

bros. Más bien se funden aquí las asambleas y representaciones municipales como órganos de creación; ambas dan á la corporación, mediante el acto electoral, un órgano primario é inmediato. Sólo á la representación elegida de tales corporaciones es á la que se aplica, por analogía, la idea de la representación. Alcaldes y concejales, por ejemplo, son por esto órganos primarios, y el colegio de los diputados de la ciudad, concejales; etc., órgano secundario, inmediato, de la misma (1).

(1) Es de extrañar que la idea de la representación en la organización de las asociaciones de derecho público no haya sido objeto hasta ahora de investigaciones especiales y minuciosas en la literatura moderna. En las nuevas leyes municipales ha encontrado ya cabida el principio aplicado á los miembros de las Cámaras, á saber: que los miembros de las representaciones del Municipio no están obligados por instrucciones ó mandatos de los electores. Véase, por ejemplo, *Preuss. Städteordnung f. d. östl. Prov.* del 30 de Mayo de 1853, § 35. *Landgemeindeordnung f. d. östl. Prov.* de 3 de Julio de 1891, § 102.

CAPÍTULO DIEZ Y OCHO

Las funciones del Estado.

1.—Historia de la teoría de las funciones.

✓ Quien considere la teoría de las actividades del Estado, fácilmente habrá de comprender que la investigación abstracta del Estado ha de conducir á un exacto conocimiento de él, y que mediante un conocimiento cada vez más amplio, se habrán de ir fijando las funciones esenciales del mismo. La historia de la literatura del Derecho Político nos presenta una masa confusa de ensayos de clasificación. Sin embargo, subsiste y se mantiene con gran significación aquella que separa como direcciones fundamentales del poder del Estado las funciones legislativa, ejecutiva (gobierno y administración) y judicial, abstracción hecha de las diferencias relativas á la concepción de la naturaleza y modo de estar relacionadas estas funciones. Las otras divisiones efímeras han sido desechadas á causa de un progreso en el conocimiento de la naturaleza del Estado, que ha hecho que prevalezca la doctrina más acertada.

El examen atento de esta cuestión muestra que aquí, como en todas las doctrinas serias sobre política y derecho político, las distintas divisiones que ostentan un carácter científico han tomado por base la realidad histórica de la vida del Estado en la época en que estas doctrinas se formularon. Todas las divi-

siones de las funciones del Estado, debidas á escritores de importancia, revelan que, al hacerla, tuvieron presente el estado concreto de su época y abstrayeron después, de las actividades observadas, una doctrina general. (El camino así abierto es el que ha sido continuado. De un modo más ó menos manifiesto, todos los escritores parten del sistema de los órganos del Estado ó de las atribuciones formales del órgano supremo de éste, tal como se ofrecía en su tiempo, é intentan reducir los distintos órganos ó formas externas de la actuación de la voluntad del Estado á sus funciones fundamentales, á causa de la convicción, inconsciente á menudo, de que la separación de los órganos y formas necesita tener como base una distinción real.) Una vez más búscase en la historia lo racional, y con el caso particular histórico se construye la teoría general.

Esto se ha mostrado por vez primera de un modo incuestionable en la antigua doctrina del Estado. La célebre teoría de Aristóteles sobre las tres partes del poder de aquél (1), se limita simplemente á describir los caracteres típicos del Estado griego de entonces, Senado, autoridades, tribunal popular; y de las actividades que estas tres ejercitan, deriva él una división de los asuntos del Estado.)

Los asuntos que atribuía al *βουλευόμενον περί των κοινών*, no tienen un enlace íntimo, sino que corresponden simplemente al círculo de actividad del órgano supremo del Estado-ciudad de los griegos. Estas diversas atribuciones, decisión sobre la guerra y la paz, sobre alianzas, legislación, justicia, delitos graves, elección de empleados y jueces, son las que competen al elemento supremo del Estado (*κρίσιον*), y son, por esto mismo, en su conjunto, los más importantes asuntos de éste. (De igual modo considera Aristóteles que los magistrados tienen un poder de mando, y esta razón le hace ver en tal competencia

(1) *Pol.*, IV, 1.297, b., 1.998, a.

el signo principal de *ἀρχαί*, así como el juez tiene como contenido de su actividad la *δικάζων*. De las funciones, pues, que se derivan de estos tres elementos de la organización del Estado, deduce Aristóteles una división de los asuntos del mismo. A sujetos distintos deben corresponder funciones diferentes. La relación de derivación no se ha de establecer de funciones á órganos, sino más bien al contrario.)

