

Schmitt, Carl: Teoría de la Constitución,
Almargu Editorial S.A., Madrid, Año 2009,
Pp. 29-134.-

Sección primera

CONCEPTO DE CONSTITUCION

§ 1

CONCEPTO ABSOLUTO DE CONSTITUCION

(La Constitución como un todo unitario)

La palabra «constitución» reconoce una diversidad de sentidos. En una acepción general de la palabra, todo, cualquier hombre y cualquier objeto, cualquier establecimiento y cualquier Asociación, se encuentra de alguna manera en una «constitución», y todo lo imaginable puede tener una «constitución». De aquí no cabe obtener ningún sentido específico. Si se quiere llegar a una inteligencia hay que limitar la palabra «constitución» a Constitución *del Estado*, es decir, de la unidad política de un pueblo. En esta delimitación puede designarse al Estado mismo, al Estado particular y concreto como unidad política, o bien, considerado como una forma especial y concreta de la existencia estatal; entonces significa la *situación total* de la *unidad y ordenación políticas*. Pero «Constitución» puede significar también un sistema cerrado de normas, y entonces designa una unidad, sí, pero no una unidad existiendo en concreto, sino pensada, *ideal*. En ambos casos el concepto de Constitución es *absoluto*, porque ofrece un todo (verdadero o pensado). Junto a esto, domina hoy una fórmula según la cual se entiende por Constitución una serie de leyes de cierto tipo. Constitución y ley constitucional recibirán, según esto, el mismo trato. Así, cada ley constitucional puede aparecer como Constitución. A consecuencia de ello, el concepto se hace *relativo*; ya no afecta a un todo, a una ordenación y a una unidad, sino a algunas, varias o muchas prescripciones legales de cierto tipo.

La definición usual de los tratados es: Constitución = norma fundamental o ley fundamental. Lo que se entiende aquí por «fundamental» suele quedar poco claro; a veces se aplica sólo en un sentido tópico a una cosa políticamente muy importante o inviolable; así, cuando se habla, también con imprecisión, de derechos «fundamentales».

La significación teórico-constitucional de tales acepciones se desprende de la investigación conceptual que sigue; comp. la ojeada sobre las distintas significaciones de *lex fundamentalis*, «norma fundamental» o «ley fundamental», más adelante, § 5, pág. 63.

I. *Constitución en sentido absoluto* puede significar, por lo pronto, la concreta *manera de ser* resultante de cualquier unidad política existente.

1. Primera significación: Constitución = la concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto Estado. A todo Estado corresponde: unidad política y ordenación social; unos ciertos principios de la unidad y ordenación; alguna instancia decisoria competente en el caso crítico de conflictos de intereses o de poderes. Esta situación de conjunto de la unidad política y la ordenación social se puede llamar Constitución. Entonces la palabra no designa un sistema o una serie de preceptos jurídicos y normas con arreglo a los cuales se rija la formación de la voluntad estatal y el ejercicio de la actividad del Estado, y a consecuencia de los cuales se establezca la ordenación, sino más bien el Estado particular y concreto —Alemania, Francia, Inglaterra— en su concreta existencia política. El Estado no *tiene* una Constitución «según la que» se forma y funciona la voluntad estatal, sino que el Estado *es* Constitución, es decir, una situación presente del ser, un *status* de unidad y ordenación. El Estado cesaría de existir si cesara esta Constitución, es decir, esta unidad y ordenación. Su Constitución es su «alma», su vida concreta y su existencia individual.

Este sentido tiene con frecuencia la palabra «constitución» en los filósofos griegos. Según Aristóteles, el Estado (πολιτεία) es una ordenación (τάξις) de la vida común naturalmente dada de los hombres de una ciudad (πόλις) o de un territorio. La ordenación afecta al dominio en el Estado y a su articulación; por su virtud, hay en él un dominador (κύριος), pero a aquélla le compete la finalidad (τέλος) viva de esta ordenación, contenida en la particularidad real de la concreta formación política (Política, libro IV, cap. I, 5). Si se suprime esta Constitución, cesa el Estado; si se funda una Constitución nueva, surge un nuevo Estado. Isócrates (Areópago, 14) llama a la Constitución alma de la Polis (ψύχη πόλεως ἢ πολιτεία). Mejor se aclarará quizá esta idea de Constitución mediante un símil: la canción o pieza musical de un coro permanece igual cuando cambian los hombres que la cantan o ejecutan, o cuando cambia el lugar en que cantan o tocan. La unidad y ordenación reside en la canción y en la partitura, como la unidad y ordenación del Estado reside en su Constitución.

Cuando Jorge Jellinek (*Allgemeine Staatslehre*, pág. 491) presenta la Constitución como «una ordenación, según la cual se forma la voluntad del Estado», confunde una ordenación real presente con una norma con arreglo a la cual funciona algo, legal y debidamente. Todas las ideas que aquí vienen a cuento, tales como unidad, ordenación, finalidad (τέλος), vida, alma, deben denunciar algo del ser, no algo sólo normativo, o mejor dicho de lo que debe ser.

2. Segunda significación: Constitución = una manera especial de ordenación política y social. Constitución significa aquí el modo concreto de la supra- y subordinación, puesto que en la realidad social no se da ninguna ordenación sin supra- y subordinación. Aquí, Constitución es la *forma*

especial del dominio que afecta a cada Estado y que no puede separarse de él; por ejemplo: Monarquía, Aristocracia o Democracia, o como se quieran dividir las formas de gobierno. Constitución es aquí = *forma de gobierno*. En tal caso, la palabra «forma» designa igualmente algo existente, un *Status*, y no algo acomodado a preceptos jurídicos o a lo normativamente *de-bido*. También en este sentido de la palabra tiene todo Estado, claro está, una Constitución, pues le corresponde siempre alguna de las formas en que los Estados existen. También en este punto sería lo más exacto decir que el Estado *es* una Constitución; *es* una Monarquía, Aristocracia, Democracia, República de Consejos, y no sólo *tiene* una Constitución monárquica, etc. La Constitución es aquí la «forma de las formas», *forma formarum*.

En este sentido se empleó la palabra *status* (junto a otras significaciones de palabra tan rica en posibilidades expresivas; p. ej., situación en general, estamento, etc.), sobre todo en la Edad Media y en el siglo xvii. Santo Tomás de Aquino distingue en su *Summa Theologica* (I, II, 19, 10, c) como formas de gobierno (*status*), en congruencia con Aristóteles, 1, el Estado aristocrático (*status optimatum*), en el que rige una de algún modo selecta y escogida minoría (*in quo pauci virtuosus principantur*); 2, la Oligarquía (*status paucorum*), es decir, el dominio de una minoría sin atender a una especial cualidad de selección; 3, la Democracia (el *status popularis*), en que domina la multitud de los campesinos, artesanos y trabajadores. Bodinus (*Les six livres de la République*, 1.ª ed., 1577, especialmente en el libro VI) distingue entre estas formas de gobierno el Estado popular (*état populaire*), Estado monárquico (*état royal*) y Estado aristocrático. En Grotius (*De jure belli ac pacis*, 1625), *status* es, en cuanto interesa aquí la expresión, la «forma *civitatis*» y, por tanto, también Constitución. En análogo sentido habla Hobbes (p. ej., *De cive*, 1642, cap. 10) de *status monarchicus*, *status democraticus*, *status mixtus*, etc.

Con una Revolución lograda se da sin más un nuevo *Status* y *eo ipso* una nueva Constitución. Así, en Alemania, tras la Revolución de noviembre de 1918, pudo el Consejo de Comisarios del Pueblo hablar, en una proclama de 9 de diciembre de 1918, de la «Constitución dada por la Revolución» (W. Jellinek, *Revolution und Reichsverfassung*, Jahrb. des oeffentl. Rechts IX, 1920, pág. 22).

3. Tercera significación: Constitución = el principio del devenir dinámico de la unidad política, del fenómeno de la continuamente renovada *formación y erección* de esta *unidad* desde una *fuerza y energía* subyacente u operante en la base. Aquí se entiende el Estado, no como algo existente, en reposo estático, sino como algo en devenir, surgiendo siempre de nuevo. De los distintos intereses contrapuestos, opiniones y tendencias, debe formarse diariamente la unidad política —«integrarse», según la expresión de Rodolfo Smend.

