souverain, der administrirt oder richtet, ist despot oder ein erblicher dictator».

²⁹ KANT niega que se pueda hablar de *Teilung* (división) y prefiere utilizar el término *Ausgliederung* (distinción de un conjunto, desmembración). *Vid.* Christian RITTER; *Die Rechtsgedanke Kants nach den frühen Quellen*, *cit.* en nota 25; págs. 307-308.

³⁰ De ello KANT extrae dos conclusiones estructurales en orden al proceso judicial y a la elección de los jueces: la necesidad de un proceso público y la elección popular o el sistema de jurados. Immanuel KANT, «Reflexionen» *cit.* 7781σ - o «Er (der Souverain) ist Oberrichter. Er spricht sein Urtheil in besondern Falle, sondern setzt andere Richter ein oder auch ein außerordentlich Gericht, weil dieses wiederum eine allgemeine Handlung ist, da er aus dem Volke selbst die Hülfe vor ihr Recht nimmt und sich also das Volk selbst recht spricht. Auf ihm haltet also kein Tadel, er ist heilig und irreprensibel».

³¹ Immanuel KANT; *Metaphysik der Sitten*, tomo 7 en *Kants Werke in zehn Bänden*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1968.

³² Aquí radica el punto crucial de la declaración de independencia de los poderes o al menos, esa es la interpretación de la doctrina francesa de principios del siglo XX, especialmente CARRÉ, que consideraba que

nio (o soberanía) que se «encarna» en la persona del legislador, el poder ejecutivo en la del gobernante y el poder judicial en la persona del juez³³. La posición de los tres poderes en la dinámica de la decisión estatal es idéntica a la de un silogismo³⁴ en el que la premisa mayor fuera la ley, la premisa menor el mandato de proceder según la ley y la conclusión, la sentencia en la que se declara lo que es el derecho en el caso concreto³⁵.

Los tres poderes-personas morales deben estar coordinados. Cada uno es la pieza que completa a los otros para alcanzar la plenitud del conjunto: la unidad del Estado³⁶. En todo caso, que ningún poder-persona puede usurpar, en terminología kantiana, «la cualidad de su persona». Ésta es, en el caso del legislativo (soberano), el ser irreprochable e irreprochable, en el del ejecutivo, irresistible e inapelable, en el juez superior³⁷. Ahora bien, sólo la suma de los elementos de coordinación y de respeto garantiza los derechos de los ciudadanos.

En cuanto al origen social de las respectivas personas-poderes, el legislador tiene que proceder necesariamente del pueblo, porque sólo la participación de éste en la elaboración de la ley elimina la injusticia. Esta base participada y colectiva de la persona-poder legislativo, no vulnera el mantenimiento de la unidad del Estado³⁸.

KANT había puesto por escrito lo que MONTESQUIEU no se había atrevido, pero había pensado. Una visión bastante restrictiva del pensamiento kantiano, al olvidar la previa reflexión sobre la unidad del Estado. Bien es cierto que DUGUIT consideró que la introducción del término *persona* tenía como base el pensamiento de la trinidad cristiana; es decir, la idea de tres personas en una y que con ello quería asumir la doble condición, siempre complicada, que la doctrina cristiana había establecido de la Trinidad como una y trina a la vez. CARRE DE MALBERG, *Contribution a la Théorie générale de l'État*, 1920, en reedición de Centre National des Recherches scientifiques, Paris 1962; tomo II, págs. 23 y Léon DUGUIT, *La Théorie générale de l'État*, 1ª parte, tomo II, Fontenay et compagnie, Paris, 1928; pag. 669.

³³ En el mismo sentido, ya en Immanuel KANT, «Reflexionen», cit. en nota 23; τ-λ 7538 - «Gesetzgeber, Regent und richter; potestas legislativa, rectoria et iudiciaria».

³⁴ En la Alemania del XIX, a favor de esta interpretación, Ludwig Heinrich JAKOB, *Grundsätze der Polizeigesetzgebung und der Polizeiveranstalten*, cit. en nota 14; § 23, pag. 17. Más crítico STAHL que afirma que la división tripartita puede recordar a un silogismo, pero que tal noción sitúa al poder judicial como mero y fundamental aplicador de la ley cuando se trata del que realiza la protección jurídica del ciudadano, además, la división de poderes no puede ser un producto de la lógica, sino del Estado y de la naturaleza específica de las funciones que debe cumplir. Friedrich Julius STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, vol. II «Rechts und Staatslehre auf der Grundlage christlichen Weltanschauung», 2ª apartado, «Die Lehre vom Staat und die Principien des deutschen Staatsrechts», J.C.B. Mohr, Heidelberg, 1846; § 57, págs. 173-174. Completamente en contra, BLUNTSCHLI por considerarlo pueril y sin sentido. Johann Caspar BLUNTSCHLI, *Allgemeine Staatslehre*, 5ª edición, J.C. Cottaschen Buchhandlung, Stuttgart, 1875; pag. 591.

³⁵ Immanuel KANT, *Metaphysik der Sitten*, cit. en nota 31; II parte, § 45, pag. 431.

³⁶ Immanuel KANT, *Metaphysik der Sitten*, cit. en nota 31; II parte, § 48, págs. 434-435.

³⁷ Un ejemplo de esta idea es la prohibición de que el legislador castigue al gobernante porque eso sería un acto de ejecución de la ley elaborada por él mismo, lo que es una contradicción lógica y una vulneración de las relaciones de subordinación entre los poderes-personas. Este ejemplo se acerca demasiado a la estructura clásica del principio estricto de separación de poderes y hace comprensible los recelos de ciertos autores alemanes del siglo XIX. Cfr. Immanuel KANT, *Metaphysik der Sitten*, cit., II parte, § 49, pag. 436. Por todos, Carl WELCKER en Voz «Justicia gubernativa» en *Staatslexikon oder Encyclopädie der Staatswissenschaften*, vol III, 3ª edición, Brockhaus Verlag, Leipzig, 1859; pag. 260.

³⁸ El párrafo 47 es iluminador sobre el concepto kantiano. El Estado se constituye mediante el contrato original en el que los individuos abandonan su libertad exterior y quedan concebidos como miembros de una entidad común a la que deben obediencia. Todos las personas-poderes del Estado son autoridad frente a la masa de individuos que han cedido su libertad y pasan a ser súbditos. Cfr. Immanuel KANT, *Metaphysik der Sitten*, cit. en nota 31; § 47, pag. 434.

Por lo que se refiere a las otras dos personas-poderes que completan la «trinidad estatal», KANT determina con menor detalle su origen. El regente o gobernante ejerce la función ejecutiva. Esta se subdivide en el nombramiento de magistrados –en el sentido de miembros de la Administración– y en el dictado de normas que desarrollan la ley³⁹.

En cuanto a la tercera persona moral del Estado, los jueces, establece una separación personal estricta con los miembros de las otras personas; en especial, respecto al regente y al gobierno. Los jueces deben pertenecer o, al menos, proceder del pueblo⁴⁰. No obstante, una vez elegido, el ciudadano-juez se inserta totalmente en el Estado como demuestra la definición de Sentencia como acto individual de justicia pública (distributiva) por medio de un administrador estatal sobre un súbdito⁴¹. La inserción en el Estado del juez elegido es un reflejo evidente de la unidad de éste que lo sitúa por encima de las personas morales en las que se puede descomponer y que supone, en última instancia, que todas las decisiones de las mismas sean reconducibles a la unidad.

En suma, la clave del pensamiento kantiano es la tensión que establece entre los dos polos del ejercicio dividido del poder: división en la unidad y unidad a pesar de la división. La razón para esta tensión es doble: la garantía de la libertad de los ciudadanos y la distribución del trabajo estatal en atención a la adecuación de las personas-poderes a las funciones que han de desempeñar. Ahora bien, para alcanzar el equilibrio de la estructura no se puede trasladar al ámbito estatal la tensión y división propia de la sociedad. El resultado es la diferenciación puramente conceptual y racional de funciones en el interior del Estado (por su cualidad, entre legislación y aplicación, por su causa entre gobierno y jurisdicción) y una paralela y perfecta diferenciación personal (física y jurídica) que permite componer los diferentes intereses sociales sin que sus tensiones y enfrentamientos provoquen una fractura del Estado⁴².

3. LA NEGACIÓN DE LA DIVISIÓN DE PODERES EN EL PROCESO DE UNIFICACIÓN ALEMANA. DE 1815 A 1871

3.1. *Las primeras recepciones en el Derecho positivo. El artículo 57 de la Declaración final del Congreso de Viena*

Pues bien, a partir de 1815, el principio de división de poderes como tal se convierte en el elemento central del estudio del reparto de funcio-

³⁹ No sólo puede dictar reglamentos, también puede dictar órdenes que tienen el carácter de reglamentos y que no pueden ser leyes, porque vienen a resolver un caso concreto. *Vid.* Immanuel KANT, *Metaphysik der Sitten*, cit. en nota 31; II parte, § 49, pág. 435.

⁴⁰ Immanuel KANT, *Metaphysik der Sitten*, cit. en nota 31; II parte, § 49, pág. 436.

⁴¹ La publicidad de la justicia, como ya se había mencionado en anteriores escritos, es uno de los elementos básicos del procedimiento de actuación de este poder. *Vid.* Immanuel KANT, *Metaphysik der Sitten*, cit. en nota 31; II parte, § 49, pág. 436.

⁴² Sobre el carácter lógico-racional de la división kantiana, *vid.* Manuel GARCÍA-PELAYO, «La división de poderes y su control jurisdiccional», cit., pág. 11.

nes⁴³. La Restauración supone negar tajantemente la división de poderes por liberal y revolucionaria, lo que se consagrará jurídicamente en la prohibición que recoge el artículo 57 de la Declaración final del Congreso de Viena de que los Estados alemanes la reconozcan en sus Constituciones⁴⁴.

Esto convirtió a la división de poderes en uno de los objetivos de los movimientos liberales opuestos a la monarquía constitucional, como se manifiesta en su reconocimiento en la Constitución de la Iglesia de San Pablo de Frankfurt de 28 de marzo de 1849⁴⁵ y en otras dos Constituciones liberales contemporáneas⁴⁶ y la vuelta de la prohibición con la contrarrevolución de 1850. Este debate político sólo perdió importancia con la creación del Imperio en 1871.

Con estos presupuestos, la mayoría de los autores alemanes mantuvo una noción de soberanía y una concepción de la organización estatal que estaban en abierta oposición con los postulados de la división de poderes⁴⁷.

Sin embargo, la existencia de documentos constitucionales en los que se establecen órganos de representación estamental con funciones específicas mantuvo vivo el estudio de las funciones del Estado⁴⁸ y sus asignaciones principales, base de la división de poderes.

⁴³ Aunque las ideas francesas habían tenido una rápida difusión en la época de las guerras de Napoleón e incluso llegaron a expresarse, impuestas por el invasor, en la Constitución del reino de Westfalia de 15 de noviembre de 1807, la evolución hacia el reconocimiento de la división de poderes se ve truncada con la Restauración, pero no así la preocupación por evitar el contagio del mal francés.

⁴⁴ «Da der deutsche Bund mit Ausnahme der freien Städte aus souverainen Fürsten besteht, so muß dem hindurch gegebenen Grundbegriffe zufolge, die gesamte Staatsgewalt in dem Oberhaupte des Staates vereinigt bleiben, und der Souverain kann durch eine landständische Verfassung nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden werden». Es, como dice ZOEPLF, la clara y evidente exclusión del principio de división de poderes. *Vid.* Heinrich ZOEPLF, *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts*, tomo segundo, 5ª edición, Leipzig-Heidelberg, 1863, § 334, pág. 199.

⁴⁵ Antes de esta Constitución no hubo ni un solo ejemplo de separación o división de poderes en toda Alemania. Esta afirmación la contradice v. UNRUH al mencionar la Constitución de Sachsen-Weimar-Eisenach como un ejemplo de separación de poderes anterior a la Revolución de 1848. No parece que esa fuera la opinión del manual canónico que sobre dicha Ley Fundamental de 5 de mayo de 1816 escribiera Christian Wilhelm SCHWEITZER que aplica el artículo 57 al caso local: «Da das Großherzogtum Sachsen-Weimar-Eisenach ein monarchischer Staat ist und seyn soll; so vereinigt der Regent (Großherzog) die gesamte, ungetheilte Staatsgewalt in sich (...) Er ist ein Monarch, Souverän, Fürst in dem wahren Sinne des Wortes» *Vid.* Christian Wilhelm SCHWEITZER, *Öffentliches Recht des Großherzogtumes Sachsen-Weimar-Eisenach*, Primera parte, Wilhelm Hoffmann Verlag, Weimar 1825, págs. 34-35 y Georg Cristoph von UNRUH, «Grundlagen und Probleme der Verteilung der Staatsgewalt», cit. en nota 18, pág. 295.

⁴⁶ Fueron las Constituciones de Schleswig y Holstein, entonces divididos, ya que el primero pertenecía al Reino de Dinamarca y la del ducado de Lauenburg, ambas de escasa duración y surgidas en el marco de la guerra germano-danesa, que condujo a su integración en la Federación alemana. La primera es de 1848 y estuvo en vigor hasta 1851. La segunda es de 1849. Cfr. Georg Cristoph von UNRUH, «Grundlagen und Probleme der Verteilung der Staatsgewalt», cit. en nota 18, pág. 295.

⁴⁷ En este contexto y con el terror y el baño de sangre que la Revolución Francesa había supuesto se pretende por la aristocracia la recuperación del equilibrio y de la monarquía moderada y mixta. Así, se establece una separación estricta entre el gobierno moderado y la separación de poderes. *Vid.*, por todos, Rudolf V. GNEIST, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, reimpresión de la 2ª edición de 1879, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1966; págs. 27-28.

⁴⁸ Por influjo de la teoría de la asimilación del cuerpo político al cuerpo humano, se denominan funciones. La teoría organicista encuentra su máxima expresión en la obra de GIERKE que la elaboró para la persona jurídica del Derecho privado, trasladando luego sus conclusiones a la persona jurídico-pública. *Vid.* Otto von GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Akademische Druck, Graz, 1954.

Por consiguiente, la división funcional del poder, sin cuestionar la unidad de éste, se convierte en el objetivo principal de los autores. No obstante, se pueden distinguir dos líneas. Por una parte, la de aquellos que valoran positivamente los elementos del gobierno mixto y de la distribución de funciones entre los órganos, aunque rechazan la división de poderes como tal y la de los que se limitan a mantener las divisiones y clasificaciones por materias propias de la época anterior a la Revolución, sin introducir novedad alguna.

3.2. *Planteamientos que analizan el fenómeno de la división de poderes, desde el punto de vista de su descomposición en una objetiva distribución de órganos y funciones y las correspondientes clasificaciones de las funciones*

En todos los autores de la primera mitad del siglo XIX alemán se entiende la división de poderes como la constitución de tres entidades separadas e independientes que fracturan la unidad del Estado. Esta interpretación se considera peligrosa como señala, por ejemplo, el prusiano ANCILLON. Ello le conduce a defender la existencia de dos niveles; de un lado, el monarca que tiene la titularidad del poder del Estado y, de otro, una serie de órganos que ejercen dicho poder. Esto comporta evidentemente una tensión entre unidad (monarca) y pluralidad (órganos), entre titularidad y ejercicio, que se resuelve mediante la idea de que los órganos no pueden estar constituidos de manera que lleguen a formar un todo por sí mismo⁴⁹.

Casi al mismo tiempo, ARETIN concibe el poder como la suma de dos elementos: fuerza y voluntad. Al legislativo le faltaría la fuerza para actuar sobre la realidad, y al ejecutivo la voluntad⁵⁰. Esto supone reducir al legislativo y ejecutivo de poderes a simples órganos, porque la definición de poder implica la unión inescindible de fuerza y voluntad. Obviamente, el poder estatal es único e indivisible y se centra en la figura del rey⁵¹.

Por su parte, KLÜBER rechaza el principio por una cuestión de eficacia. El principio es muy complejo y crea más problemas de los que soluciona. Por tanto, defiende la unidad de las potestades, aunque sea recomendable la separación orgánica limitada de los derechos de soberanía (funciones) legislativo y ejecutivo⁵².

⁴⁹ La unidad no sólo queda garantizada con la presencia del monarca, sino que hay que añadir a la misma, las relaciones entre los poderes, órganos que componen el Estado. Por ejemplo, el nombramiento de los jueces por el ejecutivo o la sumisión del juez a la ley. Cfr. Friedrich ANCILLON; *Über den Geist der Staatsverfassungen und dessen Einfluß auf die Gesetzgebung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1825, pág. 33.

⁵⁰ Al no ser posible separar en ninguna acción humana la fuerza de la voluntad, no es posible tampoco separar los poderes. Johann Christian Freiherr V. ARETIN; *Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie*, vol. I, Altenburg, 1824; pág. 87.

⁵¹ Cfr. Johann Christian Freiherr V. ARETIN; *Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie*, cit. en nota 50; págs. 89-90.

⁵² Vid. Johann Ludwig KLÜBER, *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundestaaten*, cit. § 364 y notas b) y c) § 100, pág. 105. La nota b) contiene una fuerte crítica a KANT y una defensa de CONSTANT.

Para STAHL, el poder del Estado también es único e indivisible, porque el concepto de soberanía excluye cualquier división. Ahora bien, el ejercicio de ese poder único puede estar dividido, porque las condiciones de la realidad son diversas, y, con ellas, las funciones a realizar⁵³. Funcionalmente distinguía entre la ley –representación de la idea de permanencia que subyace a la voluntad estatal– y el poder de vinculación del Estado o poder de la voluntad personal del monarca. Entre la ley y el poder vinculatorio del Estado existen relaciones semejantes a las que existen entre carácter y voluntad en los seres vivos. En esta autonomía entre la voluntad y el carácter como modo de evitar el absolutismo subyace la diferenciación entre el Estado, poder, voluntad y la sociedad, que se da leyes y otorga el carácter⁵⁴.