(La teoría moderna del Estado tuvo que habérselas en sus comienzos con la monarquía absoluta. En ella no se puede encontrar otra división de las actividades del Estado que las que atañen á las direcciones particulares del poder monárquico. En lucha con la doctrina de Aristóteles, afirma Bodino (1) la teoría de los derechos de soberanía ó de majestad, con los cuales forma una serie que enumera cual si fuesen hechos que no han menester de justificación. En otro lugar hemos mostrado cómo tenía presente ante todo las relaciones históricas francesas de su tiempo. Otro tanto sucede con Hobbes, que pugna por derivar de los fines del Estado los derechos particulares del soberano, los cuales toma esencialmente de la organización del Estado inglés. En una forma más clara y sistemática intenta Puffendorf, en Alemania, deducir de la naturaleza del Estado las *partes potentialis summi imperii* como medios lógicos necesarios para alcanzar los fines del Estado (2). Pero también estas divisiones, precisamente porque en apariencia sólo tienen un carácter racional, llevan consigo algo

(1) I, 10, pags. 232, 235.

(2) VII, 4, 2 y sigs. Distingue como *parte potentialis*, la *potestas legislativa*, *pœnas sumendi*, *judiciaria*, *belli et pacis idemque fœderum feriendorum*; además, el *jus magistratus constituendi* y *tributa indicendi* y, por último, el *examen doctrinarium*. También Puffendorf tuvo en consideración, para su división, las relaciones del Estado de entonces, especialmente del Estado territorial alemán desde la paz de Westfalia.

de arbitrarias y el que tales exteriorizaciones del poder supremo sean divididas de este ó aquel modo depende enteramente de un criterio subjetivo.) Posteriormente, la literatura alemana se ha mostrado como si careciese enteramente de principios (1). Las complicadas relaciones políticas de entonces, unido al carácter patrimonial de los Estados particulares, influyeron en la concepción de las relaciones, orientándolas en una dirección favorable al Estado absoluto de policía, de suerte que los príncipes llegaron á disfrutar de una variedad confusa de derechos supremos, distintos en este sentido de los derechos de soberano. Con este concepto del derecho de soberanía mezclase el antiguo de los derechos de regalía del emperador con el teórico de los derechos de majestad. Como no se puede hallar una distinción general de estos derechos de soberanía, se les diferencia por su objeto, y de aquí nace un gran número de derechos soberanos que empiezan por el de guerra y continúan con el de caza, pesca, etc., á los que se les somete después á divisiones totalmente infructíferas, tales como las de derechos esenciales y accidentales, generales y particulares, cedibles y no cedibles, directos é indirectos, limitados é ilimitados, interiores y exteriores, superiores é inferiores, útiles y no útiles (2). Todas estas divisiones, casi olvidadas hoy, han dejado no obstante una enseñanza, á saber, que es enteramente anticientífico querer agotar los poderes del Estado por la enumeración de sus contenidos.

El concepto del derecho material de soberanía sólo tiene hoy una significación práctica en cuanto debe indicar en casos

(1) Véase acerca de esto Dock, *Souweränetsbegriff*, página 62 y sigs., así como la rica bibliografía que contiene.