Este concepto de constitución se contraponen a los anteriores conceptos, que hablan de un *status* (con el sentido de una unidad estática). Aunque en la idea de Aristóteles se da también el elemento dinámico, la rigurosa separación de lo estático y lo dinámico tiene algo de artificiosa y violenta. En todo caso, este concepto «dinámico» de Constitución queda en la esfera del ser (evolutivo) y del existir; la Constitución

no se convierte todavía (como mediante el concepto de Constitución que después se tratará en II) en una simple regla o norma, bajo la cual subsumir. La Constitución es el principio activo de un proceso dinámico de energías eficaces, un elemento del devenir, pero no, ciertamente, un procedimiento regulado de prescripciones e imputaciones «normativas».

Lorenzo von Stein presentó en una gran construcción sistemática este concepto de Constitución. Es cierto que habla sólo de las Constituciones francesas desde 1789, pero al mismo tiempo alude al principio general dualístico de la teoría constitucional, que está reconocido con especial nitidez en Santo Tomás de Aquino (*Summa Theologica*, I, II, 105, art. 1) al subrayar dos cosas (*duo sunt attendenda*): una, la participación de todos los ciudadanos en la formación de la voluntad del Estado (*ut omnes aliquam partem habeant in principatu*), y dos, la especie de gobierno y dominación (*species regiminis vel ordinationis principatumum*). En el viejo contraste de libertad y orden, que está emparentado con el contraste de los principios político-formales (identidad y representación), cuyo desarrollo vendrá después (§ 16, II). Para Stein, las primeras Constituciones de la Revolución de 1789 (Constituciones de 1791, 1793, 1795) son *Constituciones* del Estado en sentido preciso, por contraste con las *Ordenaciones* del Estado, que comienzan con Napoleón (1799). La diferencia estriba en lo siguiente: la *Constitución* del Estado es aquella ordenación que comporta la coincidencia de la voluntad individual con la voluntad total del Estado y abarca a los individuos como miembros vivos del organismo estatal. Todas las instituciones y fenómenos constitucionales tienen el sentido de que el Estado «se reconoce como la unidad personal de la voluntad de todas las personalidades libres determinadas a la autodominación». La *ordenación* del Estado, por el contrario, considera ya a los individuos y a las autoridades como miembros del Estado y exige de ellos *obediencia*. En la Constitución del Estado sube la vida estatal de abajo arriba; en la ordenación del Estado actúa de arriba hacia abajo. La Constitución del Estado es *libre formación* de la voluntad del Estado; la ordenación del Estado es *ejecución* orgánica de la voluntad así formada (*Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich*, t. I, *Der Begriff der Gesellschaft*, ed. de G. Salomón, Munich, 1921, t. I, págs. 408-9; además, *Verwaltungslehre*, I, pág. 25). El pensamiento de que la Constitución sea el principio fundamental operante de la unidad política ha encontrado una vigorosa expresión en el célebre discurso de F. Lassalle, *Ueber Verfassungswesen*, 1862: «Si la Constitución, pues, forma la ley fundamental de un país, resultará ser... una *fuerza activa*.» Esta fuerza activa, y la esencia de la Constitución, las encuentra Lassalle en las relaciones objetivas de poder.

Lorenzo von Stein ha sido el fundamento del pensamiento teórico-constitucional del siglo XIX alemán (y al mismo tiempo, el vehículo en el que pudo permanecer viva la Filosofía del Estado de Hegel). En Roberto Mohl, en la *Teoría del Estado de Derecho* de Rodolfo Gneist, en Alberto Haenel, en todas partes, se reconocen las ideas de Stein. Esto cesa, tan pronto como cesa el pensamiento teórico-constitucional, esto es, con el dominio de los métodos de Laband, que se limitan a practicar en el texto de las prescripciones constitucionales el arte de la interpretación literal; a eso se llamaba «Positivismo».

Ahora, Rodolfo Smend, en su artículo «El poder político en el Estado constitucional y el problema de la forma de Gobierno» (Homenaje a W. Kahl, Tubinga, 1923) ha vuelto a situar el problema teórico-constitucional en todo su contorno. A las ideas de este artículo habremos de remitirnos todavía con frecuencia en lo sucesivo. Así, tal como hasta ahora se encuentra —sólo en esquema, por desgracia— la teoría de la «Integración» de la unidad estatal, me parece envuelve una inmediata derivación de las teorías de Lorenzo von Stein.

II. Constitución en sentido absoluto puede significar una *regulación legal fundamental*, es decir, un *sistema de normas* supremas y últimas (Constitución = norma de normas).

1. Aquí, constitución no es una actuación del ser, ni tampoco un devenir dinámico, sino algo normativo, un simple «deber-ser». Pero con esto no se trata de leyes o normas particulares, si bien quizá muy importantes y producidas con determinadas características externas, sino de una normación total de la vida del Estado, de la ley fundamental en el sentido de una unidad cerrada, de la «ley de las leyes». Todas las otras leyes y normas tienen que poder ser referidas a esa *una* norma. Bajo tal significación de la palabra, el Estado se convierte en una ordenación jurídica que descansa en la Constitución como norma fundamental; es decir, en una unidad de normas jurídicas. Aquí, la palabra «Constitución» designa una unidad y totalidad. También es, por eso, factible identificar Estado y Constitución; pero no, como en la anterior significación de la palabra, en el modo Estado = Constitución, sino al contrario: la Constitución es el Estado, porque el Estado es tratado como un *Deber-ser* normativo, y se ve en él sólo un sistema de normas, una ordenación «jurídica», que no tiene una existencia del Ser, sino que vale como deber, pero que no obstante —puesto que aquí se coloca una unidad cerrada, sistemática, de normas y se equipara con el Estado— sirve para fundar un concepto absoluto de Constitución. Por eso es también posible designar en este sentido a la Constitución como «soberana», si bien ésta es una forma poco clara de expresarse. Pues, en pureza, sólo una cosa con existencia concreta, y no una simple norma válida, puede ser soberana.

La forma de expresión según la cual no dominan los hombres, sino normas y leyes, que en este sentido deben ser «soberanas», es muy vieja. Para la moderna teoría de la Constitución, viene al caso el siguiente proceso histórico: En la época de la Restauración monárquica en Francia, y bajo la Monarquía de Julio (así, pues, de 1815 a 1848), han calificado especialmente los representantes del liberalismo burgués, los llamados «doctrinarios», a la Constitución (la *Charte*) de «soberana». Esta notable personificación de una ley escrita tenía el sentido de elevar la ley con sus garantías de la libertad burguesa y de la propiedad privada por encima de cualquier poder político. De este modo, se soslayaba la cuestión política de si era soberano el Príncipe o el Pueblo; la respuesta era sencillamente: no el Príncipe ni el Pueblo, sino la «Constitución» es soberana (comp. más adelante, § 6, II, 7, pág. 73). Es la respuesta típica de los liberales del Estado burgués de Derecho, para los cuales tanto la Monarquía como la Democracia deben limitarse en interés de la libertad burguesa y de la propiedad privada (sobre esto, más adelante, § 16, pág. 215). Así, habla un «doctrinario» típico de la época de la Restauración y Luis Felipe, Royer-Collard, de la soberanía de la Constitución (comprobación en J. Barthélemy, *Introduction du régime parlementaire en France*, 1904, págs. 20 y sigs.); Guizot, un representante clásico del Estado liberal de Derecho, habla de la «soberanía de la Razón», de la Justicia y de otras abstracciones, reconociendo acertadamente que sólo puede llamarse «soberana» una norma cuando no es voluntad y mandato positivos, sino Verdad, Razón y Justicia racional, y, por tanto, tiene determinadas *cualidades*; pues de otro modo, es soberano precisamente aquel que quiere y manda. Tocqueville representó y acentuó de modo

consecuente para la Constitución francesa de 1830 la inmutabilidad de la Constitución, derivando de ella todas las atribuciones del pueblo, del Rey y del Parlamento; fuera de la Constitución, todas estas magnitudes políticas no son nada («*bors de la Constitution ils ne son rieht*», nota 12 al t. I, cap. 6 de la *Démocratie en Amérique*).