Ya en 1840, Carl VON ROTTECK afirmaba que la debilidad principal de la separación de poderes era, precisamente, no tener en cuenta la idea de unidad del Estado, pero, al contrario que en los autores anteriores, la unidad se alcanza por la oposición entre las personas que ocupan–ejercen los poderes legislativo y administrativo⁵⁵. Dicha oposición implica inevitablemente la interrelación entre las mismas⁵⁶, así como la existencia de un tercer poder–función: el poder de inspección real⁵⁷. Con esto, V. ROTTECK rechazaba los postulados prácticos de la división de poderes, pero venía a admitir la división teórica⁵⁸.

Igualmente, WELCKER critica la separación de poderes desde la visión unitarista del Estado. Su razón es simple: una «persona» como el Estado no puede ser dividida mecánica y artificialmente. Como a la persona natural, la separación de sus órganos le produce trastornos y enfermedades. Un buen ejemplo de esos «trastornos» son las soluciones previstas en Estados Unidos para que mediante la armonización y equilibrio se impida que la separación se convierta en un obstáculo para la eficacia de la acción estatal⁵⁹.

A partir de 1840, las negaciones tajantes de la separación dejan paso a la aceptación de una división orgánica con base social. La negación tajante per-

⁵³ El soberano puede ser un príncipe, una asamblea o ambos como un solo sujeto, pero debe quedar especificado. Friedrich Julius STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, cit. en nota 34; § 52, pág. 163 y § 53, pág. 165.

⁵⁴ Friedrich Julius STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, cit. en nota 34; § 51, págs. 162-163.

⁵⁵ Vid. Carl V. ROTTECK; *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, Stuttgart 1840, reimpresión Scientia Verlag, Aalen 1964; pág. 223.

⁵⁶ Por ejemplo, el reconocimiento en favor del rey de los derechos de iniciativa legislativa y veto. Vid. Carl V. ROTTECK; *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, cit. en nota 55; pág. 231.

⁵⁷ El problema del reconocimiento del poder inspectivo al monarca como soberano y al mismo tiempo el poder administrativo como órgano superior del Estado plantea no pocos problemas que este autor no resuelve. Carl V. ROTTECK; *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, cit. en nota 55; pág. 217 y ss.

⁵⁸ Así puede y debe entenderse la siguiente frase. «Die drei Gewalten, die nur in der theoretischen Untersuchung getrennt werden können, sind in der Wirklichkeit unmöglich zu trennen. Alles, was von solcher Trennung je gesagt ist, ist ein leerer Traum leerer Theorie, und gefährlicher Theorie». Vid. Carl V. ROTTECK; *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, cit. en nota 55; págs. 214 y 217.

⁵⁹ Concretamente menciona la participación del legislativo en la ejecución y del presidente en la legislación mediante su posibilidad de veto, mientras los jueces independientes controlan no sólo las cuestiones entre los particulares, sino también los conflictos administrativos y la constitucionalidad de las leyes, mientras que el Presidente nombra a los jueces del Tribunal Supremo y mantiene el derecho de indulto. Carl WELCKER en Voz «justicia gubernativa» en Carl WELCKER / Carl von ROTTECK *Staatslexikon oder Encyclopädie der Staatswissenschaften*, vol. III, 3ª edición, Brockhaus Verlag, Leipzig, 1859; pág. 257.

duró más en las zonas del sur de Alemania en las que el absolutismo era reflejo del orden divino católico. La razón política estribaba en que, en general, en Prusia y, ya de manera clara en la Constitución de 31 de enero de 1850 no se negaba de modo tan tajante la división de poderes como en las constituciones de los países del Sur de Alemania⁶⁰. No obstante, algún autor –caso de HELD–, continuará todavía en 1868 rechazando de plano la separación de poderes. Este autor tiene especial importancia para la situación de la Administración Pública en este contexto, pues, en su opinión, no hay más poder que el del Estado que se expresa mediante su «fuerza», cuyo mejor ejemplo es, precisamente, la Administración⁶¹.

Por tanto, el rechazo de la división de poderes no implica que no se acepte normalmente la división funcional, al contrario, la presupone. No hay que olvidar que la división de funciones entronca con el conjunto de clasificaciones anteriores de las regalías y prerrogativas del monarca, pero modificándolas y adaptándolas a un nuevo presente constitucional, sobre todo en la terminología. Así, hay autores que establecen dos funciones primarias que luego se complementan con otras, distinguiendo además entre funciones-poderes y simples funciones. En otros casos, se intenta hacer coincidir las definiciones funcionales con los tres poderes aristotélicos, incluso se llega a hablar de cuatro funciones.

En ANCILLON, por ejemplo, prima lo político sobre lo jurídico, por lo que obvia una definición de las funciones. Aun así, se puede deducir que concebía sólo dos funciones: la legislación y la ejecución, que comprendía la judicial⁶². Sí le interesa, sin embargo, la asignación de dichas funciones a órganos. Así, la función legislativa debería ser ejercida por una Cámara doble, para representar la pluralidad social⁶³ y la función ejecutiva jurisdiccional por jueces-funcionarios⁶⁴.

La teoría funcional de V. ARETIN se basa en la idea de los momentos de la actuación estatal. El poder unitario del Estado se despliega en dos fases: una original, residenciada en el pueblo, y una derivada de ejercicio directo por el monarca o en su nombre. Esta estructura contrasta con el marco constitucional definido. Por ejemplo, el poder legislativo y su producto, la ley, son, en su presente, meras voluntades, resultado de la colaboración entre el monarca y los

⁶⁰ Cfr. Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*. Duncker & Humblot, Berlin, 1958, pág. 220.

⁶¹ Vid. Joseph HELD, *Grundzüge des allgemeinen Staatsrechts*, F.A: Brockhaus, Leipzig, 1868, págs. 326-328. Ya en una obra anterior igualaba poder del Estado a poder personal del monarca y todo ejercicio del mismo a la estructura de funcionarios que le sirven de apoyo y que dependen de él. Joseph HELD, *System des Verfassungsrechts der monarchischen Staaten Deutschlands*, 2ª parte, Stahelischen Buch- und Kunsthandlung, Würzburg, 1857, págs. 300-303.

⁶² Friedrich ANCILLON; *Über den Geist der Staatsverfassungen und dessen Einfluß auf die Gesetzgebung*, cit. en nota 49; pág. 66.

⁶³ Friedrich ANCILLON; *Über den Geist der Staatsverfassungen und dessen Einfluß auf die Gesetzgebung*, cit. en nota 49; pág. 32.

⁶⁴ Friedrich ANCILLON; *Über den Geist der Staatsverfassungen und dessen Einfluß auf die Gesetzgebung*, cit. en nota 49; pág. 173.

representantes de la sociedad (pueblo). El poder judicial no sería más que una mera función y no un poder (lo cual enlaza directamente con la teoría de las regalías materiales) y al ejecutivo le falta consistencia para explicar la realidad, pues reduce la labor del monarca a mero instrumento aplicador de la ley⁶⁵. El resultado es un cuadro dispar en el que se mezcla lo funcional con lo orgánico y, sobre todo, la negación de la configuración de determinados órganos como poderes y su reducción a meras funciones.

Por el contrario, para V. ROTTECK, las definiciones funcionales son el centro de su reflexión⁶⁶. Parte, por supuesto, de la dicotomía legislación y ejecución que distingue en la estructura del Estado entre lo abstracto y la aplicación al caso concreto. Esta dicotomía suele ordenarse temporalmente, en primer lugar, los preceptos generales, luego, su aplicación. Además, estas funciones se expresan única y exclusivamente por medio de unos determinados instrumentos; es decir, están procedimentalmente asignadas⁶⁷. Hasta aquí, la presentación general. Ahora bien, constata, por primera vez, que en la realidad constitucional, la asignación de cada función a un órgano distinto no es perfecta. Ello le obliga a crear un concepto subjetivo que sea capaz de englobar la actividad del Gobierno (legislativa y aplicativa): el poder administrativo. No obstante, este concepto de poder administrativo no se corresponde con la función administrativa por no incluir la elaboración de normas⁶⁸.

En segundo término, V. ROTTECK entiende, como no podía ser menos, la labor judicial desde un punto de vista exclusivamente funcional. En efecto, de su definición de juzgar «el mero reconocimiento del derecho en el caso controvertido» se concluye que los jueces no son un poder⁶⁹. El cuadro de funciones se completa con la función inspectiva que le corresponde al rey. Con esto, parece indicar la existencia de dos niveles funcionales, pues, en un primer nivel, se encontrarían la legislación y la ejecución y en un segundo nivel, la función jurisdiccional y la inspectiva. Esto no es más que una modernización de la clásica teoría de las regalías materiales y formales, como expondremos más adelante.

Por su parte, SCHMITTHENNER intenta definir las funciones, a partir de la idea de la personalidad jurídica del Estado, sin embargo, sus definiciones no

⁶⁵ A la vez concibe a la monarquía constitucional como el gobierno mixto perfecto. ARETIN distingue el poder del Estado que procede de la idea de soberanía, pero no renuncia a la participación plural de la sociedad en la configuración de la voluntad estatal la que sin la fuerza del monarca no es nada. *Vid.* Johann Christian V. ARETIN; *Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie*, cit. en nota 50; pág. 177.

⁶⁶ Carl V. ROTTECK; *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, cit. en nota 55; pág. 211.

⁶⁷ Carl V. ROTTECK; *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, cit. en nota 55; pág. 212.

⁶⁸ Carl V. ROTTECK; *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, cit. en nota 55; pág. 232.

⁶⁹ Juzgar consiste en el reconocimiento en un caso controvertido de lo que es derecho. El acto de reconocimiento implica una posterioridad de la acción del juez que lo aleja globalmente de la creación primaria de derecho y de la fijación de la voluntad común. En suma, poder es crear y no meramente reconocer lo ya existente. La característica principal del poder judicial, la independencia judicial, ya no se articula desde la división de poderes, sino que es consecuencia necesaria de que el juez no ejerce poder. El juez no tiene voluntad porque ni es el poder administrativo que al proceder del rey asume la voluntad de éste, ni tampoco la voluntad del legislador, representante de la sociedad. El juez se encuadraría más bien en los derechos materiales de soberanía como el financiero o el militar. Carl V. ROTTECK; *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, cit. en nota 55; págs. 215-216.

pasan de ser meras clasificaciones⁷⁰. Su punto de partida es la ecuación función-poder. Las funciones corresponden a los tres momentos normales de la actuación de toda persona: la toma libre de la decisión o función legislativa; la realización fáctica de la misma o función ejecutiva y la revisión de la conciencia o función inspectiva o vigilante. A esto añade una «división de poderes» que atiende a distintas variables: el modo de expresión, el objeto, el ámbito de la vida social en el que se expresa y los fines estatales que persigue⁷¹. No cabe duda de que este autor mezcla la clasificación tradicional de las funciones y potestades mediante las que se expresa el poder estatal con la terminología de la división de poderes, pero no integra las distintas perspectivas, limitándose a la descripción de las funciones, por lo que su obra simplemente tiene el interés de ser uno de los primeros pasos en la reformulación de las clasificaciones de las regalías en el marco de la división de poderes.

Mucho más compleja es la formulación de STAHL que atiende al contenido interno y no a la forma de expresión de la función⁷². Así, distingue, en principio, tres funciones mediante las que se ejerce el poder del Estado. La legislación que sería la fijación de los principios jurídicos fundamentales, por tanto, función primaria en cuanto a poder y efecto, teniendo capacidad de determinar, pero no de ser determinada⁷³. La función de gobierno, entendida como el abastecimiento inmediato, efectivo y real de las situaciones. Dentro de la función de gobierno distingue entre la ejecución de las leyes, sin la jurisdicción, y gobierno, en sentido estricto, cuyos fines y objetivos no están marcados por la ley. Entre el aspecto ejecutivo y gubernativo, la diferencia está en la vinculación positiva o negativa respecto a la ley. Esta función incide directamente sobre la estructura de la Administración y del Gobierno, pues, para cumplir la misma, los órganos que la ejerzan tienen que ser permanentes y estar estructurados en multiplicidad de niveles, tanto territoriales como materiales, unidos por unos principios básicos⁷⁴. La tercera y última función es la judicial que consistiría en la reconstrucción de la ley «lesionada» al invadir un individuo la esfera jurídica de otro individuo. La realización de esta actividad tiene también conse-

⁷⁰ Por eso, Norbert ACHTERBERG lo sitúa como uno de los autores que unen la división material de las potestades con la nueva idea de la división funcional, sin embargo, en nuestra opinión, no hay una síntesis tan evidente como en los casos de ZOEFL o VON RÖNNE. Cfr. Norbert ACHTERBERG, *Probleme der Funktionlehre*, cit. en nota 3; pág. 9.

⁷¹ Sólo hay que mencionar que, en este último apartado, diferencia entre poder jurídico y poder de bienestar en la línea de la diferenciación entre leyes civiles y leyes de policía. Friedrich SCHMITTHENNER, *Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechtes*, G.F. Heneris Verlag, Gießen, 1845, en la reproducción fotocopiada de Alfred Metzger Verlag, Hamburg, 1966, págs. 293-295. A pesar de que sus aportaciones no fueron especialmente interesantes, KÄGI lo sitúa como el gran iuspublicista de la Alemania anterior a 1848, creador de la diferenciación entre lo formal y lo material. Cfr. Oskar Werner KÄGI, *Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips*, A.G. Gebr. Leeman & Co., Zürich, 1937, pág. 118.

⁷² Friedrich Julius STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, cit. en nota 34; § 52, pág. 164.

⁷³ Esta función debe corresponder en atención a las características de la misma al soberano. Friedrich Julius STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, cit. en nota 34; § 54, pág. 166.

⁷⁴ Para la correcta realización de las necesidades del Estado derivadas de su función, el Gobierno tiene que estar compuesto de funcionarios con conocimientos técnicos. Vid. Friedrich Julius STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, cit. en nota 34; § 55, págs. 167-168.

cuencias para la organización del poder que la ejerce. En primer término, la justicia pertenece al ámbito de lo privado, por lo que no se puede considerar que se trate de ejecución de la ley, necesitada ésta de la intervención administrativa (estatal), sino que puede hacerse exteriormente al Estado. Por tanto, el juez se aleja del Estado por su necesaria imparcialidad e independencia frente al soberano, para resolver los conflictos particulares. El poder judicial se sitúa así en una posición intermedia entre el Estado y el individuo, protegiendo a éste y reconstruyendo o garantizando la legalidad, con lo que sirve también al interés general. Esta independencia podría poner en serio peligro la unidad del Estado que se salva, gracias a la limitación del juez al caso pasado, único e individual⁷⁵.

Algo diferente a los autores citados, WELCKER define cuatro poderes-funciones: el legislativo constituyente, el legislativo constituido, el gobierno, sin más añadidos, y el judicial⁷⁶. Respecto al legislativo constituido rechaza su calificación como soberano, en tanto que poder limitado por las determinaciones del constituyente⁷⁷. La limitación y no supraordenación del poder legislativo constituido tiene una consecuencia, especialmente importante, en el terreno de los jueces, pues ya no pueden considerarse sometidos, de modo absoluto y completo, a la ley, sino, exclusivamente, a la Constitución⁷⁸.

3.3. *La pervivencia de la clasificación de los derechos de soberanía, según parámetros materiales y formales, como explicación de la pluralidad funcional de la actividad del Estado*

Mientras la negación de la división de poderes era la cuestión principal entre los iuspublicistas alemanes de mediados del siglo XIX, otros autores mantuvieron las concepciones propias del iusnaturalismo⁷⁹, es decir, la clasifi-

⁷⁵ Friedrich Julius STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, cit. en nota 34; § 56, págs. 170-171

⁷⁶ Carl WELCKER, voz «Ley» en Carl WELCKER / Carl von ROTTECK, *Staatslexikon oder Enzyklopädie der Staatswissenschaften*, vol. VI, J.F. Harmmeich Verlag, Altona, 1838, pág. 737.

⁷⁷ Se rechaza asimismo la idea de que los otros poderes estén subordinados tanto personal como jurídicamente al legislativo constituido, pues el constituyente los ha situado en posición de igualdad. Carl WELCKER, voz «Ley» en Carl WELCKER / Carl von ROTTECK, *Staatslexikon oder Enzyklopädie der Staatswissenschaften*, cit. en nota 76, pág. 739.

⁷⁸ Como refleja de modo particular la realidad norteamericana con el control de constitucionalidad de las leyes por el Tribunal Supremo, la Constitución es una norma superior que actúa como parámetro para el juez a la hora de determinar la constitucionalidad de las leyes. Para WELCKER, además podría ser trasladable a la realidad del principio monárquico alemán con la consecuencia de configurar a la Constitución como norma superior. Carl WELCKER, voz «Ley» en Carl WELCKER / Carl von ROTTECK, *Staatslexikon oder Enzyklopädie der Staatswissenschaften*, cit. en nota 76; pág. 740. Una opinión contraria, mayoritaria, Cfr. Georg MEYER/ Gerhard ANSCHÜTZ, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 7ª edición, Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1919, pág. 30 y Otto von SARVEY, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Freiburg, 1887, pág. 8.