(2) Véase una recopilación de estas divisiones en Klüber, § 99, N. c. Una vuelta á estas antiguas teorías representan hoy las de Seidler y Rosenberg, véase cap. XIV, II.

concretos la dirección del poder del Estado en un determinado punto. De aquí que se haya hecho uso de este principio al tratar de la doctrina de la división de las funciones del Estado en un Estado federal y en un miembro de éste; pero no se pretende convertir un principio de división en un principio para el conocimiento de la esencia de la actividad del Estado, sino que simplemente se trata de designar al poder de éste desde el punto de vista de determinadas competencias. Si se habla en tales casos ó en otros de los derechos de soberanía territorial, derecho de guerra, de justicia, etc., nunca se quiere indicar con ellos poderes separados, sino objetos distintos de un único poder del Estado.

(Otro principio de división es el que se refiere al sistema de las autoridades. Es verdad que el soberano territorial centraliza en su persona toda la actividad del Estado; pero bajo él se encuentra distintas clases de autoridades para las diferentes ramas de la administración, las cuales, por tanto, se dividen de una manera puramente formal, según las diferencias que existen entre esas autoridades. Conforme al modelo francés, se han separado desde el siglo xvi, de un modo más ó menos acentuado, distintos órganos, tales como el encargado de asuntos extranjeros, el de cuestiones militares, el de hacienda, el de justicia y el de policía. Aun allí donde se hallen reunidas varias de estas cuestiones administrativas, puede encontrarse una separación interior entre las autoridades mismas, debida ya á divisiones particulares, bien á la separación de alguno de los grados de competencia. De este modo nació la doctrina de los cinco grandes ramos de la administración, doctrina que descansa, ante todo, en la diferencia de autoridades y no en la diferencia material del grupo mismo; por lo cual es muy difícil, y á veces imposible, basar en esta división una distinción conceptual. Á causa de la unión íntima que existe entre todas las actividades administrativas, hay ocasiones en que con igual

derecho puede caer un asunto dentro de una ú otra rama de la administración.

A fines del siglo anterior se unió esta doctrina de la división de los órdenes de la administración á la antigua de las regalías y á la nueva teoría francesa de la división de poderes, resultando una síntesis muy adecuada, por lo demás, á la época en que precisamente se efectuaba la transformación del antiguo territorio en moderno Estado. Por eso hallamos por ejemplo en Höpfner, entre los derechos de majestad, no sólo el del poder legislativo y ejecutivo, sino el económico y el de policía (1), y en Schlözer, junto á la *potestas legislativa y ejecutiva* una *potestas cameralis* (2). Gönner establece toda una serie de poderes, además del reglamentario y el judicial, tales como el de policía, el ejecutivo, el penal y el financiero (3). Leist busca el medio de utilizar, para su clasificación de las funciones del Estado, la oposición que establecen las teorías francesas entre el poder legislativo y ejecutivo como derechos particulares de gobierno, y estos mismos poderes como derechos generales de gobierno (4), lo que halló continuadores durante largo tiempo.

Tampoco puede hacerse consistir la oposición entre justicia y administración, tal como en Alemania se ha ido formando, en una separación conceptual, sino, ante todo, en una oposición entre las autoridades y de éstas con respecto al soberano. La Edad Media desconoció esta oposición. La concepción eclesiástica de la *jurisdictio* abarca, asimismo, no sólo el poder judicial en el sen-

(1) Ob. cit., pág. 1.

(2) Ob. cit., pág. 100 y sig.

(3) *Staatsrechts*, págs. 422 y sigs.

(4) *Lehrbuch des teuschen Staatsrechts*, 2.^a ed., págs. 303, 360 y sigs. Los derechos particulares de gobierno comprenden, además de los de establecer y nombrar á los funcionarios, los poderes de justicia civil y criminal, policía, hacienda y el poder militar.