La teoría del Estado de H. Kelsen en tantos libros repetida (*Haupt-probleme der Staatsrechtslehre*, desarrollo de la *Lehre vom Rechtssatz*, 2.ª ed., 1923; *Das Problem des Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 1920; *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1922; *Allgemeine Staatslehre*, 1925), presenta también el Estado como un sistema y una unidad de normas jurídicas, naturalmente sin el menor intento de esclarecer el principio objetivo y lógico de esta «unidad» y este «sistema» y sin explicar cómo ocurre y por qué necesidad sucede que las muchas prescripciones legales positivas de un Estado y las distintas normas legal-constitucionales formen un tal «sistema» o una «unidad». El *ser* o *devenir* político de la unidad y ordenación estatal se cambia en *funcionamiento*, el contraste de *ser* y *deber ser* se confunde constantemente con el contraste del *ser* sustancial y el *funcionamiento* legal. Pero la teoría se hace inteligible si se la contempla como última derivación de la antes citada auténtica teoría del Estado burgués de Derecho, que trata de hacer del Estado una ordenación jurídica, viendo en esto la esencia del Estado de Derecho. En su gran época, en los siglos XVII y XVIII, la burguesía encontró la fuerza en un verdadero sistema: el Derecho racional y natural, y constituyó normas válidas en sí mismas de conceptos como propiedad privada y libertad personal, que valen antes que y sobre cualquier *ser* político, porque son *justas* y *razonables* y por eso envuelven un Deber-ser auténtico, independiente de la realidad del Ser, es decir, de la realidad jurídico-positiva. De aquí se deducía una normatividad; aquí se podía hablar de sistema, orden y unidad. En Kelsen, por el contrario, sólo valen las normas *positivas*, es decir, aquellas que *realmente* valen; no valen porque en justicia *deban* valer, sino sólo porque son *positivas*, sin consideración a cualidades como razonabilidad, justicia, etc. Aquí cesa de repente el *deber ser* y desaparece la normatividad; en su lugar aparece la tautología de unos simples hechos: una cosa vale, cuando vale y porque vale. Esto es «positivismo». A quien sostenga en serio que «la» Constitución debe valer como «norma fundamental», y toda otra validez derivar de ella, no le es lícito el tomar como fundamento de un puro sistema de puras normas prescripciones concretas cualesquiera, porque hayan sido establecidas por un determinado órgano (*Stelle*), sean reconocidas y por ello designadas como «positivas», y así, sólo, resulten eficaces de hecho. Sólo de preceptos sistemáticos justos en sí mismos por virtud de su razonabilidad o justicia, sin consideración a la validez «positiva» de consecuencias normativas, se puede derivar una unidad u ordenación normativa.

2. En realidad, una Constitución es válida cuando emana de un poder (es decir, fuerza o autoridad)¹ constituyente y se establece por su voluntad. La palabra «voluntad» significa, en contraste con simples normas, una magnitud del Ser como origen de un Deber-ser. La voluntad se da de un modo existencial: su fuerza o autoridad reside en su ser. Una norma puede valer cuando es *justa*; entonces la concatenación sistemática conduce al Derecho natural y no a la Constitución positiva; o bien una norma vale porque está positivamente ordenada, es decir, por virtud de una voluntad existente. Una norma nunca se establece por sí misma (éste es un modo fan-

¹ Sobre el contraste de fuerza (*potestas*) y *auctoritas*, comp. la observación al § 8, pág. 93.

tástico de hablar), sino que se reconoce como justa porque es derivable de preceptos cuya esencia es también justicia y no sólo positividad, es decir, verdadera realidad ordenadora. Quien dice que la Constitución vale como *norma fundamental* (no como voluntad positiva), afirma con ello que es capaz de portar, en virtud de ciertas cualidades de *contenido*, lógicas, morales u otras, un sistema cerrado de preceptos justos. Decir que una Constitución no vale a causa de su justicia normativa, sino sólo de su positividad, y que sin embargo, funda como pura norma un sistema o una ordenación de puras normas, es una confusión llena de contradicciones.

No hay ningún sistema constitucional cerrado de naturaleza puramente normativa, y es arbitrario conferir trato de unidad y ordenación sistemáticas a una serie de prescripciones particulares, entendidas como leyes constitucionales, si la unidad no surge de una supuesta *voluntad unitaria*. Igualmente es arbitrario hablar de buenas a primeras de una ordenación jurídica. El concepto de ordenación jurídica contiene dos elementos completamente distintos: el elemento normativo del Derecho y el elemento real de la ordenación concreta. La unidad y ordenación reside en la existencia política del Estado, y no en leyes, reglas ni ninguna clase de normatividades. Las ideas y palabras que hablan de Constitución como una «ley fundamental», o una «norma fundamental», son casi siempre oscuras e imprecisas. Subsumen en una serie de normaciones de las más variadas clases, por ejemplo, los 181 artículos de la Constitución de Weimar, una «unidad» sistemática, normativa y lógica. Habida cuenta de la diversidad de pensamientos y contenidos de las prescripciones particulares insertas en la mayor parte de las leyes constitucionales, eso no es otra cosa que una burda ficción. La unidad del Reich alemán no descansa en aquellos 181 artículos y en su vigencia, sino en la existencia política del pueblo alemán. La voluntad del pueblo alemán —por tanto, una cosa existencial— funda la unidad política y jurídica, más allá de las contradicciones sistemáticas, incongruencias y oscuridades de las leyes constitucionales concretas. La Constitución de Weimar vale porque el Pueblo alemán «se la ha dado».

3. Las representaciones de la Constitución como una unidad normativa y cosa absoluta, se aclaran históricamente por una época en que la Constitución era entendida como codificación cerrada. En Francia dominó en 1789 esta fe racionalista en la sabiduría de un legislador y se confiaba en formular un plan consciente y completo de la vida política y social toda; bien que algunos consideraban asimismo la posibilidad de tomar en cuenta un cambio y revisión. Pero ya hoy no existe la fe en la posibilidad de un sistema de prescripciones normativas definitivamente justo, abarcando al Estado en su totalidad. Hoy se encuentra extendida la conciencia opuesta; que el texto de toda Constitución es independiente de la situación política y social del momento de su elaboración. Las razones por las cuales ciertas determinaciones legales son inscritas precisamente en una «Constitución» y no en una simple ley, dependen de consideraciones y contingencias políticas de las coaliciones de partidos. Con la fe en Codificación y unidad sistemática desaparece también el puro concepto normativo de Constitución

tal como lo supone la idea liberal de un absoluto Estado de Derecho. Era posible, sólo en tanto hallasen fe los supuestos metafísicos del Derecho natural burgués. La Constitución se transforma ahora en una serie de distintas leyes constitucionales positivas. Si, a pesar de eso, todavía se sigue hablando de norma fundamental, ley fundamental, etc. —no hay por qué citar aquí ejemplos y demostraciones—, es por efecto de la inercia de fórmulas tradicionales que hace tiempo están vacías. Igualmente impreciso y perturbador es seguir hablando de «la» Constitución. En realidad, se hace referencia a una mayoría o pluralidad asistemática de prescripciones legal-constitucionales. El concepto de Constitución se ha relativizado hasta convertirse en concepto de *ley constitucional en concreto*.

§ 2

CONCEPTO RELATIVO DE CONSTITUCION

(La Constitución como una pluralidad de leyes particulares)

La relativización del concepto de Constitución consiste en que en lugar de fijarse el concepto unitario de Constitución como un todo, se fija sólo el de *ley constitucional concreta*, pero el *concepto de ley constitucional* se fija según *características* externas y accesorias, llamadas *formales*.

I. Constitución, en sentido relativo, significa, pues, la ley constitucional en particular. Toda distinción objetiva y de contenido se pierde a consecuencia de la disolución de la Constitución única en una pluralidad de leyes constitucionales distintas, formalmente iguales. Para este concepto «formal» es indiferente que la ley constitucional regule la organización de la voluntad estatal o tenga cualquier otro contenido. Ya no se preguntará por qué una prescripción legal-constitucional necesita ser «fundamental» (*grundlegend*). Este modo de consideración relativizadora, llamada formal, hace indistinto todo lo que está en una «Constitución»; igual, es decir, igualmente relativo.

En la Constitución de Weimar se encuentran en gran número tales prescripciones legal-constitucionales, de las que en seguida puede advertirse no son fundamentadoras (*grundlegend*) en el sentido de una «ley de leyes»; p. ej., art. 123, 2: «Las reuniones al aire libre pueden ser sometidas al deber de previo aviso por una ley del Reich, y prohibidas en caso de inmediato peligro para la seguridad pública.» Art. 129, 3: «Se garantizará al funcionario el derecho a examinar su expediente personal.» Art. 143: «Los docentes de las escuelas públicas tienen los derechos y deberes de funcionarios públicos.» Art. 144, 2: «La inspección escolar será ejercida por funcionarios técnicos superiores especializados.» Art. 149, 3: «Se mantendrán las Facultades de Teología en las Universidades.» Todas son regulaciones legales que se han convertido en leyes constitucionales mediante su recepción en «la Constitución». La recepción en la Cons-

titución se explica por la situación histórica y política del año 1919. Los partidos en cuya cooperación descansaba la mayoría de la Asamblea nacional de Weimar quisieron con ahínco dar a estas prescripciones el carácter de normas constitucionales. No puede hallarse una razón objetiva para distinguir con forzosidad lógico-jurídica estas prescripciones particulares de otras también muy importantes. Se hubiera podido inscribir de igual manera en la Constitución que se garantizan el matrimonio civil y la disolución del matrimonio, que subsiste la libertad de testar, que el autorizado para cazar ha de reparar los daños en toda su magnitud, o que no pueden ser subidos los alquileres en los diez años inmediatos.