⁷⁹ En este sentido, Johann Stephan PÜTTER, *Institutiones Iuris Publici Germanici*, Editio V, Vandenhoeck, Göttingen, 1792. § 216-246, págs. 218-262. El Libro VI contiene una revisión de las potestades principales del Emperador. Las cuatro potestades básicas son la de inspección suprema, la legislativa, la de ejecución y las de fisco y tributos. Aunque la legislación, en especial, la civil, está definida como la elaboración de normas generales, mantiene, em manos del Emperador, los derechos de privilegio y dispensa de los que pue-

cación de las regalías (*Hoheitsrechte*), introduciendo, cuando era preciso, pequeñas adaptaciones derivadas del principio monárquico. Destacan, en este punto, ZACHARIÄ y KLÜBER.

ZACHARIÄ realizó simplemente una nueva clasificación. Así, distinguió entre regalías o derechos formales o generales en las que se encuadran; el legislativo y el ejecutivo, derecho al que sólo por razones de índole positiva hay que dividir entre poder judicial y poder ejecutivo en sentido estricto, y los derechos materiales o especiales que resultan de la aplicación de los formales a las necesidades concretas del Estado. En estos últimos, distinguía entre objetivos y subjetivos. Los primeros inciden sobre la aplicación material a la sociedad de los derechos formales, mientras que los segundos se concentran en la organización interna del Estado. Entre los objetivos, divididos a su vez en internos y externos, se encuentran la policía, el poder financiero, el poder penal o el poder de hacer la guerra, entre los subjetivos está el poder de organización interno o la alta inspección⁸⁰.

KLÜBER concebía también el poder estatal como la suma de derechos de soberanía. A partir de esta afirmación, compartida con otros autores, elaboró una clasificación distinta y propia⁸¹. Diferenciaba derechos o potestades esenciales, que sirven de inmediato al cumplimiento del fin estatal, y accidentales⁸². Dentro de las potestades esenciales distingue por razón del ámbito territorial: las externas de representación ante otros Estados y las internas que engloban la alta inspección, la legislación y la ejecución⁸³. Éstas son las potestades esenciales generales, que se completan con un conjunto de potestades esenciales especiales entre las que se destacan las de policía, financiera, de educación, militar o la de administración de justicia⁸⁴.

No obstante, KLÜBER no acaba en este punto, sino que estudia también los poderes. El legislativo dicta normas generales (leyes) que son de tantos tipos como los derechos esenciales especiales⁸⁵. El ejecutivo, una de cuyas partes es el conjunto de jueces y tribunales, ejecuta y aplica las normas elaboradas por el

de hacer uso de forma totalmente discrecional. La ejecución es la realización práctica de las leyes sin más, por ejemplo, la ejecución de las penas (facticidad de la ejecución). Por otra parte, la potestad judicial está en un segundo plano, en un capítulo distinto y limitado a lo que es el propio orden jurisdiccional material.

⁸⁰ Karl Salomo ZACHARIÄ; *Vierzig Bücher vom Staate*, vol. I; J.C. Cotta Buchhandlung, Stuttgart-Tübingen, 1820, págs. 136-140.

⁸¹ Johann Ludwig KLÜBER, *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten*, cit. en nota 17; § 99, pág. 103.

⁸² En contra de la diferenciación entre potestades esenciales y accidentales por considerar que todas corresponden sin más al poder del estado y sólo se pueden dividir por razón de la materia o del fin. Cfr. Carl Friedrich V. GERBER, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Berhard Tauchnitz, Leipzig, 1865, pág. 25.

⁸³ Johann Ludwig KLÜBER, *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten*, cit. en nota 17; § 100, pág. 105. Para V. STEIN, es una equiparación intolerable entre los derechos de soberanía y la *trias política*. Cfr. Lorenz von STEIN, *Die Verwaltungslehre*, Parte primera. Reimpresión de la 1ª y 2ª edición de 1866-1884, Scientia Verlag, Aalen, 1962; pág. 19.

⁸⁴ Johann Ludwig KLÜBER, *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten*, cit. en nota 17; § 101, pág. 106.

⁸⁵ Johann Ludwig KLÜBER, *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten*, cit. en nota 17; § 361-363, págs. 507-509.

legislador de acuerdo con los fines estatales marcados por éste⁸⁶. Esta división entre legislativo y ejecutivo no engrana bien con la clasificación de las potestades, por lo que parece que KLÜBER se limitó simplemente a superponer dos ideas de raíz histórica diferente. Por eso, el paso siguiente, en un momento inmediatamente posterior, fue la síntesis entre esta vieja construcción y la división de funciones.

Corresponde a Ludwig von RÖNNE y Heinrich ZOEPFL sintetizar las clasificaciones de las regalías con la incipiente teoría de las funciones estatales. Esta síntesis se obtuvo combinando la diferenciación entre potestades formal y material con la división funcional y la asignación de éstas a los respectivos órganos. El resultado fue la elaboración de una división funcional estructurada en dos niveles: el primero correspondiente a la dicotomía legislativo y ejecutivo (potestades formales) y un segundo con las restantes funciones (potestades materiales). Esta doble articulación del sistema estatal de toma de decisiones, salvando las necesarias distancias, puede ser todavía fructífera en el análisis actual⁸⁷.

Von RÖNNE distinguía así entre regalías materiales y formales. Las materiales atienden al contenido de la actuación estatal y las formales al modo y manera en que ésta se expresa. Las materiales se dividen por su ámbito de actuación en internas y externas. Entre las internas enumera el derecho de hacer justicia, la evitación de peligros que amenazan al individuo y al conjunto (*Polizeygewalt*), la potestad financiera y la militar⁸⁸. El ejercicio de estas cuatro potestades materiales se expresa siempre a través de dos formas: poder legislativo o poder ejecutivo⁸⁹. De esta forma consigue integrar ambos planos. Por una parte, las actividades o funciones del Estado y, por otra, los poderes del Estado como formas de expresión.

Todavía en 1863⁹⁰, Heinrich ZOEPFL titulaba una parte de su estudio «de las regalías» (*Hoheitsrechte*)⁹¹. Al igual que KLÜBER y, al contrario que V. RÖNNE, su clasificación básica es entre potestades esenciales y accidentales⁹². A

⁸⁷ Norbert ACHTERBERG, *Probleme der Funktionlehre*, cit. en nota 3; pág. 10.

⁸⁶ Johann Ludwig KLÜBER, *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten*, cit. en nota 17; § 364, pág. 511.

⁸⁸ Al derecho de hacer justicia ni siquiera lo salva en atención a cuestiones de índole positiva como había hecho ZACHARIÄ. El poder de policía incluye a los establecimientos públicos y privados que sirven para alcanzar el bienestar general. En cuanto a lo militar resalta que su importancia en Prusia procede de la falta de fronteras naturales y de lo fragmentario del territorio prusiano. Ludwig von RÖNNE, *Das Staatsrecht der preubischen Monarchie*, vol I, 1ª edición, Brockhaus, Leipzig, 1856; págs. 49-52.

⁸⁹ Ludwig von RÖNNE, *Das Staatsrecht der preubischen Monarchie*, cit. en nota 88; pág. 140.

⁹⁰ La primera edición de este libro había sido publicada ya en 1842, por lo que todavía se puede considerar un autor del *Vormärz*; es decir, anterior al segundo movimiento constitucional alemán, pero que dadas las circunstancias pudo mantener, en líneas generales, su libro. Además, no fue el último, Albert HAENEL en 1892 seguía basando la división de funciones en las regalías. Vid. Heinrich ZOEPFL, *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts*, cit. en nota 44, § 269, pág. 760 y Albert HAENEL, *Deutsches Staatsrecht*, tomo primero. «*Die Grundlagen des deutschen Staates und die Reichsgewalt*», Duncker & Humblot, Leipzig, 1892, págs. 119 y ss.

⁹¹ Sin embargo, curiosamente las soluciones que plantea son especialmente novedosas. En este sentido, vid. Norbert ACHTERBERG, *Probleme der Funktionlehre*, cit. en nota 3; pág. 9.

⁹² Merece destacarse el repaso de la historia de las clasificaciones de las potestades esenciales que realiza. La más antigua es la de ARISTÓTELES –que MONTESQUIEU y FILANGIERI mantuvieron– entre legis-

partir de aquí señala tres puntos de vista para analizar a los órganos: el subjetivo, el objetivo y el de las formas de actividad⁹³.

El punto de vista subjetivo es el del estatuto personal de los miembros de los órganos; el objetivo implica la división entre potestades externas e internas, que coinciden con las potestades esenciales especiales entre las que incluye a la justicia o el poder financiero. Por último, el punto de vista de las formas de actuación le permite describir el modo y manera en el que se expresan las relaciones fundamentales entre Estado y sociedad, reducido a las consabidas dos posibilidades: legislación o administración⁹⁴. Estas dos formas de actuación son lo que en los autores posteriores se convierten en las funciones del Estado, mientras que las objetivas son los antiguos derechos de soberanía. Al distinguir ambos elementos, para ponerlos en relación se funden las dos tendencias: la funcional y la de suma de potestades. La relación entre ambos planos conlleva que en lo exterior –entendido como relación interestatal– sólo pueda existir la administración, concretamente, la específica de la defensa y en el interior se combinen ambas formas. Estas formas de actuación están asignadas a dos poderes: legislativo y ejecutivo, únicos poderes políticos internos. Esta asignación no es uniforme, precisamente, porque el ejecutivo puede actuar legislativa y administrativamente. Las formas de actuación del ejecutivo en ZOEPL son cuatro. En primer lugar, la inspección o la vigilancia; en segundo, la potestad reglamentaria, parte de ejecución legal, parte libre, porque el bienestar y el orden público deben salvaguardarse ante el empuje de los cambios y variaciones de la vida social; en tercero, la subsunción del caso único en la ley, bien desde la perspectiva de la policía o bien desde la perspectiva del llamado poder judicial, declarado independiente por razones exclusivamente teleológicas; por último, la ejecución material en sentido estricto. Es una de las primeras veces en que la diferencia funcional entre legislación y administración llevada al campo concreto de las competencias de los órganos del Estado provoca una asimetría que ZOEPL no resuelve, sólo describe⁹⁵.

En suma, la gran virtud de ZOEPL consiste en sintetizar todas las expresiones del poder estatal tanto desde una perspectiva horizontal o material como temporal. Esta virtud no se ve empañada por el hecho de que considere a las funciones principales sólo como formas de expresión, lo que tiene mucho de formalismo, ya que lo compensa mediante la distribución flexible (hecho que acepta) entre los órganos, claro adelanto de autores posteriores.

lativo, ejecutivo y judicial. Una división que se mostró insuficiente por lo que apareció una cuarta potestad: la real. El ejecutivo aparece así dividido entre poder administrativo y poder real o de gobierno. Todas estas concepciones formalistas –como las llama– le resultan insuficientes y se acerca a concepciones materiales de división de las potestades en la línea de MOSER y, sobre todo, de PÜTTER. Vid. Heinrich ZOEPL, *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts*, cit. en nota 44; § 270, págs. 761-762.

⁹³ Heinrich ZOEPL, *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts*, cit. en nota 44; § 270, pág. 763.

⁹⁴ Heinrich ZOEPL, *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts*, cit. en nota 44; 271-275, págs. 763-768.

⁹⁵ Vid. Heinrich ZOEPL, *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts*, cit. en nota 44; § 275-276, págs. 768-769.

3.4. *El idealismo alemán como fuente filosófica de inspiración de la negación de la división de poderes y la consagración de las divisiones funcionales*

Es, sin duda, HEGEL el filósofo que más ha de influir en las ideas sobre la división funcional en Alemania durante el siglo XIX, en particular en la segunda mitad. Sin duda, el Estado es el centro de toda reflexión y en él, desde su unidad sustancial, se pueden distinguir varios momentos de determinación del interés general, que corresponden aproximadamente con las funciones tradicionales⁹⁶.

La unidad sustancial del Estado se expresa mediante el espíritu que sabe y quiere. Sabe en virtud de la experiencia de sus miembros y quiere por la voluntad de sus leyes⁹⁷.

El Estado para alcanzar su fin –el interés general– desarrolla (como un ser vivo) una serie de diferencias que son los diversos poderes (órganos) cuya organización es la Constitución política⁹⁸. No obstante, el Estado aparece exteriormente como un solo individuo, por lo que los distintos poderes (órganos) que lo componen se mantienen en su interior y sus relaciones no trascienden al exterior⁹⁹.

Estos poderes internos al Estado están relacionados con los momentos de determinación del interés general¹⁰⁰. Así, el poder legislativo determina el momento de lo universal; el poder de gobierno determina el momento de la subsunción de las esferas especiales, y el tercer momento, el de la subjetividad, es el poder del príncipe que coordina y conduce a los otros momentos.

Las relaciones entre legislativo y gobierno se articulan, por tanto, a partir de la idea de la contraposición entre lo universal y lo especial; pero ambos momentos forman una unidad –por medio del elemento común de la objetividad– frente al príncipe en el que domina la subjetividad que se despliega en el poder de prerrogativa, a su vez, general y especial¹⁰¹.

Ahora bien, el poder del príncipe no es mera subjetividad ajena al resto de la actividad del Estado, sino que contiene en sí mismo todos los momentos de la acción del Estado. En primer lugar la universalidad de la Constitución y las leyes, en segundo lugar, el Consejo o Gobierno como la relación de lo especial

⁹⁶ Es decir, nadie goza de una libertad de modo ajeno al Estado ni la división del poder sirve a este fin, Eugene FLEISCHMANN, *La philosophie politique de Hegel*, Librairie Plon, París, 1964, pág. 274, comentario al 270 de los *Principios de filosofía del Derecho*.

⁹⁷ Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit. en nota 17, 270, pág. 220.

⁹⁸ Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit. en nota 17, 269, pág. 219.

⁹⁹ Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit. en nota 17, 271, pág. 233.

¹⁰⁰ Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit. en nota 17, § 273, págs. 235-239. Introduce una variación con respecto a los tres poderes clásicos con la idea del poder subjetivo del príncipe, pero sin repercusión en el conjunto de la división estatal, Ludwig von RÖNNE; *Das Staatsrecht der preubischen Monarchie*, cit. en nota 88; nota 3, pág. 140.

¹⁰¹ Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit. en nota 17, § 273, pág. 236.

a lo general y, en tercer lugar, el momento de la última decisión que implica la autodeterminación de lo estatal y que es la síntesis de las anteriores a la vez que lo propio del príncipe¹⁰². En efecto, cada momento-función contiene un elemento objetivo y otro subjetivo, éste siempre referido al príncipe. En el primer momento, el elemento objetivo es el conjunto de Constitución y leyes, mientras que el subjetivo viene dado por la ciencia del monarca expresado en la sanción; en el segundo momento, el elemento objetivo es la acción de los ministros y consejeros sobre los que recae la responsabilidad y el elemento subjetivo es la decisión última del monarca que por ser un producto puro de su voluntad no puede implicar la exigencia de responsabilidad. En el momento propio del monarca como subjetividad estatal se aprecia, no obstante, un factor objetivo que es la legitimidad hereditaria¹⁰³. Con ello, el poder del príncipe¹⁰⁴, como generador de la totalidad, se sitúa en un nivel superior: el de la soberanía. La soberanía (o poder del príncipe), en consecuencia, es siempre la unificación del aspecto subjetivo con el objetivo, sintetizando así todos los momentos del Estado¹⁰⁵.

En lo que aquí interesa, el segundo momento, el de subsunción de lo general a lo especial, corresponde al poder de gobierno que abarca tanto al poder de administrar justicia como a la policía¹⁰⁶. El complejo gobierno-administración, cuya función es la concreción de los intereses estatales, tiene una estructura adecuada a la misma pues implica desde las instancias superiores y más generales a las instancias más concretas de decisión¹⁰⁷. En esta estructura piramidal, la comprobación y concreción de los intereses estatales corresponde respectivamente a los ministros, los funcionarios ejecutivos y las autoridades consultivas¹⁰⁸. Las tareas de gobierno tienen como cualquier otro momento del Estado dos elementos: el objetivo y el subjetivo. El objetivo es el contenido material de las mismas, el subjetivo, los funcionarios que las llevan a cabo¹⁰⁹.

Por último, se encuentra el poder legislativo que dicta las leyes que expresan el momento de la universalidad¹¹⁰. En el ámbito estatal, este poder se limi-

¹⁰² Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit. en nota 17, § 275, pág. 239. También Eugène FLEISCHMANN, *La philosophie politique de Hegel*, cit. en nota 96, págs. 300-301.

¹⁰³ Vid. Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit. en nota 17, §§ 281, 285, 284, págs. 249- 251.

¹⁰⁴ Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit. en nota 17, § 277, pág. 240.

¹⁰⁵ La soberanía no es igual al despotismo, porque posee un factor teleológico: la búsqueda de un fin global (interés general) que en el despotismo es inexistente. La soberanía sólo existe en la subjetividad consciente y como determinación autónoma de la voluntad abstracta incluso aunque lo sea sin razón o causa. Cfr. Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit. en nota 17, § 278, pág. 242.

¹⁰⁶ Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit. en nota 17, § 287, pág. 253.

¹⁰⁷ Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit. en nota 17, § 290, pág. 254.

¹⁰⁸ No queda clara la distinción entre los niveles que corresponden al Gobierno y los que corresponden a la Administración. Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit. en nota 17, § 289, pág. 253.

¹⁰⁹ Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit. en nota 17, §§ 291, 292 y 294, págs. 255-256.

¹¹⁰ Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit. en nota 17, § 298, pág. 259. La ley se concibe como un producto interno del Estado, pero con importantes consecuencias exteriores, Eugene FLEISCHMANN, *La philosophie politique de Hegel*, cit. en nota 96, pág. 319.

ta a cumplir funciones de asesoramiento y colaboración a través de la representación¹¹¹. Los representantes suponen un punto intermedio entre el Estado y los individuos, por lo que supondría un grave error definirlos como enfrentados u opuestos al Gobierno¹¹².