tido estricto, sino todo poder de autoridad. En el Imperio, jamás se llega á una distinción fundamental entre justicia y administración. El consejo supremo del imperio, es tanto autoridad judicial cuanto administrativa en el sentido actual. Por el contrario, á partir del siglo xvi, mediante la centralización cada vez más fuerte del poder del príncipe, y con la mayor intensidad que adquieren al propio tiempo las actividades administrativas, van apareciendo nuevas autoridades al lado de la de los señores ó bien se unen las nuevas actividades administrativas á los tribunales ya existentes. La separación entre la justicia y la administración, ó se ha fijado más tarde, ó se ha restablecido la antigua substantividad de los tribunales ordinarios. No hay, ni puede darse, un signo general material que separe la justicia de la administración. Por eso, aun hoy, todos los teorizadores se contentan con afirmar que esta oposición se ha formado históricamente, y que corresponde á la justicia lo que como tal se ha ido considerando en la evolución de la historia. La evolución moderna de la jurisdicción administrativa, así como las profundas investigaciones doctrinales acerca de la naturaleza de la jurisdicción y de la administración, muestran que la distinción entre justicia y administración es cada vez más formalista, esto es, que se trata de categorías que hay que referir á los fenómenos exteriores de las autoridades que las ejecutan, las cuales no pueden aclarar las diferencias de las funciones del Estado que alcanzan en ellas su expresión.

La distinción más fecunda y científica entre las funciones del Estado, es la que nace del reconocimiento de la oposición en que se encuentran determinados miembros del mismo (1). Acontece con este tema lo que ocurre con la oposición

(1) Para la historia de la doctrina de la división de poderes, véase Saint-Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs*, París, 1881, págs. 3 y sigs.; Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, págs. 56

entre príncipe y pueblo—ó sea el dualismo del Estado medioeval,—esto es, que ha influido de un modo poderoso en la formación del Estado moderno. El intento de hacer una unidad de príncipe y pueblo sólo puede conducir á conceder á uno un lugar preeminente y á otro un lugar subordinado. Si se atribuye al pueblo el supremo poder, éste no puede manifestarse sino mediante las conclusiones que la mayoría adopte, cuyo contenido forman las leyes. Esto es lo que afirma la teoría aristotélica, que tanto ascendiente tuvo en la Edad Media, acerca de las relaciones del Senado con las autoridades, así como la doctrina romana del derecho del pueblo para legislar, las cuales doctrinas ofrecen, en la época de apogeo del poder de los estados ó clases, á la doctrina del Estado de la Edad Media, la forma jurídica para la relación entre *populus* y *rex*. Aquellos que representaban el derecho del pueblo afirmaron enérgicamente, á causa de esto, la superioridad de la ley sobre el rey, ante la cual el príncipe es un mandatario á quien se confía la ejecución de aquélla. Marsilio de Padua, al comienzo del siglo xiv, estableció una distinción entre el poder legislativo y el ejecutivo, paralela á la de pueblo y príncipe (1). Las teorías del derecho del pueblo, muévense en la época que sigue dentro de este mismo círculo de ideas. Así, por ejemplo, entre los monarcómacas el rey es considerado como *minister, custos, executor legum* (2). Estos escritores se refieren á instituciones de

y sigs.; D'Eichthal, págs. 98 y sigs.; Esmein, *Droit const.*, pág. 300 y sigs.

(1) *Defensor pacis*, I, 12, 13. Además, en el siglo xv, Nicolás de Cusa, *De concordantia Catholica*, Pref. I, II, 14. Véase sobre ambos Rehm, *Geschichte*, pág. 137 y sigs., el cual hace notar acertadamente, que ambos se basan, para esta distinción, en las diferencias de órganos, no en las de funciones.

(2) Véase Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, pág. 58 y sigs.

clases, y si bien es verdad que en la época de los Tudores está ya enteramente terminada la constitución del Parlamento, también es cierto que esto mueve á Hooker, bajo el reino de Isabel, á estimar por vez primera la función del rey como subordinada á la del legislador (1). En la época del *Commonwealth*, á causa de la situación creada, se establece una distinción clara entre una y otra, pues la situación del Protector y del Parlamento necesitaron ser expresamente regladas en virtud de la transformación de la Constitución, la cual no había de volver á descansar sobre las tradiciones del derecho común: así se expresó en el *Instrument of government* (2). Después de la revolución de 1688, la situación del rey advino enteramente distinta mediante el *Bill of Rights*, no sólo á causa de las relaciones efectivas del poder, cuanto por razón de la limitación de algunas de sus atribuciones. Por todo lo cual, la situación de la Corona llegó á ser diferente de la que había sido en la época de la dinastía de los Estuardos, definitivamente expulsada. Al nuevo orden del Estado le ha dado Locke su expresión, al distinguir el poder legislativo ó dominante del ejecutivo ó subordinado y colocar sobre ambos el poder federativo y la prerrogativa.