Tales detalles de la ley constitucional son todos igualmente «fundamentales» para una consideración formalista y relativista sin distinciones. La frase del art. 1, apartado 1 de la C. a.: «El Reich es una República», y la frase del art. 129, «se garantizará al funcionario el derecho a examinar su expediente personal», se llaman ambas «normas fundamentales», «ley de leyes», etc. Pero claro está que con tal formalización no reciben carácter fundamental en ningún modo aquellas prescripciones particulares, sino, al contrario, las auténticas prescripciones fundamentales son rebajadas al grado de detalles de la ley constitucional.

Las notas «formales» del concepto de Constitución son discutibles. Preciso es recordar sobre ello que la confusión de terminología y de formación conceptual usuales hoy, es muy grande. Por lo pronto, se equiparan y truecan tácitamente Constitución (como unidad) y ley constitucional (como particularidad); en segundo lugar, no se distinguen «Constitución en sentido formal» y «ley constitucional en sentido formal»; y, por último, se ofrecen dos notas para la determinación del carácter «formal», obtenidas de dos puntos de vista por completo dispares: unas veces se designa como «Constitución en sentido formal» sólo una Constitución *escrita*, y otras debe consistir lo formal de la ley constitucional, y de la así tácitamente equiparada Constitución, en que su *reforma está ligada a supuestos y procedimientos de mayor dificultad*.

II. *La Constitución escrita*. Lo «formal» de la Constitución escrita no puede consistir naturalmente en que alguien haya llevado al papel algunas prescripciones o estipulaciones, las haya instrumentado o hecho instrumentar, y por eso nos encontremos en presencia de un documento escrito. El carácter de formal sólo puede ser adquirido cuando ciertas propiedades, sea de la persona u órgano que emite el documento, sea del contenido instrumentado, justifican el hablar de una Constitución en sentido formal. Históricamente considerados, contenido y significado de la Constitución escrita pueden ser muy diversos y varios.

En el siglo XIX, por ejemplo, hasta el año 1848, la burguesía, en lucha con la Monarquía absoluta, venía exigiendo una Constitución escrita. Aquí el concepto de Constitución escrita se convierte en un concepto ideal, en el que se encuentran ínsitas las más distintas exigencias del Estado burgués de Derecho. Bien se comprende que estas demandas de una Constitución escrita formuladas por la burguesía liberal no hu-

bieran sido satisfechas emitiendo el rey una ordenación cualquiera con un contenido cualquiera, y despachando así un documento. Como Constitución escrita, en el sentido de esta exigencia política, valía tan sólo la que correspondiera al contenido de estas exigencias; comp. sobre esto, después, § 4, pág. 61.

Las razones que han llevado a designar como Constitución en sentido formal precisamente a la Constitución escrita son también muy distintas y proceden de puntos de vista contrapuestos, que es preciso distinguir aquí. Por lo pronto, la idea general de que una cosa fijada por escrito puede ser demostrada mejor, que su contenido es estable y protegido contra modificaciones. Ambos puntos de vista, *demostrabilidad* y *mayor estabilidad*, no bastan, sin embargo, para hablar en un sentido riguroso de formalismo. Antes bien, lo escrito necesita proceder de un órgano (*Stelle*) competente; se dará por supuesto un procedimiento reconocido como el adecuado, antes de que lo escrito pase por auténticamente escrito. Contenido y documento, pues, concurren tan sólo en un cierto procedimiento, y no son lo decisivo. La Constitución escrita necesita aparecer dentro de un cierto procedimiento, por ejemplo, ser *convenida*, según las exigencias de la burguesía alemana del siglo XIX (comp. después, § 6, pág. 73). «Si propongo a un jurista esta cuestión (la esencia de la Constitución), me contestará algo como esto: Una Constitución es un pacto jurado entre rey y pueblo, que fija los principios fundamentales de legislación y gobierno en un país» (Lassalle, 1862). La Constitución sería, pues, un *pacto* escrito. Pero una vez que ha aparecido así, podrá ser cambiada en vía *legislativa*, y aparece como *ley* escrita. En ambos casos se trata, naturalmente, tan sólo de que la Representación popular (el Parlamento) coopere; los conceptos «pacto» y «ley» tienen sólo el sentido político de asegurar la cooperación de la representación popular. La instrumentación (*Beurkundung*) viene a añadirse a eso, como otras formalidades, por ejemplo, la jura solemne. Tales características formales no pueden bastar nunca por sí mismas.

La exigencia de una «Constitución escrita» lleva como último resultado a considerar la Constitución como una *ley*. Aun cuando se haya erigido como convenio entre Príncipe y Representación popular, sólo debe poder ser cambiada en vía legislativa. Constitución se convierte, pues, en = ley, si bien, es cierto, ley de una clase especial, y se coloca como *lex scripta*, en contraposición a Derecho consuetudinario. Esta fórmula: Constitución = *lex scripta*, no necesita significar todavía la disolución de la Constitución única en una serie de distintas leyes constitucionales. Históricamente, la práctica de las modernas Constituciones escritas comienza con un contraste respecto a la práctica constitucional inglesa, que fundamentalmente reposa en la costumbre y usos: las Colonias inglesas en Norteamérica, que se declararon Estados independientes en 4 de junio de 1796, se dieron Constituciones escritas que fueron proyectadas y promulgadas como leyes por Asambleas «constituyentes» (más adelante, § 4, II, 3, pág. 61). Pero estas Constituyentes no fueron pensadas como leyes constitucionales aisladas, sino como codificaciones. Si el concepto de Constitución escrita lleva a

considerar la Constitución como ley, es, por lo pronto, sólo en el sentido de un concepto absoluto de Constitución, es decir, como *unidad* y como un *todo*. La Constitución inglesa, que descansa en actos de distinta naturaleza, en convenciones, pactos, leyes aisladas, costumbres y precedentes, no vale como Constitución en sentido formal, porque no ha aparecido ni ha sido escrita *completamente*, es decir, como una codificación cerrada, en forma de una ley. Han aparecido numerosas leyes constitucionales inglesas en forma de leyes escritas; así, para tomar sólo un ejemplo, la famosa Acta de Parlamento de 1911, mediante la cual se limita la colaboración de la Alta Cámara en la elaboración de leyes (más adelante, pág. 286). Inglaterra tiene, pues, leyes constitucionales en el sentido de leyes constitucionales escritas. Cuando, a pesar de ello, se dice que no tiene una Constitución en sentido formal, se entiende por Constitución una codificación cerrada que regula exhaustivamente el procedimiento de formación de la voluntad estatal. La idea de una Constitución escrita debía permanecer, por consiguiente, en la idea más amplia de una codificación constitucional cerrada y un concepto absoluto de Constitución.

Pero ya se ha dicho que hoy falta fe en tales codificaciones. Las Constituciones de los distintos Estados aparecen como una serie de diversas normaciones legales de conjunto: prescripciones orgánicas sobre las autoridades más importantes del Estado, programas y directrices de carácter general, garantías de ciertos derechos y numerosas prescripciones particulares que sólo han sido inscritas en la Constitución porque se quiere sustraerlas a las cambiantes mayorías parlamentarias y porque los partidos que determinan el contenido de la «Constitución» aprovechan la ocasión para prestar el carácter de leyes constitucionales a sus postulados de partido. Por lo demás, si una tal serie de leyes constitucionales es acordada por una Asamblea constituyente convocada de intento a este fin, la unidad de las prescripciones en ella contenidas no reside en su conjunto material, sistemático y normativo, sino en una *voluntad* política que, fuera de estas normas, las hace leyes constitucionales y que, como fundamento unitario suyo, emana de sí la unidad de aquéllas. En todos los países con Constituciones escritas se tiene hoy, en realidad, sólo una pluralidad de *leyes* constitucionales escritas.