El tratamiento que da HEGEL a la diferenciación de momentos y poderes y su relación parte siempre de una interpretación unitaria. El Estado crece como un organismo autónomo frente a la sociedad con unas reglas internas de funcionamiento, entre ellas, la diferenciación de poderes y procedimientos, posiblemente a consecuencia de la existencia previa y sustancial de momentos-funciones diferentes en la acción estatal. En este contexto, la sociedad y el individuo tienen una participación siempre condicionada por su relación con el conjunto del Estado.

La separación clara entre el Estado y la sociedad supone que la existencia de una pluralidad de poderes es una cuestión exclusivamente interna del Estado, producto de la pluralidad de momentos de su acción. Dividir los poderes sirve para mejorar la actuación del Estado a la hora de actualizar el interés general. La no concentración del poder construida sobre la base de las tensiones sociales subyacentes cede su lugar a una imprescindible ordenación de los llamados momentos de determinación del interés general.

4. LA CONSOLIDACIÓN Y EL DESARROLLO DE LA DIVISIÓN DE FUNCIONES. LA UNIFICACIÓN DE ALEMANIA Y EL AUGE DEL DOBLE CONCEPTO DE FUNCIÓN: MATERIAL Y FORMAL

4.1. *La división de funciones en su interpretación general en la doctrina alemana posterior a 1871*

La unificación alemana en 1871 supone la finalización de un largo proceso, acelerado tras el fracaso de la Revolución de marzo de 1848. Antes y después de la unificación, el marco constitucional permaneció inalterado, aunque empezó una lenta evolución¹¹³ hacia un Estado de Derecho que ya se aprecia antes incluso de 1871. La profundización de la separación entre Estado y

¹¹¹ El pueblo es el conjunto de miembros de un Estado que no saben lo que quieren, su conocimiento es meramente negativo; es decir, infantil, ya que se limita a saber lo que no quieren. Sólo una parte del pueblo, sus representantes, que incorporan los asuntos generales por sí, tienen el grado suficiente de conocimiento y profundidad y, en consecuencia, de voluntad. Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit. en nota 17, § 301, pág. 263, § 308, pág. 268, § 301, págs. 261-262 y § 314, pág. 272.

¹¹² Al subrayar el papel de mediadores se evita de otra manera, el peligro del aislamiento de ambos extremos y la posible ruptura de la voluntad unitaria estatal; es decir, la fragmentación de la misma. Eugene FLEISCHMANN, *La philosophie politique de Hegel*, cit. en nota 17, pág. 323.

¹¹³ Este proceso no fue constante, tuvo altibajos. En el aspecto doctrinal, las grandes producciones jurídicas se produjeron en los primeros años, los conocidos como años fundacionales, *Gründerjahre*, para a partir de 1895 disminuir el ritmo de elaboración y, sobre todo, con el inicio del nuevo siglo producirse una paralización de la producción jurídica. Los textos se hicieron menos teóricos y se limitaban a hacer recopilaciones sobre el Derecho positivo, esta situación sólo variaría parcialmente con el importante cambio constitucional de 1918.

sociedad¹¹⁴ ayuda a la consolidación de la diferenciación orgánica como una división estrictamente funcional, para el mejor cumplimiento de las tareas estatales¹¹⁵.

Ahora bien, la discrepancia entre las funciones, definidas en abstracto (plano objetivo), y la concreta regulación constitucional de las competencias de los poderes (plano subjetivo) dio lugar a la distinción característica de esta época: la diferenciación entre funciones materiales y formales¹¹⁶.

Dicho lo anterior es posible encontrar una serie de elementos comunes. En primer término, y como consecuencia del aumento del valor del ciudadano frente al Estado, se establece una relación directa entre división de funciones con Estado de Derecho¹¹⁷ a partir del principio de legalidad y de la reserva de ley¹¹⁸, con lo que el poder legislativo tiende a situarse por encima (al menos, en relación de supraordenación) del resto de los poderes¹¹⁹.

Esto no supone la desaparición de la visión unitaria del poder del Estado, al contrario su reforzamiento¹²⁰. Simplemente la división se traslada al plano del ejercicio del poder¹²¹, bien sea en la forma, bien en el modo. Esta diferenciación orgánica en el ejercicio del poder estatal no se puede equiparar, en nin-

¹¹⁴ La separación es consecuencia de la homogeneidad social que participaba en la política. Es preciso tener en cuenta que las primeras ideas de la división de poderes implicaban la participación de la sociedad en el Estado, determinando el Derecho privado y, en menor medida, el Derecho público. Con la división de funciones se pasa a una nueva estructura en la que el Estado en el Derecho privado sólo delimita el marco de actuación de la sociedad y es libre en la determinación del Derecho público siempre que no afecte a determinados aspectos de la sociedad, como, por ejemplo, la propiedad mediante un sacrificio individual. Esta dualidad de aspectos se traspassa a la estructura del Estado mediante unas exigencias organizativas que derivan de la férrea diferenciación teórica entre las funciones definidas materialmente.

¹¹⁵ A modo de resumen la interpretación era la siguiente: la división de funciones se configuraba como un presupuesto del propio Estado, porque no todas las actividades que éste realizaba eran iguales. Estas funciones debían tener un correlato en la diferenciación de órganos en el interior del Estado, cumpliendo dos fines: garantizar la libertad y seguridad de los ciudadanos y hacer más efectiva la actividad estatal mediante la adecuación entre órgano y función. Esta diferenciación de funciones y órganos no conducía a la absoluta separación entre los mismos, al contrario debían coordinarse para cumplir los fines estatales y asegurar la unidad del Estado. Gerhard ZIMMER, *Funktion-Kompetenz-Legitimation*, cit. en nota 1; pág. 34.

¹¹⁶ Vid. Jürgen STAUPE, *Parlamentvorbehalt und Delegationsbefugnis*, Duncker & Humblot, Berlin, 1986, pág. 49.

¹¹⁷ Estado de Derecho concebido como aquél en el que las potestades de la Administración están legalmente establecidas y sólo se puede actuar de acuerdo a las leyes, Georg MEYER, *Lehrbuch des deutschen Staatsrecht(e)s*, 3ª edición, Duncker & Humblot, Leipzig, 1891, pág. 20. En la edición de ANSCHÜTZ, se añade a la anterior definición de Estado de Derecho la vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico, de modo que nunca se pueda contradecir una determinación legal y se intervenga en la libertad del ciudadano sin autorización legal previa. Georg MEYER/Gerhard ANSCHÜTZ, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, cit. en nota 78; pág. 29. En el mismo sentido de centrar el Estado de Derecho en la Administración, la definición de Otto MAYER, «Estado de Derecho como el Estado de la administración bien ordenada». Otto MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3ª edición, Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1924, págs. 58-59.

¹¹⁸ El principio de legalidad incluía también el sometimiento a la costumbre, lo que lo convertía en un auténtico principio de juridicidad. Otto von SARVEY, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit. en nota 78; pág. 19 y Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Gesetzgebende Gewalt*, cit. en nota 60; pág. 271.

¹¹⁹ Cfr. Conrad BORNHAK, *Preußisches Staatsrecht* tomo primero, 1ª edición, Akademische Verlagsgesellschaft, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Freiburg, 1888, pág. 432 y Georg MEYER, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht*, 4ª edición, Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1913, pág. 3.

¹²⁰ Georg MEYER, *Lehrbuch des deutschen Staatsrecht(e)s*, cit. en nota 117; pág. 21.

¹²¹ Otto von SARVEY, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit. en nota 78; pág. 21.

gún caso, a la teoría de la separación de poderes, de la que no se acepta que destruya la unidad estatal¹²².

Con estos presupuestos, se reconocen dos funciones¹²³, resultado, en última instancia, de la evolución de los derechos formales del monarca, antiguas regalías¹²⁴. La función legislativa y la función administrativa o ejecutiva¹²⁵.

En general, la legislación o función legislativa se define como la elaboración de normas. Solo varía (y mucho) lo que se entiende por norma¹²⁶. Para MEYER, por ejemplo, legislar es emitir preceptos generales o abstractos¹²⁷; JELLINEK sólo habla de abstracción, obviando la generalidad¹²⁸; BORNHAK la define como la emisión de normas jurídicas, forma externa de la regulación de las relaciones vitales¹²⁹. VON SEYDEL mantiene que norma es lo que determina las relaciones entre Estado y súbditos¹³⁰. De modo parecido, ANSCHÜTZ la entiende como creación del Derecho objetivo¹³¹. VON SARVEY encuentra el

¹²² Concretamente, en opinión de MEYER, existen cuatro razones para rechazarla. La primera que pone en peligro o no tiene en cuenta la unidad estatal, la segunda que mezcla las relaciones entre las funciones, la tercera que sitúa a todos los órganos en pie de igualdad, cuando está claro que todos los órganos están subordinados al legislativo y en cuarto lugar, la razón histórica de que en Inglaterra nunca se llegó a poner en práctica real. Cfr. Georg MEYER, *Lehrbuch des deutschen Staatsrecht(e)s*, 3ª edición, cit. en nota 117; pág. 22. BORNHAK achaca su fracaso a la idea de la soberanía que reduce la división orgánica a división en el ejercicio de las funciones del Estado. Conrad BORNHAK, *Allgemeine Staatslehre*, cit. en nota 119; pág. 141. V. SARVEY señala como principales defectos de la teoría, que se olvide de la administración, reduciendo al jefe del Estado a mero ejecutor de las leyes sin participación alguna en la legislación. La suma de estos dos elementos implicaba la imposibilidad de superar la fase del Estado de policía (*Polizeistaat*) y llegar al Estado de derecho porque la administración se quedaba al margen de los poderes del Estado. La segunda razón era que vulneraba la esencia del Estado al elevar las funciones al rango de poderes. Otto von SARVEY, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit. en nota 78; pág. 20.

¹²³ Por supuesto, no era unánime. ALBRECHT había defendido a mediados de siglo una división triple en la que el gobierno sólo era definible a través de la figura jurídica del veto. Citado por Ernst Rudolf BIERLING, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, reimpresión de la edición de Gotha 1877-1883, Scientia Verlag, Aalen, 1965, págs. 232-233.

¹²⁴ En este sentido, Norbert ACHTERBERG, *Probleme der Funktionlehre*, cit. en nota 3; pág. 11.

¹²⁵ La terminología varía, por ejemplo, LOENING habla de función de producción de la voluntad estatal para poder incluir a las disposiciones y a los reglamentos frente a función de ejecución de la voluntad. Vid. Edgar LOENING, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, Breitkopf-Härtel, Leipzig, 1884; pág. 225. JELLINEK simplemente habla de funciones materiales y nunca utilizaba términos como legislación o función administrativa. Vid. Georg JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3ª edición (1911), 7ª reimpresión, Hermann Gentner Verlag, Bad Homburg, 1960; pág. 610.

¹²⁶ KARPEN simplifica, por tanto, los términos cuando afirma que se llegó a un concepto de ley material igual a norma jurídica, basado en la generalidad. Vid. Ulrich KARPEN, «Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland», en *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1986, núm 1, pág. 14.

¹²⁷ Georg MEYER, *Lehrbuch des deutschen Staatsrecht(e)s*, 3ª edición, cit. en nota 117; pág. 19 y Karl Freiherr von STENGEL, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, Ferdinand Enke, Stuttgart, 1886, pág. 1. De manera semejante, vid. Edgar LOENING, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, cit. en nota 125; pág. 226.

¹²⁸ Georg JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit. en nota 125; pág. 610. Con esto, podría contener actos administrativos de carácter abstracto. Vid. Norbert ACHTERBERG, *Probleme der Funktionlehre*, cit. en nota 3; págs. 19-21.

¹²⁹ Conrad BORNHAK, *Preußisches Staatsrecht*, cit. en nota 119; págs. 432 y 441. Para LABAND, vid. Norbert ACHTERBERG, *Probleme der Funktionlehre*, cit. en nota 3; pág. 16.

¹³⁰ Max von SEYDEL, *Bayerisches Staatsrecht*, Literarische-artistische Anstalt Theodor Riedel, München, 1885; pág. 546.

¹³¹ Georg MEYER/Gerhard ANSCHÜTZ, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, cit. en nota 78; págs. 639-640.

elemento esencial de la legislación en el efecto vinculante de la declaración de voluntad de uno sobre la voluntad de otro, por lo que norma jurídica es cualquier mandato que uno deba obedecer y que condicione su actuación y su voluntad¹³².

La función administrativa o ejecutiva se caracteriza por su heterogeneidad y por su definición en muchas ocasiones, residual. No obstante, algunos autores defienden conceptos positivos. Es el caso de MEYER para el que es la regulación de actos individuales o concretos¹³³. También comparte esta idea BORNHAK¹³⁴. Una interpretación mucho más amplia y profunda la realiza V. SARVEY. Parte de la idea de que todas las funciones del Estado son, en principio, actividad administrativa, porque en sentido general todo órgano del Estado administra. La administración, en sentido estricto, es un concepto teleológico, ya que es la actividad de los órganos del Estado dirigida al cumplimiento de las tareas comunes y a la satisfacción de las necesidades, alcanzando este fin mediante un éxito reconocible y efectivo en el mundo exterior o mediante la realización de los intereses públicos o generales. Por tanto, la administración es una actividad finalista y directa o fáctica¹³⁵.

La función administrativa suele dividirse en dos, sin que quede claro si éstas son funciones realmente distintas o sólo expresiones de una misma función. En este sentido, MEYER, aunque luego dé una definición distinta de cada una de las vertientes. Concretamente, la judicial sería la actividad de mantenimiento del ordenamiento jurídico y la administrativa, el cuidado de los intereses del Estado y del pueblo. También Otto MAYER habla del mantenimiento del ordenamiento jurídico como definición de la actividad judicial, pero añade que muchos actos administrativos cumplen con este fin¹³⁶. Por su parte, BORNHAK da la siguiente definición de la actividad judicial: la decisión de disputas civiles entre privados y la imposición de penas¹³⁷. Finalmente, para V. SARVEY, la tarea de protección del ordenamiento jurídico no es específica de ningún órgano. Su definición de la función judicial, función determinada subjetivamente, es la actividad específica de comprobación del ordenamiento jurídico, que se convierte en mantenimiento del ordenamiento sin prestar atención a otros intereses privados o públicos¹³⁸.

En consecuencia, era una opinión compartida que administración y jurisdicción no eran funciones materiales distintas, sino que su separación prove-

¹³² Otto von SARVEY, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit. en nota 78; pág. 8.

¹³³ Georg MEYER, *Lehrbuch des deutschen Staatsrecht(e)s*, cit. en nota 117; pág. 19 y Karl Freiherr von STENGEL, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht*, cit. en nota 127; pág. 1.

¹³⁴ Conrad BORNHAK, *Allgemeine Staatslehre*, cit. en nota 119; pág. 142. Igualmente JELLINEK, la define como realización de tareas concretas Georg JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit. en nota 125; pág. 610.

¹³⁵ Otto von SARVEY, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit. en nota 78; págs. 5-6.

¹³⁶ Georg MEYER, *Lehrbuch des deutschen Staatsrecht(e)s*, cit. en nota 117; pág. 20. Otto MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1ª edición, Duncker & Humblot, Leipzig, 1895-1896, pág. 8.

¹³⁷ Conrad BORNHAK, *Preußisches Staatsrecht*, cit. en nota 119; pág. 433.

¹³⁸ Vid. Otto von SARVEY, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit. en nota 78; págs. 12-13. En el mismo sentido, Edgar LOENING, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, cit. en nota 125; pág. 2.

nía de la diferenciación orgánica, resultado histórico que nace en la Revolución Francesa y que, por tanto, lo judicial no es, en sentido estricto, una función estatal diferenciada¹³⁹.

Incluso, la función administrativa en sentido estricto, no es totalmente homogénea. Se puede dividir en función de gobierno y función ejecutiva¹⁴⁰. Mediante la función de gobierno¹⁴¹ se asegura que el interés general se vea salvaguardado por la iniciativa permanente y la ordenación, mientras que la ejecutiva pura consiste en el cumplimiento del interés general mediante la ejecución legal que implica una diferencia entre la voluntad del que ejecuta y la voluntad del que regula, por tanto, una relación que no es de subsunción porque, en ella se expresan dos voluntades¹⁴².

En cuanto a las relaciones entre las funciones, la legislación es la superior¹⁴³ gracias a que sirve a la producción de normas. No obstante, en la monarquía constitucional, al legislador le corresponde sólo un catálogo cerrado de materias (la reserva de ley) en las que el monarca queda vinculado por la decisión parlamentaria¹⁴⁴. Con el paso del tiempo, el número de materias en manos del legislativo fue aumentando.

¹³⁹ Así, Georg MEYER, *Lehrbuch des deutschen Staatsrecht(e)s*, cit. en nota 117; págs. 536 y 545. Respecto a la opinión de MEYER vid. Norbert ACHTERBERG, *Probleme der Funktionlehre*, cit. en nota 3; pág. 28. Para BORNHAK es más claro. El poder judicial no está acompañado de una función. Conrad BORNHAK, *Allgemeine Staatslehre*, cit. en nota 119; pág. 142. La diferencia entre ambas vertientes estaría determinada por la diferencia del presupuesto de actuación, así la administración actuaría porque lo exige el interés público y la justicia porque ha habido una lesión jurídica. Esta interpretación tiene reminiscencias kantianas Otto von SARVEY, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit. en nota 78; pág. 13. En V. STENGEL la justicia sería un tipo de administración, pero tiene una serie de características que la hacen especial. Karl Freiherr von STENGEL, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht*, cit. en nota 127; pág. 6. También JELLINEK las interpreta como una única función: la ejecutiva. En ella, distingue la parte judicial de la administrativa. La diferenciación intrafuncional estriba en la diferenciación entre decisión y control, puesto que los jueces y tribunales necesitan de una previa acción, siendo su fin fijar lo incierto, reconocer circunstancias, estados o intereses. Georg JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit. en nota 125, pág. 610.