La teoría de Locke, por importante que haya sido para la doctrina del Estado democrático, singularmente á causa de su influjo en la ley constitucional americana, no rompe en modo

(1) *The Law of Ecclesiastical Polity*, I, 10. Edición Morley, London, 1888, pág. 96 y sigs. Véase también Jellinek, *Gesetz u. Verordnung*, pág. 48 y sigs.

(2) I. «That the supreme legislative authority in the Commonwealth of England... shall be and reside in one person, and the people assembled in Parliament.»

II. «That the exercise of the chief magistracy and the administration of the government... shall be in the lord Protector...» Gardiner, *Const. Docum.*, pág. 314.

alguno con la antigua concepción del rey al apoyarse completamente en las bases de la teoría de la soberanía del pueblo. Las cuatro funciones de que habla se reducen á dos órganos, uno de ellos el rey, al cual deben corresponder, no sólo el poder ejecutivo, sino también el federativo y la prerrogativa. También le atribuye una parte positiva en la legislación tal y como era propio de los reyes y del jefe supremo del Estado, aun en la época de la república, en Inglaterra. Pero la prerrogativa (concepto peculiar del derecho inglés) significa lo que corresponde al rey una vez deducidas las limitaciones que le impone el Parlamento, poder que ejercita de una manera libre en interés del bien común (1). Según Locke, el rey posee además toda *jura majestatica* tal como hablaba de ello la teoría, desde la época de Bodino y Hobbes, y á pesar de su obediencia y subordinación á la ley, se le ha de considerar como el órgano supremo del Estado, como el soberano.

A pesar de haberse inspirado en las concepciones de algunos autores anteriores (2), fué Montesquieu el primero que hizo dar un paso decisivo (3) á la teoría de que venimos ocupándonos,

(1) Locke, II, 14, § 159 y sigs. Es muy expresivo, especialmente este pasaje: «Many things there are which law can by no means provide for; and those must necessarily be left to the discretion of him that has the executive power in his hands, to be ordered by him as the public good and advantage shall require», § 159. Locke atribuye á la prerrogativa, según la antigua concepción inglesa, el derecho de determinar el tiempo, el lugar y la duración de las sesiones del Parlamento (§ 107).

(2) Véanse nuevos datos acerca de los orígenes de la doctrina de la división de los poderes del Estado en Inglaterra, y su conexión con las antiguas teorías de las formas mixtas del Estado, en Hatschek, *Engl. Staatsr.*, pág. 19 y sigs.

(3) Esto debe ser afirmado enérgicamente contra la moda

por cuanto no sólo diferencia, como había acontecido hasta entonces á menudo, las funciones objetivas del Estado conforme á las Constituciones existentes, sino que quiere atribuir aquéllas á órganos separados entre sí. Hay en todo Estado tres clases de poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. El segundo aparece en Montesquieu en lugar del que Locke había llamado federativo, y representaba por tanto la actividad del Estado dirigida hacia el exterior (1). No se hallará en él una clara visión acerca de la naturaleza de la administración, muy desarrollada ya por entonces; por esto cae toda ella en Montesquieu dentro

de presentar á Montesquieu meramente como un repetidor de puntos de vista extraños. Ni Locke ni Bolingbroke (véase acerca de su doctrina G. Koch, ob. cit., I, 1892, pág. 145 y sigs.), ni Swift, al cual Jannsen, en su obra *Montesquieu Theorie von der Dreiteilung der Gewalten im Staate auf ihre Quellen zurückgeführt*, 1878, quiere presentar como el verdadero autor de esta doctrina, han concebido todos los elementos de la división de poderes en la forma que el autor de *L'esprit des lois*. También es preciso ser cautos respecto al conocido reproche de que Montesquieu no ha conocido la Inglaterra real, porque no se propuso hacer de ella la base de su doctrina. Por eso dice en un lugar apenas citado del famoso capítulo VI del libro XI: «Ce n'est point à moi à examiner si les Anglais jouissent actuellement de cette liberté ou non. Il me suffit de dire qu'elle est établie par leurs lois, et je n'en cherche pas davantage.» No podía decir con más claridad Montesquieu que no era la Inglaterra real la que realizaba la libertad política, sino una Inglaterra construída por él como prototipo de Estado, tomando por base determinados datos concretos.