Así, se aceptará en general que *Francia* tiene una Constitución escrita, una Constitución en sentido formal, y se habla de «la» Constitución del año 1875 porque en éste y en los siguientes años fueron promulgadas varias de las más importantes leyes constitucionales. Pero en las leyes constitucionales del año 1875 falta, como Barthélemy-Duez, págs. 39 y sigs., dice con razón, todo método, toda perfección dogmática, incluso la voluntad de ser completas y exhaustivas. «*Il n'y a pas de constitution; il y a des lois constitutionnelles.*» El resto, descansa todo él en costumbre y tradición, y sería imposible conocer, con los textos de estas leyes constitucionales en la mano, la vida política de la República francesa y ver en ellos, ni aun siquiera en un sentido sistemático aproximado, la normación exhaustiva del Derecho político francés.

En comparación con esas leyes constitucionales francesas, la *Constitución de Weimar* es sistemática y completa en lo que afecta a su parte orgánica. Pero, en todo caso,

envuelve una serie de leyes particulares y principios heterogéneos, así que tampoco cabe hablar aquí de una codificación en sentido material. También aquí se disuelve la unidad cerrada de una codificación constitucional en una suma de numerosas prescripciones particulares de índole legal-constitucional.

La pretendida determinación formal del concepto: Constitución en sentido formal = Constitución escrita, no enuncia hoy otra cosa que: Constitución = una serie de leyes constitucionales escritas. Más allá del concepto de *ley* constitucional, se pierde el concepto de Constitución. Con ello, nada de específico se gana para la determinación del concepto de Constitución. Aquel pretendido concepto formal ha llevado tan sólo a relativizar el concepto de Constitución, es decir, a hacer de la Constitución, entendida como unidad cerrada, una multitud de prescripciones legales externamente caracterizadas, que se designan como «leyes constitucionales». Con esto, surge el problema, más amplio, de la otra característica formal de la ley constitucional: el problema de la mayor dificultad en la reforma.

III. *Reforma dificultada, como característica formal de la ley constitucional.* La nota formal de la Constitución o (indistintamente) de la ley constitucional, se hallará en que los cambios constitucionales están sometidos a un procedimiento especial con condiciones más difíciles. Mediante las *condiciones de reforma dificultadas* se protege la duración y estabilidad de las leyes constitucionales y «se aumenta la fuerza legal».

Según Haenel (*Staatsrecht*, I, pág. 125, quien, por lo demás, sucumbe también aquí a la típica confusión de Constitución y ley constitucional), leyes constitucionales son «leyes externamente destacadas, a las que se atribuye una significación preeminente bajo circunstancias histórico-política dadas, y que reciben singulares garantías de duración e inviolabilidad por cuanto sus reformas están ligadas a formas de mayor dificultad y su permanencia asegurada por singulares condiciones de responsabilidad». Esta determinación conceptual de Haenel es todavía muy sustancial. G. Jellinek define simplemente: «La nota jurídica esencial de las leyes constitucionales estriba exclusivamente en su fuerza legal aumentada..., por eso son muy consecuentes aquellos Estados que no conocen diferenciación formal entre sus leyes al rechazar la recopilación de una serie de prescripciones legales bajo el nombre de un documento constitucional» (*Allg. Staatslehre*, pág. 520; *Gesetz und Verordnung*, pág. 262); además, Laband: *Staatsrecht*, II, págs. 38 y sigs.; Egon Zweig: *Die Lehre vom Pouvoir constituant*, 1909, págs. 5-6; W. Hildesheimer: *Über die Revision moderner Staatsverfassungen (Abhandlungen aus dem Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht*, XV, 1, Tubinga, 1918), págs. 5 y sigs.

1. Hay Estados en que todas las prescripciones legales, sin consideración a su contenido, pueden ser reformadas por el procedimiento de una simple ley. Falta, pues, aquí, toda protección especial contra las reformas y no se da en este aspecto diferencia ninguna entre leyes constitucionales y leyes ordinarias, así que no puede hablarse de leyes constitucionales en sentido formal. Se habla aquí de *Constituciones flexibles*, expresión que deja abierto el tema de qué ha de entenderse por «Constitución» y por «ley constitucional».

El ejemplo capital de un país sin «Constitución en sentido formal» es Inglaterra, porque ahí no se hace distinción entre prescripciones orgánicas —acerca de las relaciones de Cámara alta y Cámara baja, por caso— y cualesquiera otras leyes, insignificantes en comparación —acaso una ley sobre el ejercicio de la profesión de dentista—. Todas las leyes se establecen mediante aprobación del Parlamento, y así, no cabe distinguir la Constitución, desde un punto de vista formal, de una tal ordenación de dentistas. La insuficiencia de semejante «formalismo» se ve ya en la absurdidad de este ejemplo.

A diferencia de estas «Constituciones flexibles», otras Constituciones se llaman *rígidas*. Una Constitución absolutamente rígida necesitaría prohibir todo cambio de cualquiera de sus prescripciones. En este sentido absoluto no habría ya ninguna Constitución rígida. Pero sí ocurre que haya prohibición *constitucional* de reforma para algunas prescripciones constitucionales *aisladas*. Así, una ley francesa de 14 de agosto de 1884, *prohíbe* hacer objeto de una propuesta de reforma constitucional la forma de gobierno republicana. Es un caso singular, cuya significación precisa habrá de ser tratada más adelante. Para la consideración formal que aquí se discute, no hace de la Constitución francesa una Constitución absolutamente rígida por lo que al resto se refiere.

Se califican, sin embargo, de Constituciones rígidas aquellas en que está prevista constitucionalmente la posibilidad de reformas o revisiones constitucionales; pero esta reforma o revisión se encuentra ligada a *supuestos* o *procedimientos especiales de mayor dificultad*.

Ejemplos: art. 76, C. a.: «La Constitución puede cambiarse por vía legislativa. Sin embargo, para que prosperen los acuerdos del Reichstag modificativos de la Constitución se necesita la presencia de los dos tercios del número legal de sus miembros y la conformidad de los dos tercios, al menos, de los presentes. También los acuerdos del Reichsrat sobre reformas de la Constitución necesitan una mayoría de dos tercios de los votos emitidos.» Art. 78, a. C. a.: «Las reformas de la Constitución se siguen en vía legislativa. Se entienden desechadas si encuentran 14 votos en contra en el Bundesrat.» El art. 8.º de la ley constitucional francesa, de 25 de febrero de 1875, determina que las reformas de la Constitución se hacen por acuerdo de una «Asamblea nacional», es decir, de una Asamblea compuesta de la reunión de ambas Cámaras —Cámara de Diputados y Senado—. Además, art. 118 y sigs. de la Constitución federal suiza de 29 de mayo de 1874 (con distinción entre revisión total y parcial); art. V de la Constitución federal americana de 1787, etc. Comp. después, § 11, pág. 122.

Si no existen ningunas prescripciones constitucionales sobre reformas de la Constitución (por ejemplo, en las Constituciones francesas [cartas] de 1814 y 1830), puede ser, sin duda, o que se acepte una Constitución flexible o una absolutamente rígida, es decir, o que las reformas de la Constitución pueden tener lugar en vía legislativa ordinaria, o que el silencio de la Constitución signifique que están prohibidas las reformas.

La respuesta acertada es: la Constitución sólo puede ser abolida como totalidad mediante un acto de Poder constituyente, estando prohibidas las modificaciones de la ley

constitucional. Desacertado, Hildesheimer, ob. cit., pág. 8, cuya explicación se hace, por desgracia, oscura, a causa de la confusión de Constitución y ley constitucional.