¹⁴⁰ BORNHAK distingue entre Gobierno y Administración, pero sólo desarrolla un concepto subjetivo de división por el que el Gobierno es órgano constitucional y la Administración una suma de autoridades. Por el contrario, funcionalmente, el Gobierno cumple tanto las llamadas aquí, funciones de gobierno; es decir, en las que la vinculación a la ley es negativa, como las funciones de mera ejecución legal. Conrad BORNHAK, *Allgemeine Staatslehre*, cit. en nota 119; pág. 151.

¹⁴¹ Von SARVEY equipara la función de gobierno simplemente a la noción de poder. El término poder hace referencia a la relación entre actuante y objeto como suma de potestades por las que se vincula a otro. Otto von SARVEY, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit. en nota 78; pág. 23. JELLINEK niega la diferenciación francesa en el ámbito del poder ejecutivo entre gobierno y administración y propone centrar el poder ejecutivo en el gobierno. Georg JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit. en nota 125; págs. 617 y ss.

¹⁴² Estas voluntades pueden ser independientes las unas de las otras, de manera que el jefe del Estado que participa en la legislación puede también ser un órgano ejecutivo. Otto von SARVEY, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit. en nota 78; pág. 22.

¹⁴³ Las consecuencias de esta superioridad son diversas, pero prima la idea de que supone la ausencia de límites. Georg MEYER, *Lehrbuch des deutschen Staatsrecht(e)s*, cit. en nota 117; pág. 21 y Otto von SARVEY, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit. en nota 78; pág. 8.

¹⁴⁴ Dice BORNHAK que quien quiera ver en este aspecto un resto del absolutismo tendría históricamente razón, pero que la monarquía constitucional no está apoyada sólo en este presupuesto. Conrad BORNHAK, *Allgemeine Staatslehre*, cit. en nota 119; pág. 145. En sentido de valoración positiva, Karl GÖZ, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, J.C.B. Mohr (Paul Stebeck), Tübingen, 1908; pág. 219. Este presupuesto permite construir un concepto de ley como límite entre las competencias del órgano popular y el monarca. Gerhard ZIMMER, *Funktion-Kompetenz-Legitimation*, cit. en nota 1; pág. 38.

En todo caso, esta intervención –limitada materialmente– del representante del pueblo o de los estamentos tenía la contrapartida de la exclusividad (reserva de ley)¹⁴⁵. De ahí que la reserva de ley se convierta en la garantía principal¹⁴⁶ de la independencia del legislativo frente a las intromisiones gubernamentales¹⁴⁷. De esta forma, la reserva de ley, resultado de la diferenciación de funciones entre legislativo y ejecutivo viene a cumplir el mismo fin que la «denostada» división de poderes¹⁴⁸.

Por otra parte, la equiparación funcional entre jurisdicción y administración más que el fundamento teórico busca limitar el activismo judicial en la aplicación de la ley¹⁴⁹.

Como hemos indicado, las posiciones respectivas de los poderes se establecen en relación con las funciones que cumplen. El legislativo está, por tanto, en una posición superior; jueces y administración se limitan subordinadamente a aplicar las leyes. Sin embargo, esta relación lineal no es aplicable al Gobierno, pues no está vinculado positivamente a la ley, sino negativamente¹⁵⁰.

No obstante, la asignación de las funciones a los poderes no se reputa como perfecta. Para ello, hay dos tipos de explicaciones¹⁵¹. La primera asume, como lógica, la situación de asimetría y distingue entre las definiciones de las funciones teóricas (o funciones materiales) y las definiciones que engloban las potestades y competencias concretas que cada Constitución reconoce a los órganos (funciones formales)¹⁵². De esta manera, el Derecho positivo se convierte en un entramado de invasiones funcionales, que rompen la simetría que debería presidir la asignación de funciones a órganos¹⁵³.

¹⁴⁵ La exclusividad está referida únicamente al ejercicio de las funciones. Gerhard ANSCHÜTZ, *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preußischen Staatsrecht*, 2ª edición, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen-Leipzig, 1901, pág. 11. Vid. Jürgen STAUPE, *Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis*, cit. en nota 116, pág. 44.

¹⁴⁶ También es la garantía de la libertad del individuo. Es decir, la reserva de ley garantiza que no pueda haber ninguna acción contra la esfera de libre actuación del ciudadano que no haya sido consentida por sus representantes. Vid. Ulrich KARPEN, «Zum gegenwärtigen Stand de Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland», cit. en nota 126; pág. 15.

¹⁴⁷ Por tanto, una reserva ante la arbitrariedad del otro poder del Estado: el monarca. Vid. Fritz OSSENBÜHL, «Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen», en GÖTZ/KLEIN/STARCK (Dirs.), *Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle*, C.H. Beck, München, pág. 15.

¹⁴⁸ No hay, por el contrario, un interés en elaborar una reserva en favor de los otros poderes del Estado por la sencilla razón de que la reserva de ley actúa limitando las posibles actuaciones del Parlamento más allá de los que le está reservado y evita el peligro de la invasión social de los márgenes propios del Estado. MAURER añade que no era preciso una reserva de Ejecutivo, porque además el monarca participaba en la elaboración de la ley. Vid. Hartmut MAURER, «Der Verwaltungsvorbehalt», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Vol 43, Berlin-New York, 1985, pág. 142.

¹⁴⁹ Gerhard ZIMMER, *Funktion-Kompetenz, Legitimation*, cit. en nota 1; pág. 38.

¹⁵⁰ Vid. por todos, Conrad BORNHAK, *Allgemeine Staatslehre*, cit. en nota 119; pág. 151.

¹⁵¹ Ambos tienen un punto de partida común, consistente en que la determinación de funciones y su asignación teórica implica una reserva y exclusividad de las mismas para los órganos que el derecho positivo no respeta. Gerhard ZIMMER, *Funktion-Kompetenz -Legitimation*, cit. en nota 1; pág. 39.

¹⁵² Así en Georg MEYER, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht*, cit. en nota 117; pág. 5 y Karl Freiherr von STENGEL, *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrecht*, cit. en nota 127; págs. 6-7 que en este punto se separa de HAENEL.

¹⁵³ Entre legislador y administración hay dos rupturas principales. El legislador puede dictar leyes de contenido administrativo, mientras que el Gobierno y los órganos inferiores de la Administración pueden

La segunda interpretación, por el contrario, entiende que las funciones del Estado pueden ser, ya en el plano teórico, formales o materiales. Esto es consecuencia¹⁵⁴ de que en el plano teórico se pueden distinguir, como se hacía en las regalías, entre lo formal, como medio de expresión y lo material, en el sentido de materia sobre la que versa la decisión. El problema aparentemente irresoluble y que conlleva la diferenciación entre función material y función formal es que este doble contenido es irreductible a una definición unitaria. De los dos entendimientos, el primero fue claramente dominante.

La cuestión posterior, común ya a ambas interpretaciones, es que cualquier intento de definición material carece, en general, de un efecto jurídico concreto. Por eso, algunos autores¹⁵⁵ restaron importancia a la diferenciación y otros acabaron por defender una interpretación formalizada y subjetiva de las competencias de los distintos órganos¹⁵⁶. El Derecho positivo les apoyaba en dicha conclusión¹⁵⁷.

Esta pérdida de relevancia jurídica de las definiciones materiales dio pie, en los momentos finales del Imperio, a entender las funciones del Estado, simplemente, como funciones formal-subjetivas; lo que supuso invertir el orden de la relación entre funciones y órganos, pues normalmente, aquéllas condicionaban la actividad de éstos y con las definiciones formal-subjetivas, las funciones se definen en relación con los órganos encargados de ejercerlas¹⁵⁸.

Por supuesto, algún autor –caso de LOENING– defendió soluciones intermedias. Aun distinguiendo dos funciones materiales, lo que le importaba era el modo de expresión de las mismas. Cada modo de expresión se caracteriza por tener un procedimiento distinto y, en el caso de la ley y el reglamento, por

dictar normas; es decir, leyes materiales bajo la forma de reglamento. Entre jueces y Administración también se da el caso de que los jueces desarrollan actividades que funcionalmente son administrativas como es el caso de la jurisdicción voluntaria. A la vez la función judicial sólo en materia civil y penal es competencia exclusiva de los tribunales ordinarios existiendo una protección ante la actuación administrativa propia. Georg MEYER, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht*, cit. en nota 117; págs. 4-5 y 457.

¹⁵⁴ La razón de la asimetría radica en que forma y contenido implican elementos distintos, puesto que la forma determina el origen y modo de expresión de la voluntad estatal y el contenido, los efectos. Es decir, cuando se dice que la ley actúa como orden de una norma jurídica, se está obviando su origen y su forma. Esta explicación de la imposibilidad de que case lo formal y lo material conduce a una clasificación de las actividades del Estado en atención a su modo de expresión; es decir, atendiendo a la relación procedimental de los sujetos que elaboran la voluntad del Estado. Habría tres tipos de actos: actos de voluntad estatal del monarca con la colaboración del representante popular, del monarca, pero ejercido a través de órganos especiales, bajo parámetro legal y los de dominio del monarca por sí mismo. Max von SEYDEL, *Bayerisches Staatsrecht*, cit. en nota 130; págs. 540-541.

¹⁵⁵ Lo consideraba un simple concepto de la teoría general del derecho, sin efecto jurídico alguno. Georg MEYER/Gerhard ANSCHÜTZ, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, cit. en nota 78; pág. 640.

¹⁵⁶ Conrad BORNHAK, *Preußisches Staatsrecht*, cit. en nota 119; págs. 433-434 y Max von SEYDEL, *Bayerisches Staatsrecht*, cit. en nota 130; pág. 540.

¹⁵⁷ Al respecto, Vid. Jürgen STAUPE, *Parlamentsvorbehalt und Delegationbefugnis*, cit. en nota 116., pág. 49.

¹⁵⁸ Vid. Karl GÖZ, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, cit. en nota 144; pág. 210 y ss. En este caso, el ejemplo de la propia constitución de Württemberg que desconocía figuras como la de la reserva de ley facilitaba una interpretación formalizada de las funciones del Estado. La ley como producto de la voluntad conjunta del representante del pueblo y del monarca puede tener cualquier contenido. En cuanto a la función administrativa se equipara a la actuación del gobierno en el marco de las fronteras trazadas –vinculación negativa– por el ordenamiento jurídico.

proceder de un órgano del Estado distinto; sin embargo, en muchas ocasiones, cumplen la misma función estatal¹⁵⁹.

Esta visión general de la definición de las funciones y de los poderes en Alemania permite esbozar dos o tres ideas claves. La primera, la constatación del carácter meramente aproximativo de la regla de la asignación perfecta de funciones a órganos por ser un mero producto teórico. En segundo término, la consiguiente separación entre las funciones de la Teoría General y las también llamadas funciones (formal-subjetivas) que resumen toda la actividad que puede llevar a cabo un órgano del Estado, de acuerdo con el Derecho positivo. Tercero y a pesar de lo anterior, el mantenimiento como regla general de la asignación de funciones de la Teoría General a los órganos.

Dicho lo anterior, no han de perderse de vista algunas construcciones doctrinales específicas sobre las funciones que se fueron elaborando en este período.

4.2. *Las últimas referencias a los derechos del soberano. Las funciones como derechos formales. Ludwig von RÖNNE, Carl Friedrich von GERBER y Ernst Rudolf BIERLING*

Von RÖNNE equipara los derechos formales del soberano con las funciones. Por tanto, sólo reconoce dos: legislativa y ejecutiva. La función legislativa es la potestad jurídica de normar las relaciones entre los Estados, así como las de los ciudadanos en el ámbito de los fines estatales¹⁶⁰. La función ejecutiva consiste en realizar estas normas, entendido realizar como llevarlas a la práctica, lo que implica, a su vez, dos actividades distintas: la simple ejecución y la vigilancia y ordenación, que puede exigir de la creación de normas (secundarias) para la seguridad y bienestar del conjunto. Esto supone su disgregación en cuatro tipos de actuaciones que sólo formalmente son equiparables y que responden parcialmente a los clásicos derechos de soberanía materiales: el derecho de alta inspección sobre la Administración (en realidad, se piensa en el ejecutivo como monarca), el derecho de ordenar todos los presupuestos jurídicos y materiales de la ejecución, la posibilidad de obligar al cumplimiento de las leyes y, en casos excepcionales, dispensar del cumplimiento de las mismas¹⁶¹. Por último, dentro de la función ejecutiva, una parte sólo se realiza en nombre del monarca: la actividad judicial¹⁶².

Al igual que V. RÖNNE, V. GERBER¹⁶³ equipara los clásicos derechos del soberano formales con las funciones que son sólo la legislativa y la ejecutiva. A

¹⁵⁹ Edgar LOENING, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, cit. en nota 125; pág. 226 y ss.

¹⁶⁰ La diferencia con la época anterior es que von RÖNNE ya va de la función a los antiguos derechos formales y no al revés. Este cambio de perspectiva demuestra su modernidad, poco después sólo se hablará de funciones. Ludwig V. RÖNNE, *Das Staatsrecht der preubischen Monarchie*, cit. en nota 88; pág. 141.

¹⁶¹ Ludwig V. RÖNNE, *Das Staatsrecht der preubischen Monarchie*, cit. en nota 88; pág. 170.

¹⁶² Ludwig V. RÖNNE, *Das Staatsrecht der preubischen Monarchie*, cit. en nota 88; pág. 186.

¹⁶³ V. GERBER concibe el poder del Estado, persona jurídica abstracta que se corporeiza a través de la persona del monarca. Asimismo, marca de modo contundente la separación entre la órbita estatal y la indi-

la función legislativa pertenece todo lo que incida en la esfera de los ciudadanos, razón que obliga al Estado (monarca) a configurar la ley mediante la participación de la sociedad¹⁶⁴.

Asimismo, distingue la Administración de los jueces en el seno del poder que ejecuta las leyes¹⁶⁵. Esta diferenciación no es baladí, pues está determinada por el hecho de que la actividad de gobierno no puede ser mera aplicación de la ley¹⁶⁶.

Por su parte, Ernst Rudolf BIERLING clasificó también la actividad del Estado en función de criterios formales y materiales¹⁶⁷. En atención a los primeros admite que hay dos opiniones: la que distingue sólo dos funciones que serían gobierno y administración y la que distingue tres: gobierno, legislación y administración¹⁶⁸. En cuanto a la clasificación en función de criterios materiales distingue entre la regulación de las relaciones jurídicas entre miembros de la sociedad, la ejecución de todas las medidas posibles para obtener el fin del bien común y la evitación del daño, el mantenimiento del Estado y la relación del Estado con otros Estados. La primera corresponde a la administración de justicia, la segunda a la de policía y social, la tercera incluye la administración militar y financiera y, por último, la administración internacional. Hay así un paralelismo evidente con las clasificaciones clásicas de los derechos materiales del soberano, por una parte, y con la obra posterior de HAENEL, por otra¹⁶⁹.

4.3. *La distinción entre la voluntad y el hecho en la definición de las funciones de VON STEIN*

La elaboración teórica de Lorenz VON STEIN traza una nueva vía centrada en la distinción de fases en la acción estatal que, en parte coinciden con las establecidas por ROUSSEAU. Para él, se podrían establecer tres niveles en el Estado: el subjetivo, representado por el jefe del Estado o *yo* del Estado; el poder legislativo, autodeterminación del Estado o voluntad del Estado y el poder ejecutivo que es la realización verdadera y fáctica de la Constitución,

vidual o social. Los derechos individuales suponen el límite de la actuación estatal, aunque puedan ser sacrificados por razón de un interés superior, por tanto, no son verdaderas situaciones de poder, sino que están sometidas al interés general y al Estado. Carl Friedrich von GERBER, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, cit. en nota 82, págs. 19-20.

¹⁶⁴ Carl Friedrich von GERBER, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, cit. en nota 82; pág. 146.

¹⁶⁵ Carl Friedrich von GERBER, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, cit. en nota 82; págs. 27 y 34-35.

¹⁶⁶ Hay partes en la evolución y desarrollo de la vida del pueblo que exigen una progresiva adaptación a las circunstancias que el legislador por la estructura de su procedimiento no puede hacer. Carl Friedrich von GERBER, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, cit. en nota 82; págs. 67 y 118.

¹⁶⁷ Ernst Rudolf BIERLING, *Zur Kritik der juristische Grundbegriffe*, cit. en nota 123, pág. 230.

¹⁶⁸ BIERLING no se decanta por ninguna de las dos, a ambas les reconoce el mérito de reducir lo judicial a una rama del ejecutivo, ya que no corresponde realmente a ninguna función formal del Estado. Vid. Ernst Rudolf BIERLING, *Zur Kritik der juristische Grundbegriffe*, cit. en nota 123; pág. 231.

¹⁶⁹ Ernst Rudolf BIERLING, *Zur Kritik der juristische Grundbegriffe*, cit. en nota 123; págs. 236-237.

caracterizado por el hecho¹⁷⁰. Éste debe ser idéntico, en principio, a la voluntad. No obstante, la variabilidad del objeto sobre el que recae la voluntad configura el núcleo de la ejecución, que define como la adaptación de la voluntad a la realidad (objeto) variable.

La autodeterminación (o voluntad) del Estado se determina por medio del procedimiento legislativo que unifica las voluntades individuales en busca de la armonía del interés general¹⁷¹. Cuando la voluntad que representa el interés general concurre con la sanción, que expresa la voluntad real, surge la ley. La ley es sólo el primer momento del conjunto de la acción estatal, falta realizarla, es decir, ejecutarla. Ésta es la labor del ejecutivo que se caracteriza frente al legislativo por su permanencia temporal y por su autonomía.