(1) Primeramente la llama (XI, 6) la «puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens»; de aquí deduce, como formando su contenido, el derecho de la guerra y la paz, el de enviar embajadores, el de mantener la seguridad, evitar las invasiones, y la llama «simplement la puissance exécutrice de l'État».

del dominio de la ejecución de la ley. Los ingleses, mediante su idea de la prerrogativa, que abarca todas las facultades administrativas del rey, estaban preservados de incurrir en esta unilateralidad. De la consideración de las ideas dominantes oficialmente por entonces en la Constitución inglesa, saca Montesquieu esta convicción: que á órganos completamente separados unos de otros en sus *funciones* corresponden poderes internamente separados también, pues á pesar de todos los contactos que puedan establecerse entre los titulares de los poderes, las funciones de cada uno de éstos quedan separadas entre sí. El jefe del poder ejecutivo ejercita la *faculté d'empêcher*, pero no la *faculté d'étatuer*; y si él opone su veto á una ley, no por esto tiene una parte positiva en la legislación. El poder legislativo no puede, sin duda alguna, detener la marcha del ejecutivo, pero le corresponde determinar el modo y manera cómo éste ha de ejecutar la ley (1). La única excepción que establece Montesquieu, es la relativa á las atribuciones judiciales de la Cámara de los Lores. Pero no sabía él que esta Cámara era el más alto tribunal judicial de Inglaterra, y en su virtud justifica los casos conocidos de jurisprudencia de este tribunal como desviaciones de un princi-

(1) En esto pueden hallarse, sin duda, desviaciones del principio de la división de poderes. El ejercicio del veto no es por su naturaleza un acto del ejecutivo, sino que significa, incluso tal como Montesquieu lo concibe, una participación en el proceso de la legislación; del propio modo que una Cámara, al votar contra la decisión de otra, ejerce funciones legislativas. Esto lo reconoce el propio Montesquieu al decir, á propósito del veto de los Lores sobre cuestiones financieras, que esta Cámara «n'aît de part à la législation que par sa faculté d'empêcher». El control del Gobierno tampoco es un acto de legislación. Así, pues, cada poder toma del otro el medio para mantener el equilibrio entre ellos.

pio—mantenido consecuentemente por lo demás—por razones de carácter finalista.

Si se considera la doctrina de Montesquieu desde el punto de vista de la teoría de las funciones, se observará que, á semejanza de todos sus predecesores, ha deducido de la diferencia de los sujetos la de las actividades objetivas llevadas á cabo por éstos. La distinción más importante entre él y sus antecesores, consiste en que, en su tipo ideal de Estado, deben coincidir, generalmente, la diferencia subjetiva y la objetiva; en tanto que desde Aristóteles hasta Montesquieu se fundó el conocimiento de la distinción objetiva en la distinción del sujeto, sin hallar obstáculo alguno para que las mismas personas participen del ejercicio de varias ó de todas las funciones. Según Aristóteles, las mismas personas pueden sentarse en el Senado, en el Gobierno, en el Tribunal, y según Locke, el monarca participa de todas las actividades del Estado.

De esta concepción había de derivarse para Montesquieu la afirmación de que en el mundo no inglés están unidos varios poderes en un individuo, y sólo en el Estado ideal coinciden los poderes subjetivo y objetivo; en los demás, era precisa la oposición entre funciones materiales (objetivas) y formales (subjetivas). Él habla expresamente de Estados en que dos ó más poderes se encuentran unidos en una mano; pero en esencia permanecen separados, si bien esta separación no sea visible en el sujeto (1). No lleva esta idea más lejos, del propio modo que no se encuentra en él una investigación detallada acerca de la legislación, del poder ejecutivo y del judicial.