2. En el requisito de reforma dificultada hay una cierta garantía de duración y estabilidad. Claro es que garantía y estabilidad desaparecen cuando un partido o coalición de partidos decide y está en situación de proveer a los supuestos de mayor dificultad. En Alemania, a pesar de la gran atomización de los partidos, ha habido numerosas leyes desde el año 1919 ajustadas a las exigencias del art. 76 C. a., y, por ello, caracterizadas como «modificativas de la Constitución». El primitivo sentido de la garantía de una *Constitución* se pierde cuando la Constitución como un todo se relativiza en una pluralidad de distintas leyes constitucionales. La Constitución es, por su contenido y alcance, siempre más elevada y abarca más que cualquier ley particular. El contenido de la Constitución no era una cosa singular y destacada a causa de su más difícil reforma, sino al contrario: debía recibir la garantía de duración a causa de su significación fundamental. Esta consideración perdió peso cuando se trató, no ya de «la Constitución», sino de una o de varias de las numerosas leyes constitucionales en particular. Entonces surgió un punto de vista muy sencillo, de táctica partidista: la reforma dificultada no era ya la consecuencia de la cualidad constitucional, sino al contrario: se convertía en constitucional una prescripción para protegerla por cualesquiera razones prácticas (ajenas a cuanto tenga que ver con norma fundamental, etc.) frente al legislador, es decir, frente a las cambiantes mayorías parlamentarias. Cuando en agosto de 1926 se creó en Francia, por acuerdo de una Asamblea nacional, una llamada «Caisse autonome» para asegurar en ley constitucional ciertos ingresos a la amortización de la deuda pública y sustraerlos a los acuerdos presupuestarios de las mayorías parlamentarias, se trataba de algo efectivamente muy importante desde el punto de vista práctico, pero no «fundamental» en el viejo sentido. Si la formación de los maestros nacionales ha de regularse según las bases fundamentales de la «enseñanza superior» (art. 143, 2), la instrucción religiosa es disciplina ordinaria en las escuelas (art. 149, 1), y ha de garantizarse a los funcionarios el examen de su expediente personal (artículo 129), éstas son ciertamente prescripciones muy importantes, pero tienen el carácter de «leyes constitucionales» sólo en tanto en cuanto están protegidas frente a acuerdos de reforma de las cambiantes mayorías parlamentarias.

Al relativizar la Constitución en ley constitucional y hacer formal la ley constitucional, se renuncia por completo a la significación objetiva de Constitución. «La nota jurídica esencial de las leyes constitucionales estriba exclusivamente en su fuerza legal aumentada» (G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, pág. 520). Duración y estabilidad de la Constitución se reducen a que las formalidades de un artículo constitucional sobre reforma de la Constitución —el art. 76 en la Constitución de Weimar— han de resultar obstaculizadoras. Si realmente consistiera en esto el definitivo concepto de Constitución, la prescripción sobre reforma constitucional —el art. 76, para

la Constitución de Weimar— sería la médula esencial y el único contenido de la Constitución. Toda la Constitución sería tan sólo un dispositivo, y, en realidad, sólo una ley en blanco que en cada caso puede llenarse según las prescripciones sobre reforma constitucional. A todo precepto constitucional alemán tendría que añadirse el complemento: a reserva de un cambio en vía del art. 76 C. a. «El Reich alemán es una República» (art. 1) —a reserva del art. 76 C. a.—; «El matrimonio es el fundamento de la familia» (art. 119) —a menos que se determine otra cosa en vías del artículo 76 C. a.—; «Todos los habitantes del Reich gozan de plena libertad de creencias y conciencia» (art. 135) —a menos que no se les quite en vías del art. 76—, etc. Esta sería la consecuencia del concepto «formal» de Constitución, según lo presenta hoy con la mayor naturalidad la actual doctrina alemana del Derecho político.

Pero ni lógica ni jurídicamente es posible un tal concepto de Constitución. No se puede orientar la determinación del concepto de *Constitución* con arreglo al criterio de cómo puede reformarse una *ley constitucional* concreta. Tampoco es lícito definir la ley constitucional como una ley susceptible de ser reformada con un cierto procedimiento, porque las condiciones dificultadas para la reforma descansan ellas mismas en una prescripción constitucional y presuponen su concepto. Sería manifiestamente inexacto decir: el art. 76 C. a. es una ley constitucional, porque puede ser cambiado e incluso suprimido en vías del art. 76. En primer lugar, es inexacto aceptar que puede ser tocada cualquier regulación legal-constitucional en vías del art. 76 (comp. después, § 11), y en segundo lugar, la esencia de una ley constitucional no puede ser reconocida porque sea susceptible de reforma en un cierto procedimiento. Por el procedimiento de *reforma* no puede definirse la esencia del objeto reformado. Una reforma constitucional hecha constitucionalmente, depende, desde los puntos de vista lógico y cronológico, de la Constitución. Las prescripciones de la Constitución de Weimar son, aun sin atender al art. 76, leyes constitucionales en sentido formal; no reciben su fuerza de su eventual reformabilidad, sino que las prescripciones sobre la reforma, como las otras prescripciones legal-constitucionales, deben su fuerza a la Constitución. Si se quiere obtener el concepto formal de Constitución de los requisitos para la reforma de una prescripción legal-constitucional, se confunde el poder constituyente del Pueblo alemán con las facultades que el Reichstag, el Reichsrat o el cuerpo electoral han recibido en el art. 76. La competencia para reformar las leyes constitucionales es una competencia incluida en el marco de la Constitución, fundada en la misma, y no sobrepasándola. No envuelve la facultad de dar una nueva Constitución, y mediante una referencia a esta facultad no puede alcanzarse ningún concepto utilizable de Constitución, sea «formal» u otro. Se necesita, pues, otra definición de Constitución, distinta de ésta, «formal».

EL CONCEPTO POSITIVO DE CONSTITUCION

(La Constitución como decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política)

Sólo es posible un concepto de Constitución cuando se distinguen Constitución y ley constitucional. No es admisible disolver primero la Constitución en una pluralidad de leyes constitucionales concretas y después determinar la ley constitucional por algunas características externas o acaso por el procedimiento de su reforma. De este modo se pierden un concepto esencial de la Teoría del Estado y el concepto central de la Teoría de la Constitución. Fue un error característico la afirmación de un famoso teórico del Derecho político, según el cual la transformación de la Constitución en una «especie de la ley» es una «adquisición de la cultura política del presente». Antes al contrario, para la Teoría constitucional la distinción entre Constitución y ley constitucional es el comienzo de toda discusión ulterior.

El juicio citado de que la Constitución es una «especie de la ley» procede de Bernatzik (*Grünhuts Zeitschr. für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, t. 26, 1899, pág. 310). Se dirige contra la opinión de que la Constitución es un *pacto* (entre Príncipe y Parlamento), queriendo distinguir con claridad la Constitución, como algo permanente e irrevocable, del pacto que «crea una relación de utilidad recíproca» (*selbstnütziges*) y que «bajo ciertas circunstancias es impugnabile, nulo, revocable, soluble». Se explica la confusión de Constitución y ley constitucional, por cuanto que se acentuaba sólo polémicamente el concepto de *ley* en contraste con un *pacto*, mientras que hoy el contraste con la *ley* (en el sentido de resolución parlamentaria) debe acentuarse, no contraponiéndolo a la construcción de pacto, sino al concepto positivo de Constitución, para protegerle de una disolución y corrupción formalista.

I. La Constitución en sentido positivo surge mediante un *acto del poder constituyente*. El acto constituyente no contiene como tal unas normaciones cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de deci-

sión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia. Este acto *constituye* la forma y modo de la unidad política, cuya existencia es anterior. No es, pues, que la unidad política surja porque se haya «dado una Constitución». La Constitución en sentido positivo contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política. Esta forma se puede cambiar. Se pueden introducir fundamentalmente nuevas formas sin que el Estado, es decir, la unidad política del pueblo, cese. Pero siempre hay en el acto constituyente un sujeto capaz de obrar, que lo realiza con la voluntad de dar una Constitución. Tal Constitución es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta *por sí misma y se da a sí misma*.

En la fundación de nuevos Estados (como en el año 1775 en los Estados Unidos de América, o en el año 1919 con la fundación de Checoslovaquia), o en revoluciones sociales fundamentales (Francia, 1789; Rusia, 1918), se presenta con la mayor claridad este carácter de la Constitución como una decisión consciente que fija la existencia política en su concreta forma del ser. Con esto puede surgir también con la mayor facilidad la idea de que una Constitución ha de fundar siempre un nuevo Estado, error que se explica, de otra parte, por la confusión de la Constitución con un «pacto social» (mediante el cual se funda la unidad política); comp. más adelante, § 7, pág. 80. Otro error ligado con esto consiste en considerar la Constitución como una codificación exhaustiva. La unidad de la Constitución, sin embargo, no reside en ella misma, sino en la unidad política, cuya particular forma de existencia se fija mediante el acto constituyente.

La Constitución no es, pues, cosa absoluta, por cuanto que no surge de sí misma. Tampoco vale por virtud de su justicia normativa o por virtud de su cerrada sistemática. No se da a sí misma, sino que es dada por una unidad política concreta. Al hablar, es tal vez posible decir que una Constitución *se establece por sí misma* sin que la rareza de esta expresión choque en seguida. Pero que una Constitución *se dé a sí misma* es un absurdo manifiesto. La Constitución vale por virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da. Toda especie de normación jurídica, y también la normación constitucional, presupone una tal voluntad como existente.