En dicha ejecución, caracterizada por el hecho, se combinan, de nuevo, dos momentos: la voluntad, marcada por la ley y el objeto, dado por la realidad. La ejecución está subordinada, pues, a la voluntad estatal, pero en cada caso y dadas las circunstancias del entorno, la ejecución puede variar. En consecuencia, la Administración¹⁷² goza de cierta autonomía. La misma no rompe la unidad del Estado gracias al Derecho administrativo y a la sujeción a éste de la acción administrativa.

Junto a la voluntad y el objeto, V. STEIN reconoce un tercer elemento de la ejecución: la libertad del ciudadano como miembro activo del Estado. En el poder ejecutivo se vienen a congregar los tres elementos en tres estructuras: la Administración, elemento objetivo, el Gobierno, momento unificador que expresa la voluntad estatal, y la autoadministración, elemento de participación del ciudadano que implica una voluntad propia, aunque reconducible, en última instancia, a la estatal¹⁷³.

En la misma línea, pero con matizaciones, V. STEIN admite el ejercicio del poder del Estado por parte de más de un órgano y defiende la necesidad de la interrelación entre los mismos. Ahora bien, ninguna función ejercida por un órgano reconducible al Estado representa una acción aislada, pues de lo contrario, primaría el interés especial (del órgano) sobre el general (del Estado)¹⁷⁴.

¹⁷⁰ La configuración del jefe del Estado como un yo unificador tiene también la consecuencia de desplazarlo a la esfera de una figura que ya no interviene de manera directa ni en la legislación ni en la ejecución. Cfr. Lorenz von STEIN, *Die Verwaltungslehre*, cit. en nota 83, págs. 8-10. En el mismo sentido, vid. Edgar LOENING, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, cit. en nota 125, pág. 225. En contra, de esta división entre voluntad y hecho como razón para la división entre legislativo y ejecutivo, BLUNTSCHLI, *Allgemeine Staatslehre*, 5ª edición, J.C. Cotta'schen Buchhandlung, Stuttgart, 1875; pág. 592.

¹⁷¹ Ahora bien, siempre existe el peligro del triunfo de un interés especial. El peligro existe si sólo participa la Nación por medio de sus representantes. Para evitarlo es necesario que el jefe del Estado sancione la voluntad de la Nación. Lorenz von STEIN, *Handbuch der Verwaltungslehre*, J.C. Cotta'sche Buchhandlung, Stuttgart; 1876. págs. 18-20.

¹⁷² Lorenz von STEIN, *Die Verwaltungslehre*, cit. en nota 83, pág. 13.

¹⁷³ Por eso, se hallan en una relación de tensión Gobierno y autoadministración al ser posible que las voluntades sean distintas y no concuerden. Lo que deja en la duda es como es posible la existencia de dos voluntades no unificadas por el monarca cuando éste es la personificación del Estado, entendido como la suma del Estado-aparato y sociedad. Vid. Lorenz von STEIN, *Handbuch der Verwaltungslehre*, cit. en nota 171; págs. 22-24.

¹⁷⁴ Esto es aplicable a la expresión del propio órgano que en cada actuación debe aparecer como expresión única del conjunto del Estado. Lorenz von STEIN, *Handbuch der Verwaltungslehre*, cit. en nota 171; pág. 15.

De esta necesaria conjunción entre órgano y función¹⁷⁵ surge el concepto global de poder del Estado, entendido como función de un órgano individual, para el conjunto y en nombre del conjunto. Como las formas de manifestación de las funciones y las propias funciones son múltiples, tiende a aumentar el número de los poderes del Estado¹⁷⁶. Para evitar este crecimiento exponencial, V. STEIN reclama una restricción, eminentemente teórica, de las funciones a las que considera esencialmente distintas, las que responden a los dos momentos básicos de la actuación del Estado: legislación y ejecución¹⁷⁷.

Esta última afirmación de V. STEIN es un buen ejemplo de cómo se amalgama la división funcional, restringida a las funciones principales, y la pluralidad de órganos, intentando dar una explicación a la articulación órgano-función distinta a las habituales de la división o separación de poderes, aunque sin gran éxito.

4.4. *La supra y subordinación de los poderes como consecuencia de la diversidad de las funciones que cumplen en Rudolf von GNEIST*

Rudolf von GNEIST no desarrolló una teoría completa de las funciones del Estado, pero sí señaló algunas diferencias entre las funciones legislativa y gubernativa. Las dos funciones aparecían primariamente asignadas a los dos poderes principales: el legislativo y el gobierno¹⁷⁸. A partir de esta asignación se establecen entre los poderes relaciones concebidas en términos de supra y subordinación. La división de poderes, como mecanismo de limitación, sirve tanto contra el absolutismo real como contra el absolutismo popular, pero el cambio de sujeto al que se pretende limitar conlleva una serie de consecuencias¹⁷⁹. Esto se expresa en lo que llamó la construcción inversa del Estado, *der umgekehrte Staatbau*, que implica que el Estado, bajo el absolutismo democrático, actúa como órgano de voluntad de la sociedad y no, como en el absolutismo monárquico en el que la sociedad está subordinada a la voluntad unitaria del Estado. Los tres poderes se ordenan, en consecuencia, de modo inverso. Si el gobierno en la «construcción normal» es el centro de todo poder, en la inversa se sitúa al legislativo en esa posición. La existencia de una segunda cámara es, en esta visión democrática, un obstáculo para el desarrollo de la voluntad popular. A los jueces no les afecta la inversión, siguen siendo los conservado-

¹⁷⁵ El poder del Estado en el plano individual consiste en la totalidad de la fuerza activa de cada órgano como unidad. Lorenz von STEIN, *Handbuch der Verwaltungslehre*, cit. en nota 83; págs. 15-16.

¹⁷⁶ Lorenz von STEIN, *Handbuch der Verwaltungslehre*, cit. en nota 171; pág. 16.

¹⁷⁷ Luego, distingue órganos y función. Los órganos están divididos en el Derecho positivo y pueden ser múltiples e/o individuales, mientras que las funciones son limitadas en número y representan la totalidad. Es decir, los órganos poseen cierta cualidad independiente; pero ejercen funciones estatales que son siempre representación del entero poder estatal.

¹⁷⁸ Vid. Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Gesetzgebende Gewalt.*, cit. en nota 60; pág. 168.

¹⁷⁹ Sin duda, la reflexión inicial es excelente. Ésta reflexión inicial se hace desde el estudio del caso francés. Para el mismo problema, la posible concentración del poder en unas manos, la misma receta. Cfr. Rudolf V. GNEIST, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, cit. en nota 47; pág. 166.

res de los fines del Estado, función, fortalecida con la independencia y el carácter funcional; pero su actuación se restringe a las materias civil y penal¹⁸⁰.

En Alemania, la inversión nunca llegó a producirse. El ejecutivo seguía siendo el poder primario que realiza más funciones que la mera ejecución mientras que el legislativo, bicameral, poseía el carácter de reunificación orgánica de Estado y sociedad, pero no había pasado de ser un consejo legislativo que ayuda, pero no determina la decisión estatal, sin embargo, los jueces sí habían evolucionado hacia una posición intermedia entre Estado y sociedad, nacida con la consolidación del Estado de Derecho¹⁸¹.

4.5. La separación «relativa» de poderes como expresión de la adecuación entre funciones y órganos en Johann Caspar BLUNTSCHLI

Parte de la negación del carácter ilimitado de la soberanía en el ámbito de un Estado representativo, por ser contrario a las libertades y derechos de los ciudadanos y la especialización de los poderes¹⁸². Esta última significa que, aunque el Estado tiene una base unitaria, en el interior del mismo se producen separaciones «relativas» de poderes; es decir, distribuciones de las funciones entre los órganos que lo conforman. Esto cambia los fines de la separación, que ya no se limita a la garantía de la libertad, sino que se extiende a que cada función sea realizada por el órgano más adecuado para ello¹⁸³.

El problema surge con la constatación de que no existe en ningún derecho positivo una correspondencia exacta entre función y órgano¹⁸⁴. ¿Cómo resuelve esta cuestión? Básicamente mantiene tres funciones objetivas o teóricas¹⁸⁵ que como regla general se asignan a otros tantos órganos, pero con adaptaciones en función de las excepciones.

Concretamente, se plantea el problema del Gobierno, porque sus funciones son materialmente de creación, pero formalmente está considerado como ejecutivo, término que supone la existencia de un elemento anterior en el tiempo y superior en rango que ha de ser ejecutado¹⁸⁶. No obstante, no resuelve dicho problema.

¹⁸⁰ Rudolf V. GNEIST, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, cit. en nota 47; págs. 166-172.

¹⁸¹ Así, «In dem inneren Bau der englischen Parlamentsverfassung liegt jenes gelöbte Problem der Verbindung von Staat und Gesellschaft, welches die gesonderte Doktrin vom «Staat» und von der «Gesellschaft» nicht zu lösen vermag». Rudolf V. GNEIST, *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg, Staatsverwaltung und Selbstverwaltung nach englischen und deutschen Verhältnissen*, Verlag von Julius Springer, Berlin 1869, pág. 3.

¹⁸² Con este planteamiento, la separación de poderes conduce para él a una aplicación errónea de un principio correcto: el de la división funcional. Cfr. Johann Caspar BLUNTSCHLI, *Allgemeine Staatslehre*, cit. en nota 170; págs. 561-563.

¹⁸³ Al igual que sucede en la naturaleza en la que el ojo sirve para ver porque es lo más adecuado o la boca para comer. Johann Caspar BLUNTSCHLI, *Allgemeine Staatslehre*, cit. en nota 170; pág. 589.

¹⁸⁴ Johann Caspar BLUNTSCHLI, *Allgemeine Staatslehre*, cit. en nota 170; pág. 592.

¹⁸⁵ Johann Caspar BLUNTSCHLI, *Allgemeine Staatslehre*, cit. en nota 170; pág. 590.

¹⁸⁶ La noción de poder ejecutivo se queda corta para las funciones del Gobierno, pero vale para la Administración. Johann Caspar BLUNTSCHLI, *Allgemeine Staatslehre*, cit. en nota 170; pág. 595.

Finalmente, en el poder-función judicial, distingue entre poder sentenciador y poder juzgador. Así, sentenciar –aplicar a un caso único el Derecho general– no es una función obligatoria y exclusiva del Estado, sin embargo, juzgar –proteger el Derecho y utilizarlo para resarcir las lesiones de los derechos de los individuos y del ordenamiento jurídico– sí es una función obligatoria del Estado que se encarga a magistrados-funcionarios estatales. La función de juzgar (como función estatal) es la función judicial material¹⁸⁷.

4.6. *El debate sobre la diferenciación entre funciones formales y materiales:*

LABAND contra HAENEL

El punto culminante de la discusión sobre las funciones en la Alemania de finales del siglo XIX fue, sin duda, la polémica sostenida entre LABAND y HAENEL. Ese debate sobre las funciones tuvo su origen en el debate sobre el concepto material de ley.

Al hilo del estudio de la naturaleza jurídica del Imperio alemán¹⁸⁸, LABAND llegó a la conclusión de que la soberanía no era esencial al Estado, es más, el Estado con la soberanía pasaba de ser sujeto del derecho a ser objeto de un derecho ajeno.

Este negación tajante de la soberanía le permitió criticar duramente a la separación de poderes por su carácter reduccionista y desintegrador¹⁸⁹. En efecto, dicho principio está articulado sólo en las posiciones jurídicas de los órganos o, en su terminología, en la vertiente subjetiva del poder¹⁹⁰. Ahora bien, la dinámica estatal implica la existencia de una vertiente objetiva y absoluta en atención a la naturaleza de los actos estatales: la división objetivo-material de los poderes¹⁹¹. En la separación de poderes, las funciones materiales quedan supeditadas y absorbidas por las subjetividades orgánicas. De esta manera, las funciones estatales objetivas han sufrido un proceso de subjetivación con la consiguiente fragmentación del poder estatal único entre «presun-

¹⁸⁷ La no exclusividad de la función de sentenciar se demuestra en la experiencia histórica de los jueces legos. La función judicial ya incluye la ejecución de sentencias, salvo que por las dificultades materiales fuera necesario acudir a la fuerza de la Administración. Johann Caspar BLUNTSCHLI, *Allgemeine Staatslehre*, cit. en nota 170; págs. 594 y 595.

¹⁸⁸ En especial, el problema planteado era si se trataba de una persona jurídica de Derecho público o por el contrario de una relación jurídica entre los Estados federados. Los defensores del carácter de relación jurídica se apoyaban en la idea de que cada Estado independiente era soberano y no podía renunciar a tal soberanía por el hecho de formar parte de la Federación. Paul LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Scientia Verlag, Aalen, 1964; Tomo I, § 9, pág. 88.

¹⁸⁹ Críticas que CARRÉ suscribe y recoge. CARRÉ de MALBERG, *Contribution a la Théorie générale de l'État*, cit. en nota 32; Tomo II, pág. 14.

¹⁹⁰ Paul LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, cit. en nota 188; tomo segundo, 64, pág. 172.

¹⁹¹ El adjetivo material (*inhaltlich*) se entiende como dotado de contenido y se opone a la forma, concebida como continente. Las funciones, en este momento, sólo se conciben como materiales u objetivas. Cada función es perfectamente diferenciable de las demás y también definible. Se ha producido respecto a las antiguas clasificaciones de las regalías una importante modificación que consiste en que antes lo material se relacionaba con la actividad; es decir, financiera, internacional, etc., y ahora, material sólo hace referencia a la definición objetiva de la función que puede abarcar una multiplicidad de materias.

tas» personas distintas. Además, la función asignada a cada órgano no suele coincidir, por razones de índole política, con las funciones objetivas; falta de coincidencia, extraída del derecho positivo, que tiene evidentes consecuencias jurídicas.

Ahora bien, es obvio que el componente objetivo de las funciones (la función en sí misma) influye en la organización concreta de los órganos estatales. Por ejemplo, las peculiaridades de la función legislativa dan lugar a un sujeto distinto al monarca¹⁹², cuyo fin es limitar la posibilidad de un ejercicio arbitrario del poder por parte de éste. Lo mismo sucede con el poder judicial¹⁹³. La directa incidencia en los ciudadanos de la tarea judicial exige que las autoridades judiciales estén subordinadas a la ley material, siendo, al mismo tiempo, independientes de las órdenes del jefe del Estado¹⁹⁴.

La función legislativa y la judicial conllevan, por tanto, algunas características organizativas especiales en atención a su contenido material. El resto de la actividad estatal es reconducible a un único concepto. La idea clave es la actuación sobre la realidad, que es la auténtica administración porque en ella siempre se busca un fin. El elemento teleológico es así el definidor de la función administrativa¹⁹⁵.

Con esto ya están definidas las dos funciones materiales: la de creación del Derecho o legislación y la «actuación» para la obtención de un fin determinado o administración¹⁹⁶. Trasladado al plano de las decisiones, la ley sería el motivo y la «actuación», el fin. En resumen, toda la actividad estatal es una sucesión de actividades jurídicas y fácticas en orden a alcanzar un fin (interés general) que es precisamente el que otorga la unidad al sistema¹⁹⁷.

¹⁹² La creación del Derecho, que es la función material legislativa, otorga al acto de la legislación un carácter de irresponsabilidad y de libre determinación que tiene y debe tener una repercusión organizativa inmediata. Un poder tan grande podría conducir con facilidad a una situación de arbitrariedad, por lo que la Constitución reconoce junto al monarca un órgano que lo limita en el procedimiento de creación de nuevo Derecho. Paul LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, cit. en nota 188; tomo segundo, 64, pág. 173.

¹⁹³ El juez se limita a la subsunción al caso concreto de la ley. Por eso, está permitido que jueces distintos apliquen o interpreten la ley de modo distinto, pero prohibido que un mismo juez varíe su opinión sobre la interpretación legal. Paul LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, cit. en nota 188; tomo segundo, § 64, pág. 178 y Norbert ACHTERBERG, *Probleme der Funktionlehre*, cit. en nota 3, pág. 18.

¹⁹⁴ Esta independencia, conseguida mediante un entramado de normas que afectan al nombramiento o a la limitación de la responsabilidad, es la gran diferencia entre los jueces y el resto de los funcionarios. Vid. Paul LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, cit. en nota 188; tomo segundo, 64, pág. 174.

¹⁹⁵ Le resultaba, por tanto, insuficiente la idea de poder ejecutivo, porque no solo se ejecutan las leyes; asimismo la definición negativa de la administración, porque el Estado tiene también una vertiente de actuación fáctica como demuestra la protección del territorio y el aseguramiento del bienestar material y social del pueblo. Paul LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, cit. en nota 188; tomo segundo, § 64, pág. 175-177. Por el contrario, ROSIN entiende que la Administración está sometida a la legalidad como ya reflejaba el *Allgemeines Landrecht* prusiano de 1794 y que ésta se encuentra frente a la misma como cualquier otro particular; es decir, que todo lo que no esté expresamente prohibido está permitido. Cfr. Heinrich ROSIN, *Das Polizeiverordnungsrecht in Preussen*, 2ª edición, J. Guttentag, Berlín, 1895, pág. 21.

¹⁹⁶ Paul LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, cit. en nota 188; tomo segundo, 64, pág. 179. Vid. también Norbert ACHTERBERG, *Probleme der Funktionlehre*, cit. en nota 3; pág. 18.