Doctrinas posteriores han tratado de mejorar la de Montesquieu; pero no de sustituirla con otra del todo nueva. Aquel equilibrio de los poderes, del que esperaba Montes-

(1) XI, 12, 14, 16 á 20.

quieu la conservación de la libertad, lo creen otros, ó contradictorio con los principios del Estado, ó irrealizable. La doctrina de la soberanía popular, de Rousseau, descansa en el principio de la unión de los poderes en el pueblo; si bien distingue la legislación que es irrepresentable, del gobierno, el cual puede ser confiado á un *corps intermédiaire* entre pueblo é individuo, que ha de estar subordinado estrictamente á la voluntad popular como lo está la fuerza á la voluntad (1). Bajo el influjo de Rousseau ha aceptado la Revolución francesa la doctrina de Montesquieu, con la modificación importante de que el poder legislativo sea el supremo. Clermont-Tonnerre y Benjamín Constant, que le sigue, han construído un *pouvoir royal* ó *pouvoir neutre* (2). Este poder real se ha formado según el modelo de la prerrogativa inglesa (3) y debe servir para justificar teóricamente la existencia del rey en los Estados regidos parlamentariamente; pues en éstos el poder ejecutivo corresponde al ministerio, según la división tripartita de Montesquieu, y al rey no le queda atribución alguna. En Alemania se ha intentado transformar los tres poderes en derechos formales de la soberanía, y colocar junto á ellos, como poder independiente, uno ú otro de los antiguos derechos de majestad, ó bien se les ha incluido como una subdivisión del poder ejecutivo en la doctrina de las funciones. A distinción de la francesa, nacida de las necesidades prácticas de la política, tienen los intentos alemanes un carácter meramente literario, y sólo por virtud de la repulsa general del principio de la división de los poderes, debido al derecho federal, han tomado estas teorías un aspecto práctico.

(1) *Contrat social*, II, 2, III, 1.

(2) Constant, *Cours de politique const.*, I, pág. 18 y sigs.

(3) Constant, I, pág. 180 y sigs.

II. División de las funciones del Estado.

Una construcción tan complicada como la del Estado, puede ser considerada desde distintos puntos de vista, y por esto es dable someterla á diversas divisiones, atendiendo á los diferentes fenómenos que ofrece (1). Otro tanto ocurre con sus funciones. Pero el campo de acción se estrecha si se aplica esta división á los fines prácticos, para comprender, tanto la estructura del Estado, cuanto la naturaleza de su ordenación jurídica. Sólo tienen valor aquellas divisiones que penetran en la actividad del Estado y no se detienen en lo exterior. Pero ninguna división puede ofrecer una perfección lógica, porque se trata de comprender la vida y no una materia muerta, y todo lo vivo, aun cuando se dirija á la práctica, está á menudo privado de lógica. Sólo la escolástica, muerta, podría buscarla y exigirla en todo momento, aunque en vano.

La clasificación de los contenidos de las funciones del Estado en los distintos órdenes de la administración no es una división de aquéllas. La separación de las cinco grandes ramas de ésta, á saber: asuntos exteriores, guerra, justicia, hacienda é interior, indica solamente los problemas que el Estado se ha puesto, pero no sus actividades particulares. Bajo el influjo de la teoría absolutista del Derecho Natural, según la cual se trataba de derechos del soberano y no de objetos de actividades

(1) De aquí las quejas de Haenel, *Staatsr.*, I, pág. 119, acerca de la completa indisciplina que domina, tanto en la práctica cuanto en la ciencia y la arbitrariedad en la determinación de los conceptos y en la terminología de los fenómenos fundamentales de la vida del Estado. Esto ocurre y ocurrirá no sólo con el Estado, sino con todo el mundo del espíritu, hasta tanto que los hombres no reciban una impresión espiritual tan honda que les imponga el aceptar sin contradicción determinados conceptos.