Las *leyes constitucionales* valen, por el contrario, a base de la Constitución y presuponen una Constitución. Toda ley, como regulación normativa, y también la ley constitucional, necesita para su validez en último término una *decisión* política previa, adoptada por un poder o autoridad políticamente existente. Toda unidad política existente tiene su valor y su «razón de existencia», no en la justicia o conveniencia de normas, sino en su existencia misma. Lo que existe como magnitud *política*, es, jurídicamente considerado, digno de existir. Por eso su «derecho a sostenerse y subsistir» es el supuesto de toda discusión ulterior; busca ante todo subsistir en su existencia, *in suo esse perseverare* (Spinoza); defiende «su existencia, su integridad, su seguridad y su Constitución» —todo valor existencial.

La conjunción de «existencia, integridad, seguridad y Constitución» es singularmente expresiva y certera. Se encuentra en el art. 74, a. C. a., que la adoptó del acuerdo de la Federación alemana de 18 de agosto de 1836. Esta resolución federal decidió que toda empresa dirigida contra la existencia, la integridad, la seguridad o la Constitución de la Federación alemana en los distintos Estados de la Federación, sería juzgada y castigada como alta traición o traición al país (*Landesverrat*). La Constitución federal suiza de 29 de mayo de 1874 declara en su preámbulo como propósito de la Comunidad suiza, afirmar el vínculo de los confederados, sostener y propulsar la unidad, fuerza y honor de la Nación suiza; en su art. 2.º declara como fin de la Federación: «Afirmación de la independencia de la Patria contra el extranjero, mantenimiento de la tranquilidad y orden en el interior», etc. No hay ninguna Constitución sin tales conceptos existenciales.

Como quiera que todo ser es concreto y se encuentra dispuesto de cierta manera, a toda existencia política concreta le corresponde alguna Constitución. Pero no toda entidad con existencia política decide en un acto consciente acerca de la forma de esta existencia política, ni adopta mediante determinación propia consciente la decisión sobre su modo concreto de ser, como los Estados americanos en su Declaración de Independencia y la Nación francesa en el año 1789. Frente a esta decisión existencial, todas las regulaciones normativas son secundarias. Tampoco los conceptos, aplicados en normas jurídicas, que presuponen la existencia política, conceptos como alta traición, traición al País, etc., reciben su contenido y su sentido de una norma, sino de la realidad concreta de una existencia política independiente.

II. *La Constitución como decisión*. Es necesario hablar de la Constitución como de una unidad, y conservar entre tanto un sentido absoluto de Constitución. Al mismo tiempo, es preciso no desconocer la relatividad de las distintas *leyes* constitucionales. La distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una *decisión política del titular del poder constituyente*, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica.

Así, la Constitución francesa de 1791 envuelve la decisión política del pueblo francés a favor de la Monarquía constitucional con dos «representantes de la Nación», el Rey y el Cuerpo legislativo. La Constitución belga de 1831 contiene la decisión del pueblo belga a favor de un Gobierno monárquico (parlamentario) de base democrática (Poder constituyente del pueblo), al modo del Estado burgués de Derecho. La Constitución prusiana de 1850 contiene una decisión del Rey (como sujeto del Poder constituyente) a favor de una Monarquía constitucional al modo del Estado burgués de Derecho, con lo que queda conservada la Monarquía como forma del Estado (y no sólo como forma del Ejecutivo). La Constitución francesa de 1852 contiene la decisión del pueblo francés a favor del Imperio hereditario de Napoleón III, etc.

Estas decisiones políticas fundamentales son, por lo que afecta a la Constitución de Weimar: la decisión a favor de la *Democracia*, adoptada

por el pueblo alemán en virtud de su existencia política como Pueblo; encuentra su expresión en el preámbulo («el Pueblo alemán se ha dado esta Constitución») y en el art. 1, 2: «El poder del Estado emana del Pueblo»; además, la decisión a favor de la República y contra la Monarquía en el art. 1, 1: «El Reich alemán es una República»; la decisión a favor del mantenimiento de los Países, es decir, de una estructura de forma federal (si bien no propiamente federal) del Reich (art. 2); la decisión a favor de una forma fundamentalmente parlamentario-representativa de la legislación y el Gobierno; por último, la decisión a favor del Estado burgués de Derecho con sus principios: derechos fundamentales y división de poderes (después, § 12, pág. 138). Con esto se caracteriza el Reich alemán de la Constitución de Weimar como una Democracia constitucional, es decir, como un Estado burgués de Derecho en la forma política de una República democrática con estructura federal. La determinación del art. 17 C. a., que prescribe una Democracia parlamentaria para todas las Constituciones de los Países, contiene la corroboración de aquella decisión fundamental de conjunto a favor de la Democracia parlamentaria.

1. Las determinaciones de la Constitución de Weimar aquí citadas no son leyes constitucionales. Frases como: «el pueblo alemán se ha dado esta Constitución»; «el poder del Estado emana del pueblo»; o: «el Reich alemán es una República», no son leyes y, por lo tanto, tampoco leyes constitucionales. Ni aun siquiera son leyes de bases o leyes fundamentales. Pero no por eso son algo mínimo o indigno de consideración. Son más que leyes y normaciones; son las decisiones políticas concretas que denuncian la forma política de ser del pueblo alemán y forman el supuesto básico para todas las posteriores normaciones, incluso para las leyes constitucionales. Todo lo que dentro del Reich alemán hay de legalidad y normatividad, vale solamente sobre la base, y solamente en el marco, de estas decisiones. Ellas extinguen la sustancia de la Constitución. El hecho de que la Constitución de Weimar sea una Constitución y no una suma inconexa de prescripciones particulares reformables según el art. 76 C. a., colocadas en el texto por los partidos del Gobierno de coalición de Weimar a favor de cualesquiera «compromisos», consiste sólo en esta decisión existencial totalitaria del pueblo alemán.

Es un error típico de la teoría del Estado de la Pleguerra desconocer la esencia de tales decisiones y hablar, sintiendo que había ahí algo distinto de una normación legal, de «simples proclamaciones», «simples declaraciones» y hasta «lugares comunes». La Constitución misma se disuelve así en la nada entre ambos elementos: algunas expresiones de mejor o peor gusto, por un lado; una multitud de leyes inconexas, externamente caracterizables, por el otro. Consideradas de manera razonable, aquellas decisiones políticas fundamentales son, incluso para una jurisprudencia positiva, el primer impulso y lo propiamente positivo. Las posteriores normaciones, las enumeraciones y delimitaciones de competencias en detalle, las leyes para las que se ha elegido por cualquier causa la forma de la ley constitucional, son relativas y secundarias frente a aquellas decisiones; su singula-

ridad externa se caracteriza en el hecho de que sólo pueden ser reformadas o suprimidas mediante el procedimiento dificultado de reforma del art. 76.

Las Constituciones del Reich de 1871 y 1919 contienen preámbulos en que la decisión política se encuentra formulada de manera singularmente clara y penetrante. La teoría del Derecho político alemán los ha tratado casi siempre como «simples declaraciones», como «noticias históricas», como «hechas de modo sólo enunciativo, no dispositivo» (así, Anschütz: *Kommentar*, pág. 32; Meyer-Anschütz, pág. 646, nota). También aquellos escritores que muestran mayor comprensión para el significado jurídico de dichos preámbulos y que no pasan de largo con tales simples distinciones, hablan sólo de que el preámbulo debe indicar «el espíritu de la obra constitucional», que se trata de «imponderables», etc. (Wittmayer, pág. 40). El que más lejos ha llegado es E. Hubrich: *Das demokratische Verfassungsrecht des Deutschen Reiches*, Greifswald, 1921, pág. 13: el preámbulo de la Constitución de Weimar no tiene un simple carácter enunciativo, sino, «en realidad, carácter dispositivo-jurídico». ¿Por qué? ¡Porque está promulgado con arreglo al § 6 de la ley de 10 de febrero de 1919! Pero, además de esto, porque contiene, si bien tan sólo «en muy generales trazos», reglas obligatorias —una unión interesante de formalismo desesperado con alguna percepción de la significación objetiva del preámbulo.