¹⁹⁷ LABAND tiene que reconocerle a la ley también un cierto contenido finalista, al menos de determinación de fines y, por tanto, de actuación administrativa en sentido amplio. Lo que en el fondo no está lejos de la idea de HEGEL de que todos los poderes contienen en sí los momentos de los demás lo que permite

La estructura que surge finalmente es la siguiente: dos funciones objetivas o materiales que se distinguen en atención a su carácter normativo o finalista y tres funciones subjetivas¹⁹⁸ o formales que responden a otros tantos órganos del Derecho positivo. Estos órganos no se pueden entender como personas independientes, sino que forman parte del Estado gracias sólo a la coordinación de los planos objetivo y subjetivo de las funciones que ejercen.

Albert HAENEL, por su parte, desarrolló una teoría de las funciones estatales relativamente compleja que a partir de las clasificaciones de las regalías integraba las distintas actividades del Estado en una sucesión de niveles básicos, rechazando, en todo caso, la diferenciación entre formal y material¹⁹⁹.

Estos niveles básicos serían tres: constitución, gobierno y administración²⁰⁰ que no se corresponden, en principio, directamente con órganos concretos. Lo que sí corresponde a cada nivel es una forma abstracta de «pensamiento» que respectivamente es «*estructura, función y prestación*». Por consiguiente, la estructura corresponde a la constitución, las funciones o derechos formales de soberanía al gobierno, y las prestaciones o derechos materiales a la administración²⁰¹.

El nivel constitucional se basa en la *estructura* que se expresa en tres determinaciones típicas: fijación de los órganos que ejercen el poder del Estado y sus relaciones internas; la relación de esos órganos con los ciudadanos, fijando el estatuto jurídico de éstos y la relación del Estado en su conjunto, órganos y ciudadanos, con los demás Estados, mediante la determinación del territorio estatal²⁰².

mantener la unidad del Estado aun cuando se realicen operaciones distintas. Paul LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, cit. en nota 188; tomo segundo, 64, pág. 178.

¹⁹⁸ Vid. Norbert ACHTERBERG, *Probleme der Funktionlehre*, cit. en nota 3; pág. 15.

¹⁹⁹ HAENEL une e integra en una perspectiva histórica desde los presupuestos de la monarquía absoluta hasta los albores de las Constituciones normativas de mediados del siglo XX. Su reflexión es, en principio, muy abstracta y, en todo momento, marcada por factores teleológicos sobre las distintas actividades del Estado.

²⁰⁰ Esta diferenciación se encuentra también en una obra contemporánea, la de V. STENGEL. Karl Freiherr von STENGEL, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht*, cit. en nota 127, pág. 1. Por tanto, la idea de la unidad de acción del Estado se conserva intacta lo que no lo separa de la tradición del idealismo alemán. Vid. Albert HAENEL, *Deutsches Staatsrecht*, cit. en nota 90; pág. 119 y Albert HAENEL, *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, Wissenschaftliche Buchhandlung, Darmstadt, 1968, reimpresión de la obra de 1888.

²⁰¹ Como ya se puede comprobar con esta breve introducción, uno de los problemas fundamentales de HAENEL es su imprecisión terminológica al menos desde un punto de vista externo, que no en la estructura interna de su propio discurso. Pone al mismo nivel, entramados orgánicos como son el gobierno o la Administración (*Regierung und Verwaltung*) con formas jurídicas como es la constitución y habla de los elementos del Estado como formas abstractas de pensar, que además equipara con el concepto tradicional de *Hoheitsrechte* lo que dificulta la tarea de exponer su interpretación.

²⁰² HAENEL partía de una idea sintética, pero dividida de la relación entre Estado y sociedad. Para él, Estado es un conjunto de órganos y ciudadanos, de manera que frente a un Estado ajeno aparecen como un conjunto. A su vez, los órganos aparecen como conjunto a pesar de sus diferencias internas frente al conjunto de los ciudadanos y en tercer y último lugar, los órganos también están unos junto a los otros. Esta visión implica que la constitución debe regular las relaciones entre los órganos; es decir, lo que bajo un concepto genérico llamaremos *división de poderes*, las relaciones entre esos órganos y la sociedad; es decir, derechos fundamentales y participación social en los órganos del Estado, por último, las relaciones entre Estados, lo que en los términos alemanes de la época equivaldría a la descentralización actual. Vid. Albert HAENEL, *Deutsches Staatsrecht*, cit. en nota 90; págs. 120-121.

En el nivel gubernativo se reconoce el modo en que se expresa la voluntad del Estado; por eso, lo equipara a las tradicionales regalías formales y habla de funciones²⁰³. Estas formas de expresión las reparte teóricamente entre: lo regulativo y lo ejecutivo, lo determinante y lo determinado, lo planificador y lo ordenado. Esto permite distinguir la legislación de la ejecución. La legislación es la actividad voluntaria del Estado por la cual se determinan las reglas de dirección y comportamiento para el querer y actuar de todos sus elementos²⁰⁴. La ejecución, por su parte, es un proceso lógico de deducción en el que la legislación opera de base o programa. Ahora bien, regulación y ejecución, aislables teóricamente, tienen, en la práctica, una frontera poco nítida²⁰⁵. En efecto, hay estados intermedios que son regulación, pero, al mismo tiempo, ejecución de regulaciones anteriores, lo que relativiza la distinción de las formas puras de expresión de la voluntad estatal. El ejemplo que pone es precisamente la existencia de tres niveles normativos: la Constitución, la ley y el reglamento. La Constitución formal o documento constitucional va más allá de los límites de la Constitución como estructura y entra plenamente en la función reguladora. Lo que la Constitución diga vincula a la ley y ésta al reglamento, que aun procediendo de los órganos del poder ejecutivo regula cuestiones especiales, locales o individuales²⁰⁶.

Finalmente, se presenta el nivel de la administración articulado sobre las prestaciones del Estado. Éstas son las tradicionales regalías materiales, dándose en ellas, las dos formas de expresión: regulación y ejecución. Dentro de este nivel distingue tres ramas: la que se ocupa del mantenimiento del propio Estado tanto interna como externamente, la que corresponde con los fines éticos de los hombres que forman el Estado, o administración del bienestar y la cultura, y la dedicada a la protección jurídica del Derecho o judicial²⁰⁷.

²⁰³ Al igual que V. RÖNNE; V. GERBER y BIERLING. Para V. STENGEL por el contrario, como no parte de ideas abstractas, el gobierno se reduce exclusivamente a la dirección superior de la administración. Karl Freiherr von STENGEL, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht*, cit. en nota 127; págs. 2 y 17.

²⁰⁴ En el momento regulativo se distinguen dos fases. La elaboración de la regulación y la vinculatoriedad jurídica. Vid. Albert HAENEL, *Deutsches Staatsrecht*, cit. en nota 90; págs. 121-122 y en la doctrina actual Norbert ACHTERBERG, *Probleme der Funktionlehre*, cit. en nota 3; pág. 24.

²⁰⁵ Para V. SARVEY, por el contrario, estas dos funciones siempre que aparecían en la dinámica estatal estaban en una situación de oposición, sin estados intermedios. Éste es un ejemplo de la modernidad de HAENEL, vid. Otto von SARVEY, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit. en nota 78; pág. 21.

²⁰⁶ HAENEL describe así, antes de la obra de KELSEN, el *continuum* entre legislación y ejecución. Es la primera piedra para demostrar que la diferenciación teórica de funciones no es aplicable sin más al Derecho positivo. Vid. Albert HAENEL, *Deutsches Staatsrecht*, cit. en nota 90; págs. 123-126.

²⁰⁷ HAENEL guarda silencio sobre la relación con la ley que tenga cada una de estas materias administrativas y con su posible asignación a órganos del Estado. Albert HAENEL, *Deutsches Staatsrecht*, cit. en nota 90; pág. 127. Esta mención leve es, sin embargo, concluyente para ACHTERBERG sobre la indiferencia entre la función judicial y la administrativa. Cfr. Norbert ACHTERBERG, *Probleme der Funktionlehre*, cit. en nota 3; pág. 25. V. STENGEL también describe y clasifica la administración en atención a las regalías materiales, pero con la diferencia de que son cinco y no tres. La Administración exterior para las relaciones con otros Estados, militar, financiera, de justicia e interna que engloba tanto a la de evitación de riesgos, administración de policía, como al bienestar cultural y social de los ciudadanos. Karl Freiherr von STENGEL, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht*, cit. en nota 127; págs. 3 y 17. Exactamente los mismos tipos de administración, pero sin referencia a los clásicos derechos de soberanía, Edgar LOENING, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, cit. en nota 125; pág. 2.

Así, HAENEL separa el nivel constitucional de los niveles constituidos lo que le permite limitar la distribución funcional a los niveles inferiores. En ellos, distingue entre actividad de gobierno, que es la actividad funcional típica (regulación y ejecución), de la actividad prestacional, distinción olvidada en la división de poderes. Ésta es la aportación fundamental de HAENEL. No obstante, su elevada abstracción y su lenguaje arcaico y complejo dificultan notablemente la coherencia de su discurso.

Como conclusión final de este apartado, se puede afirmar que la conjunción del perfecto análisis de LABAND y la teorización de HAENEL son las cotas más elevadas de la reflexión sobre las funciones en Alemania durante las últimas décadas del XIX. Sus distinciones y definiciones pueden ser todavía plenamente válidas y útiles en algunos de sus aspectos, sin embargo, el nuevo siglo verá aparecer un auténtico tornatrás con la recuperación, en su estado más puro, de la separación de poderes.

5. LA RECUPERACIÓN DE LA IDEA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES EN LOS ÚLTIMOS AÑOS DEL IMPERIO

En los últimos años del Imperio alemán Otto MAYER²⁰⁸ y Gerhard ANSCHÜTZ defendieron la plena aplicabilidad del principio de división de poderes (con todos sus componentes). Este giro, que podríamos calificar de copernicano, desde la negación absoluta de la separación de poderes a su aceptación y defensa²⁰⁹, fue más superficial que esencial, ya que los planteamientos unitaristas se mantuvieron y la división de poderes fue más un *nomen*, con indudables raíces históricas de defensa de la libertad, que una realidad, pues la base del sistema continuó siendo sólo la diferenciación funcional teórica²¹⁰.

5.1. *Otto MAYER: de la división de poderes como elemento del orden del Estado unitario a la plena aceptación de los postulados de la misma*

En la primera edición de su manual, MAYER parte de la desigualdad jurídica básica entre el Estado y sus súbditos que se equilibra mediante el sometimiento

²⁰⁸ En las tres ediciones de su obra principal, *Deutsches Verwaltungsrecht*, se produjo un cambio importante sobre la posición ante la división de poderes. Mientras las cuestiones sobre la definición de las funciones del Estado se mantuvieron, la división de poderes que aparecía en el párrafo sexto sobre el poder legislativo y ejecutivo en la primera edición, pasó al quinto sobre el Estado de Derecho en la segunda y tercera ediciones. En la exposición de las razones por las que MAYER asume la división de poderes es preciso, por tanto, distinguir entre una y otra edición. En todo caso, MAYER se limitó a aplicar la doctrina francesa a Alemania. Otto MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2ª edición, Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1914, pág. 57.

²⁰⁹ Así, expresamente ANSCHÜTZ en 1891, subrayaba que la Constitución prusiana era, en este sentido, más clara que las de otros Estados alemanes. Gerhard ANSCHÜTZ, *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preußischen Staatsrecht*, cit. en nota 145, pág. 9.

²¹⁰ Gerhard ANSCHÜTZ, *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preußischen Staatsrecht*, cit. en nota 145, pág. 11.

miento del Estado a un determinado orden. Este orden implica la separación²¹¹; es decir, el ejercicio del poder del Estado por distintas personas (como en KANT), lo que garantiza la libertad y evita el despotismo. Estas personas-poderes tienden, por su estructura y condición jurídica, a actuar más allá de su función (o parte que le corresponde del poder del Estado), lo que obliga a establecer vínculos de exclusividad para recuperar el equilibrio y la coordinación entre dichas personas. Esta exclusividad funcional conforma la vertiente negativa de la separación de poderes²¹².

En ediciones posteriores modificó sustancialmente el punto de partida. Olvida la relación Estado-sociedad y asume directamente el hecho de la existencia de la división de poderes. Sí mantiene el fin de la división que es el clásico de la garantía de la libertad política, aunque añade el de sometimiento de la Administración al producto legislativo²¹³.

Obviamente MAYER elabora una teoría funcional reflejo exacto de la división de poderes con el matiz importante de que la ruptura de la asignación perfecta de funciones a órganos ya no es un problema, sino el complemento necesario para el buen funcionamiento del Estado.

En cuanto al concepto de administración, hay que destacar que MAYER utiliza este término en varios sentidos. Primero lo opone a constitución. Así, administración es toda actividad del Estado para el cumplimiento de sus fines; es decir, sinónimo de poder constituido²¹⁴. En un segundo nivel es una de las funciones constitucionales. En efecto, la Constitución distingue tres ámbitos en la actividad estatal: legislación, justicia y administración que corresponden a otros tantos poderes-personas²¹⁵.

En esta misma línea, MAYER acepta las definiciones tradicionales de las funciones del Estado, pero las matiza. Por ejemplo, la legislación, concebida en principio, de modo material con un cierto componente subjetivo (actividad del titular del más alto poder del Estado para la disposición de reglas generales y vinculantes para los súbditos), o sea, de normas jurídicas²¹⁶ ve acentuado el componente subjetivo, por la necesaria participación de la representación popular en el ejercicio de dicha función, sin alterar el contenido material de la

²¹¹ Sobre la base de la división entre el Estado y la sociedad, el poder público se enfrenta al poder privado. En el Estado de policía el funcionario era como un príncipe en pequeño, sin límites ante el particular, mientras que el Estado de Derecho supone el encauzamiento de esa fuerza del poder público en unos márgenes más estrictos, a lo que ayuda su dispersión; es decir, la división subjetiva del poder. Otto MAYER siempre utiliza el término *Gewaltentrennung*, separación de poderes, aunque con él abarca tanto lo que hemos venido en llamar división como separación de poderes. Otto MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit. en nota 136, 1ª edición, pág. 68.

²¹² Otto MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit. en nota 136; 1ª edición, pág. 69.

²¹³ Otto MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit. en nota 208; 2ª edición, págs. 58-59.

²¹⁴ Otto MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit. en nota 136; 1ª edición, pág. 3.

²¹⁵ El Gobierno abarcaba originalmente la totalidad de las actividades del Estado, mientras que en las Constituciones actuales se puede reducir junto con la administración a lo que no es ni legislación ni justicia. Otto MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit. en nota 136; 1ª edición, pág. 4, 2ª y 3ª ediciones, pág. 2.

²¹⁶ Había, por tanto, una equiparación absoluta entre titular y función material. Otto MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit. en nota 136; 1ª edición, pág. 5.

misma²¹⁷. La segunda función es la justicia. Se trata tanto de la actividad para el mantenimiento del ordenamiento jurídico, elemento objetivo, como de cualquier actividad que realicen los jueces, elemento subjetivo²¹⁸.

La tercera función es la administración. En una primera aproximación la define como aquella actividad del Estado que no es ni legislación ni justicia, pero tal definición no le resulta absolutamente satisfactoria. Por eso, avanza una definición positiva de la administración como la actividad del Estado para la realización de sus fines bajo su ordenamiento jurídico²¹⁹. En las siguientes ediciones MAYER modificó esta definición. Así, la administración pasa a ser la actividad del Estado para la realización de sus fines, a excepción de la justicia²²⁰. Con ello, pretendía reflejar la igualdad jurídica entre la acción de la Administración y la de los Jueces y Tribunales. Esto demuestra que al igual que el legislativo, la administración es determinada cada vez más por el origen y procedimiento de sus actos y por su capacidad de actuación o *fuerza del poder público*²²¹.

5.2. Gerhard ANSCHÜTZ: la aceptación de la división de poderes por razones históricas

Por su parte, ANSCHÜTZ afirma la vigencia del principio de división de poderes por tres razones: primero porque MONTESQUIEU fue malinterpretado, segundo, por el hecho de que todas las Constituciones europeas salvo en Inglaterra y Rusia se hayan inspirado en la división de poderes y la tercera, de fondo, pues para él, la división de poderes no supraordena al legislativo²²².

²¹⁷ Con esto se ha configurado la legislación con dos factores, por una parte, el objetivo de contenido de la actividad, la norma jurídica y otro personal. De esta vertiente, extrae MAYER la consecuencia de que las Constituciones experimentan una evolución hacia la formalización de los productos de los poderes. Esta formalización del producto es una consecuencia necesaria de la disolución de la división funcional en división de poderes que al romperse la relación de equivalencia entre poder y función, se convierte en una división de formas y de las relaciones entre esas formas. Otto MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit. en notas 208 y 117; 2ª y 3ª ediciones, pág. 4 y Otto MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit. en nota 136; 1ª edición, pág. 71.

²¹⁸ Otto MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit. en notas 136, 208 y 117; 1ª edición, págs. 7-8, 2ª y 3ª ediciones, págs. 5-6.

²¹⁹ La primera crítica es que la definición residual hace innecesario hablar de legislación porque ésta al ser la función más alta está por encima del propio ordenamiento. Tampoco hace falta introducir el concepto de jurisprudencia porque en ésta todo sucede para el ordenamiento jurídico. La definición positiva tiene una clara lectura labandiana. Otto MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit. en nota 136; 1ª edición, pág. 13.

²²⁰ En la 2ª y 3ª ediciones, «Verwaltung ist Tätigkeit des Staates zur Verwirklichung seiner Zwecke unter seiner Rechtsordnung, außerhalb der Justiz». Otto MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit. en notas 208 y 117; 2ª y 3ª ediciones, pág. 13 y 3ª edición, pág. 56.

²²¹ Esta *fuerza del poder público* viene determinada por la separación de poderes e indica la relación que ésta fije entre el poder legislativo y el poder ejecutivo. En el caso de la monarquía constitucional: la primacía y la reserva de la ley. Vid. Otto MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit. en nota 136; 1ª edición, pág. 77 y ss.

²²² Esta supraordenación habría sido la causa del rechazo alemán a la división de poderes. Vid. Georg MEYER/Gerhard ANSCHÜTZ, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, cit. en nota 78; nota e de la pág. 31. Vid. Max von SEYDEL, *Bayerisches Staatsrecht*, cit. en nota 130; Tomo primero, pág. 538.

En cuanto a las funciones, ANSCHÜTZ reduce la legislación a una mera forma de la actividad estatal. Esta formalización está corroborada por el hecho de que todas las Constituciones reconocen la posibilidad de que decisiones materialmente administrativas puedan ser tomadas mediante el procedimiento legislativo, por su importancia²²³. A este hecho nada puede oponer el principio de división de poderes, en sentido estricto, porque los planteamientos puramente teóricos no pueden explicar las relaciones de la realidad constitucional²²⁴. Con ello, ANSCHÜTZ señala dos elementos claves de la reflexión futura: la importancia de la decisión como elemento para su situación en el entramado orgánico y la inevitable relativización del principio de división de poderes enfrentado al Derecho positivo.

6. LA TEORÍA DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO EN LA REPÚBLICA DE WEIMAR

Todas las elaboraciones sobre las teorías funcionales de finales del siglo XIX se mantienen durante este período. La diferencia fundamental con la época anterior es que la Constitución de Weimar es una Constitución basada en la división de poderes, lo que impone la diferenciación entre el plano teórico y el plano doctrinal.

6.1. *La elaboración doctrinal*

Para SCHMITT, la diferenciación de poderes-órganos es un elemento característico del Estado de Derecho²²⁵. Esto le lleva a centrarse exclusivamente en el aspecto orgánico de la división. Así, distingue dos planos de reflexión: el de la separación orgánica y el de las relaciones, vinculaciones y frenos entre esos órganos. El plano de la separación se organiza en torno a las incompatibilidades personales que pueden ser absolutas o, simplemente, una serie de prohibiciones y limitaciones personales²²⁶. En el plano de las relaciones entre poderes

²²³ Dentro de las leyes formales no materiales distingue entre leyes formales sin contenido normativo y, siendo esto una novedad, leyes que contienen normas, pero no están dirigidas hacia el fin del Derecho objetivo. Las primeras serían idénticas a actos del poder judicial revestidos de forma legal, mientras que los segundos serían semejantes a los actos administrativos. Gerhard ANSCHÜTZ, *Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz*, Druck von Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1891, pág. 39. También *vid.*, Norbert ACHTERBERG, *Probleme der Funktionlehre*, cit. en nota 3; pág. 31.

²²⁴ Gerhard ANSCHÜTZ, *Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz*, cit. en nota 223; págs. 38-39.

²²⁵ Es el principio de organización posterior al principio de distribución que son los derechos fundamentales. Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, versión española de Francisco Ayala, Alianza Editorial, 1ª reimpresión, Madrid, 1992; pág. 138.

²²⁶ A partir de aquí, elabora un esquema de la situación de separación absoluta que resulta muy interesante para comprender el sentido del dogma de la separación de poderes. El esquema está marcado por la falta de influencia mutua entre los órganos. Por ejemplo, implicaría la exclusión total del ejecutivo en el procedimiento legislativo y del legislativo en el ejecutivo mediante la exclusión del nombramiento gubernamental. Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit. en nota 225; pág. 193 y ss.

–también parte de la división del poder–, el objetivo fundamental es justamente compensar la separación personal. En consecuencia, no hay afirmaciones sobre las funciones materiales, que parece aceptar implícitamente al manejar un concepto de ley material (marcado por la abstracción y la generalidad).

SMEND, por su parte, es un continuador de HEGEL, distinguiendo, por tanto, tres funciones: la de integración política, propia de los órganos legislativo y ejecutivo, especialmente el Gobierno; la administrativa al servicio de las exigencias del bienestar y la de los factores jurídicos que engloban a la legislación y labor judicial²²⁷. SMEND destaca por involucrar en dos planos diversos, pero argumentalmente unidos a lo político con lo jurídico con lo que da inicio a una serie de interpretaciones políticas que tendrán gran aceptación en Alemania tras la Segunda Guerra Mundial.

KÄGI, autor suizo que estudió el origen de la división de poderes, también aportó su reflexión teórica. El punto de partida es que la división de poderes es un mecanismo para asegurar la libertad individual, lo que plantea tres problemas. Éstos son las tres dimensiones de la relación entre legislador y el resto de los poderes; es decir, la reserva de ley²²⁸, la primacía legal y la sujeción a la ley, heterogénea al distinguir entre la de los órganos judiciales y la de la Administración²²⁹. La conjunción de estas tres dimensiones conduce a situar el concepto de ley (igual a norma; es decir, concepto material) como la garantía principal de la libertad individual derivada de la división de poderes. Con esto, KÄGI focaliza el tratamiento de la división de poderes en la relación entre ésta y la democracia (a través de la participación de los representantes elegidos democráticamente), convirtiendo a la división de poderes en un medio para alcanzar la democracia a través del aseguramiento de la preponderancia de los actos elaborados por el representante del pueblo, siempre y cuando no se excedan de sus límites constitucionales. En suma, el principio de legalidad o la reserva de ley implican que la forma «ley» es superior a las otras formas de expresión de la voluntad estatal. La función legislativa resulta, por tanto, también superior y de la jerarquía de funciones y actos deriva inevitablemente la jerarquía de los órganos que las ejercen y los emiten. Esta jerarquía, propia de la democracia, se articula por medio de relaciones de subordinación que, no obstante, ponen en peligro el equilibrio de poderes y la garantía de la libertad derivada de aquél²³⁰.

²²⁷ SMEND fue uno de los primeros autores en intentar elaborar una nueva división del poder separada de los principios y argumentos que habían sido tópicos a lo largo del siglo XIX y centrada en exclusiva en el elemento de integración del sistema. Sobre SMEND, vid. Oskar Werner KÄGI, *Zur Entstehung, Wandelung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips*, A.G. Gebr. Leeman & Co., Zürich 1937; pág. 174, también Hans.D. JARASS, *Politik und Bürokratie als Elemente der Gewaltenteilung*, Münchener Universitätschriften. Reihe der Juristischen Fakultät, vol. 31, München 1975, pág. 33. Konstantin TSASOS, *Zur Geschichte und Kritik der Lehre von der Gewaltenteilung*, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1968; pág. 60.

²²⁸ Oskar Werner KÄGI, *Zur Entstehung, Wandelung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips*, cit. en nota 227, pág. 199.

²²⁹ Porque la Administración lucha entre tener su propio espacio en virtud de la dinámica de la actividad estatal y la sujeción absoluta derivada del Estado de Derecho. Oskar Werner KÄGI, *Zur Entstehung, Wandelung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips*, cit. en nota 227, pág. 201.

²³⁰ Oskar Werner KÄGI, *Zur Entstehung, Wandelung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips*, cit. en nota 227; pág. 222.

6.2. El desarrollo positivo

Desde el punto de vista del Derecho positivo, la Constitución de Weimar tampoco reconoció explícitamente la división de poderes²³¹. No obstante, el esquema clásico de tres órganos a los que corresponden otras tantas funciones era fácilmente reconocible, aunque matizado por la aparición de nuevos órganos y funciones²³². Asimismo, entre los «órganos clásicos» se configuran nuevas relaciones de coordinación y oposición²³³. Este planteamiento acerca el esquema constitucional a un sistema con división del poder como regla, pero con múltiples excepciones e interacciones funcionales y orgánicas²³⁴.

Estas ideas sobre el desarrollo positivo de la Constitución de Weimar se encuentran plenamente desarrolladas en la obra de THOMA. Para él, la Constitución de Weimar estableció indudablemente una división de competencias –como división del trabajo– que no es equiparable al esquema tradicional de la división/separación de poderes²³⁵. Apoyado en la idea kelseniana (ya intuida por HAENEL) del *continuum* funcional según la cual no hay acto estatal que no sea, al mismo tiempo, productor y aplicador de Derecho²³⁶, distingue entre las funciones básicas jurídicas que son la legislativa, cuyo objeto es emitir nor-

²³⁰ Oskar Werner KÄGI, *Zur Entstehung, Wandelung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips*, cit. en nota 227; pág. 222.

²³¹ Gerhard ANSCHÜTZ / Richard THOMA, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Vol II, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1932; pág. 115.

²³² También se encontraba en la división de competencias entre Federación y *Länder* que se articulaba en función de la legislación, administración y justicia. Es novedosa la diferenciación dentro del ejecutivo entre Presidente y Gobierno. La aparición de nuevos órganos, como el Presidente elegido directamente por el pueblo, que implica una separación radical entre éste y su gobierno, ya que el primero es independiente frente al Parlamento y el otro, no. Así, se mantenía parcialmente la división de poderes, en el sentido de una doble legitimación, que tenía consecuencias inmediatas sobre las competencias del Presidente que se ampliaban gracias a los reglamentos de necesidad modificadores de la ley. Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit. en nota 225; pág. 140 y pág. 161.

²³³ Por ejemplo, el ejecutivo mantuvo la potestad reglamentaria, a pesar de que el sistema se había hecho parlamentario. Vid. Jürgen STAUPPE, *Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis*, cit. en nota 116; pág. 57.

²³⁴ Una tendencia fundamental del desarrollo constitucional de Weimar fue el aumento del control judicial. Los jueces extendieron su acción al interior del Estado, bien como guardianes del mismo, bien para la defensa de los intereses sociales ante la actividad de éste; en especial, de la Administración. Weimar implica, por tanto, la extensión del control de legalidad de la actuación administrativa, incluidos los reglamentos; el control de las normas con fuerza de ley de los *Länder* con respecto al Derecho de la Federación y finalmente, el control de constitucionalidad de las leyes. Extraordinariamente crítico con esta práctica iniciada en 1925 por el Tribunal del Reich ante el vacío constitucional se mostraban SCHMITT y KÄGI. Con más benevolencia, pero expresando sus dudas, Richard THOMA. Cfr. Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit. en nota 225; págs. 196-197. Oskar Werner KÄGI, *Zur Entstehung, Wandelung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips*, cit. en nota 227; pág. 232 y ss. Gerhard ANSCHÜTZ / Richard THOMA, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, cit. en nota 231, pág. 121.

²³⁵ Esta idea de la división como división de competencias y potestades desde el punto de vista jurídico se consolida con el paso del tiempo y adquiere un lugar relevante en las teorías funcionales posteriores a la guerra. Gerhard ANSCHÜTZ / Richard THOMA, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, cit. en nota 231; pág. 112. Sobre la influencia de THOMA, vid. Gerhard ZIMMER, *Funktion-Kompetenz-Legitimation*, cit. en nota 1; pág. 201.

²³⁶ Dice THOMA que en la Edad Media, la opinión de que todo acto era de *jurisdictio* era correcta y ya asumía este continuo funcional. Gerhard ANSCHÜTZ / Richard THOMA, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, cit. en nota 231; págs. 128-129.

mas de carácter general²³⁷, y la constituyente²³⁸, y la básica, desde el punto de vista sociológico, que es la administrativa. La divide en la dirección del gobierno y la ejecución de las leyes. Es sociológica, porque para cualquier ciudadano, el Estado siempre debe actuar como Administración. Con esto, la distinción entre el Estado y la sociedad permanece porque cuando el Estado hace cumplir el Derecho a los ciudadanos es un elemento ajeno que actúa por medio del aparato burocrático²³⁹.

Esta función administrativa es heterogénea, porque es, a la vez, ejecución legal y realización espontánea del ordenamiento jurídico²⁴⁰. De esta función administrativa se puede deslindar la actividad de los órganos judiciales.

El carácter heterogéneo conduce a una definición negativa de lo administrativo tanto material como formalmente, como actuación de todo órgano estatal que no sea ni el órgano legislativo ni los tribunales. En consecuencia, el problema se traslada a la definición de la función del juez, que es materialmente administrativa, pero formalmente deslindable de la del resto de la Administración.

En efecto, el juez, materialmente, determina lo que es derecho en el caso concreto, tarea que comparte con la Administración, por tanto, la diferenciación, para ser efectiva, debe incluir elementos formales o procedimentales. Para ello, da una segunda definición de la labor del juez, la aplicación del Derecho válido a un supuesto concreto (hasta aquí definición compartida con la Administración) por medio de una autoridad estatal independiente²⁴¹. La independencia es, por consiguiente, lo que distingue al juez y a su actividad. La independencia lo es respecto a las posibles instrucciones gubernativas y legislativas y se compensa con el pleno sometimiento al Derecho de la actuación de los jueces²⁴². Con este elemento subjetivo se alcanza una primera definición material no absoluta: la parte del proceso de aplicación normativo que se confía a determinadas autoridades que gozan de independencia en procesos especiales, cuya amplitud dependerá de factores coyunturales históricos y sociales²⁴³. La función formal es simplemente cualquier actividad realizada

²³⁷ Gerhard ANSCHÜTZ/ Richard THOMA, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, cit. en nota 231; pág. 129.

²³⁸ En este punto, THOMA recoge las ideas de KELSEN y Walter JELLINEK como él mismo menciona, *vid.* Gerhard ANSCHÜTZ/Richard THOMA, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, cit. en nota 231, pág. 111.

²³⁹ Gerhard ANSCHÜTZ/ Richard THOMA, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, cit. en nota 231, pág. 109-110.

²⁴⁰ Esta diferenciación no coincide exactamente con la que existe entre gobierno y administración en sentido estricto. Mientras el gobierno es libre actuación en el marco de la ley, la administración está vinculada positivamente al Derecho, *vid.* Gerhard ANSCHÜTZ/ Richard THOMA, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, cit. en nota 231, pág. 134.

²⁴¹ Gerhard ANSCHÜTZ/Richard THOMA, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, cit. en nota 231, pág. 129.

²⁴² Carl SCHMITT añade la libertad del juez frente a órdenes o leyes especiales, porque una ley especial sería como una orden o un mandato al juez. Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit. en nota 225; pág. 162. En el mismo sentido KÄGI que distingue, así, la posición del juez ante la ley frente a la de la Administración. Oskar Werner KÄGI, *Zur Entstehung, Wandelung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips*, cit. en nota 227; pág. 201.

²⁴³ Sobre las dificultades de un concepto material de jurisdicción, Gerhard ANSCHÜTZ/Richard THOMA, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, cit. en nota 231; págs. 130 y ss.

por los tribunales, incluidas las actividades de mera administración de los mismos.

Al comparar estas definiciones materiales con la Constitución y comprobar que no coinciden exactamente, THOMA se limita a mantener la dualidad entre lo formal y material²⁴⁴. Así, la ley material sigue siendo sinónimo de norma²⁴⁵, pero se matiza, porque la forma de la ley nunca puede llegar a desvincularse de su contenido; es decir, recupera la noción de ley como legislación en sentido funcional frente a legislación como concepto omnicompreensivo de toda la actividad que adopta la forma de la ley²⁴⁶.

Para acabar, simplemente indicar que Walter JELLINEK se ocupó también del problema de las funciones al tratar la cuestión de la ley material y formal siendo un claro defensor de la concepción clásica de la ley material como sinónimo de norma, definida ésta como la emisión de preceptos generales y abstractos. La reserva de ley sería, por tanto, un reflejo de este concepto material. Gobierno y Administración quedarían reducidos funcionalmente a la ejecución de la voluntad expresada por el legislador²⁴⁷.

En los años siguientes la reflexión sobre las funciones y la división de poderes ya no sufrió grandes modificaciones. Sólo, la llegada del nazismo al poder en 1933 puso punto final a la concepción alemana sobre la división de poderes y funciones que había dominado durante más de un centenar de años. Tras la II Guerra Mundial, en el momento de elaboración de la Ley Fundamental en 1949, la división de poderes se aceptará sin crítica alguna, como principio inspirador y fundamental de cualquier Constitución democrática moderna. A dicho modelo responderá, en principio, el artículo 20 de la citada Ley Fundamental. En suma, la negación de la división de poderes y la afirmación de la mera división de competencias o tareas tan propia del ámbito alemán finaliza con la desaparición de la propia República de Weimar.

²⁴⁴ Vid. Norbert ACHTERBERG, *Probleme der Funktionlehre*, cit. en nota 3; pág. 40.

²⁴⁵ Obviamente, dadas las circunstancias y la evolución de la teoría general ya no cabe, en este momento, mantener un concepto restringido de norma como aquellas disposiciones generales y abstractas que afectasen al estatuto jurídico de los individuos o de la sociedad o que establecieran las relaciones entre distintas personas jurídicas. Por eso, THOMA se ve obligado a extender el concepto de norma a la actividad interna del Estado y a limitar el concepto de norma de la ley material a lo que coincidiese con la reserva material (positiva) del legislativo.

²⁴⁶ Esta pequeña ficción sobre el concepto de norma demuestra la crisis del concepto de ley material por la sencilla razón de su inefectividad jurídica y el acercamiento de la forma al contenido. Vid. Gerhard ANSCHÜTZ/ Richard THOMA, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, cit. en nota 231; pág. 127.

²⁴⁷ A partir de conceptos tan amplios de la reserva de ley que ponen en peligro la situación de la Administración, comienzan las primeras investigaciones sobre una hipotética reserva de Administración. Norbert ACHTERBERG, *Probleme der Funktionlehre*, cit. en nota 3; pág. 45 y Hartmut MAURER, «Der Verwaltungsvorbehalt», cit. en nota 148; pág. 146.