En las deliberaciones de la Asamblea Nacional de Weimar dominaron las expresiones de la preguerra (Kahl: *Prot.*, pág. 490). Se habló de «simple declaración», incluso de efectos de agitación y otras cosas interesantes desde el punto de vista psicológico. Pero lo único decisivo es: el preámbulo de la Constitución de Weimar contiene la declaración auténtica del pueblo alemán, que quiere decidir con plena conciencia política como sujeto del poder soberano. Lo específicamente democrático de la Constitución consiste en que no es el Rey, sino el pueblo, quien ejerce el Poder constituyente. De este decisivo contraste del Poder constituyente frente a todos los otros poderes y facultades derivados no cabía hablar en la Jurisprudencia de la preguerra —y casi todos los juristas de la Asamblea Nacional de Weimar empleaban sólo el vocabulario del Derecho político monárquico.

2. El significado práctico de la diferenciación entre Constitución y ley constitucional se muestra en los siguientes ejemplos de su aplicación:

a) En vías del art. 76 C. a. pueden reformarse las leyes constitucionales, pero no la Constitución como totalidad. El art. 76 dice que «la Constitución» puede reformarse en la vía legislativa. En realidad, y por el modo poco claro de expresión corriente hasta ahora, no distingue el texto de este artículo entre Constitución y ley constitucional. Sin embargo, el sentido es claro y se expondrá con mayor claridad aún, después, en las explicaciones que han de venir (acerca de los límites de la competencia para la reforma de la Constitución, § 11, pág. 118). Que «la Constitución» pueda ser reformada, no quiere decir que las decisiones políticas fundamentales que integran la sustancia de la Constitución puedan ser suprimidas y sustituidas por otras cualesquiera mediante el Parlamento. El Reich alemán no puede ser transformado en una Monarquía absoluta o en una República soviética por mayoría de dos tercios del Reichstag. El «legislador que reforma la Constitución», previsto en el art. 76, no es en manera alguna omnipotente. La terminología que habla del «omnipotente» Parlamento

inglés, irreflexivamente repetida desde De Lolme y Blackstone, y trasladada a todos los otros Parlamentos posibles, ha introducido aquí una gran confusión. Pero una resolución mayoritaria del Parlamento inglés no bastaría para hacer de Inglaterra un Estado soviético. Sostener lo contrario sería, no ya una «consideración de tipo formalista», sino igualmente falso desde los puntos de vista político y jurídico. Semejantes reformas fundamentales no podría establecerlas una mayoría parlamentaria, sino sólo la voluntad directa y consciente de todo el pueblo inglés.

El acto de dar la Constitución es *cualitativamente* distinto del de reformarla (es decir, revisar las leyes constitucionales contenidas en el texto), porque en un caso se entiende por Constitución la decisión de totalidad, y en otro, la *ley* constitucional. Por eso, una Asamblea «constituyente» es cualitativamente distinta de un Parlamento, de un Cuerpo legislativo normal, o sea, constitucionalmente previsto. El texto de la Constitución de Weimar fue puesto en vigor por simple mayoría de una Asamblea «constituyente» que, naturalmente, podía establecer las prescripciones constitucionales, no en virtud de su propio derecho, sino sólo en virtud de un encargo especial inmediato. Si una tal Asamblea constituyente no fuera cualitativamente distinta de un Parlamento ordinario, se iría al resultado absurdo y torcido de que un Parlamento, mediante acuerdos adoptados por simple mayoría, pudiera vincular a todos los siguientes Parlamentos (elegidos por el mismo pueblo y a través de los mismos métodos democráticos), haciendo exigible una mayoría establecida para la supresión de ciertas leyes (no distintas cualitativamente) que fueron puestas en vigor por una simple mayoría. Sobre la distinción entre el acto de dar la Constitución y el de reformarla, después, § 10, I, pág. 108, y § 11, II, pág. 117.

b) *La Constitución es intangible*, mientras que las *leyes* constitucionales pueden ser suspendidas durante el estado de excepción, y violadas por las medidas del estado de excepción. Según el art. 48, 2, C. a., está facultado el Presidente del Reich para adoptar tales medidas; los derechos fundamentales establecidos en los arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153 C. a. pueden ser puestos temporalmente fuera de vigor. Todo esto no atenta a la decisión política fundamental ni a la sustancia de la Constitución, sino que precisamente se da en servicio del mantenimiento y subsistencia de la misma. Por eso sería absurdo hacer de la intangibilidad de la Constitución una intangibilidad de cada una de las leyes constitucionales y ver en cada una de las prescripciones legal-constitucionales un obstáculo insuperable para la defensa de la Constitución en su conjunto. Esto, en la práctica, no sería más que colocar la ley particular por encima del conjunto de la forma de existencia política, cambiando en su contrario el sentido y finalidad del estado de excepción.

Para la interpretación del art. 48, 2, C. a. (dictadura del Presidente), se ha puesto en pie la teoría de que las medidas del Presidente del Reich no pueden «tocar» a ninguna determinación constitucional (fuera de los siete derechos fundamentales suspendibles), porque «la Constitución es intangible»; así, la doctrina de la «intangibilidad» expuesta por Richard Grau y tan citada por él (*Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten und der Landesregierungen auf Grund des Artikels 48 der Reichsverfassung*, Ber-

lín, 1922; además, *Verhandlungen des 33 Deutschen Juristentags*, 1925, págs. 81 y sig.; *Gedächtnisschrift für Emil Seckel*, 1927, págs. 430 y sigs.). Esta teoría es sólo posible en tanto que se confunda la Constitución con cada una de las leyes constitucionales y no se distinga entre una frase como «El Reich alemán es una República» (art. 1.º) y determinaciones particulares como «Se garantizará a los funcionarios el conocimiento de su expediente personal» (art. 129). Con esto, hay que desconocer por completo la esencia de una Dictadura de comisario.

c) La Constitución garantiza una serie de llamados *derechos fundamentales*. Es preciso distinguir la regulación concreta en una ley constitucional de tales garantías fundamentales, y la garantía misma. Mediante normaciones constitucionales y legales pueden admitirse amplias intervenciones en el campo de los derechos fundamentales garantizados. Pero tan pronto como el derecho fundamental es *negado*, la Constitución misma queda vulnerada. Una negación semejante no puede tener lugar en un Estado burgués de Derecho por medio de una ley de reforma de la Constitución; comp. después, § 14, pág. 181.

d) Un *conflicto constitucional* propiamente dicho no afecta a cada una de las muchas particularidades de la ley constitucional, sino sólo a la Constitución como decisión política fundamental; comp. después, § 11, III, página 126.

e) El *juramento de la Constitución* (art. 76, C. a.) no significa un juramento de cada una de las distintas normas de la ley constitucional; mucho menos significa un (inmoral) juramento en blanco que habría que relacionar con el procedimiento de reforma y envolver conformidad y sumisión a todo lo que se establezca en vías del art. 76. No puede jurarse un procedimiento de reforma. Lo singular y específico del juramento consiste en que, el que jura, se vincula *existencialmente* con su persona; el juramento de la Constitución es una tal vinculación respecto de la forma de existencia política. Este juramento significa, pues, un juramento de la Constitución entendida en sentido propio y positivo, es decir, un reconocimiento, confirmado por el juramento, de las decisiones políticas fundamentales que se hallan contenidas en la Constitución de Weimar y que hacen de ella una Constitución en sentido sustancial. (Sobre esto, la disertación sostenida en Bonn por E. Friesenhahn, *Der politische Eid*, *Bonner Abhandlungen*, cuaderno 1, 1928.)

f) *La alta traición* es un ataque a la *Constitución*, no a la ley constitucional; sobre esto, después, § 11, IV, pág. 132.

g) Algunas prescripciones *legal-constitucionales* pueden seguir valiéndose como prescripciones legales, aun sin especial reconocimiento legal, después de abolida la Constitución (comp. los ejemplos, después, § 10, II, 2, pág. 110); la *Constitución* derogada, como es natural, no cuenta ya.

h) Según el art. 148, 3, 2, C. a., cada escolar recibe a la terminación de sus deberes escolares un ejemplar «de la Constitución». Naturalmente, no recibe la voluminosa y pesada colección de todas las *leyes* constitucionales en sentido formal surgidas desde 1919 con arreglo al procedimiento

más difícil del art. 76 C. a. No se le entrega un ejemplar de la ley de reforma de la Constitución de 30 de agosto de 1924 (*Gaceta Legislativa del Reich*, II, págs. 235-357), emitida sobre la base del protocolo de Londres de 16 de agosto de 1924; tampoco, a pesar del art. 178, 2, 2, un ejemplar del Tratado suscrito en Versalles en 28 de junio de 1919.

III. *El carácter de compromiso de la Constitución de Weimar.*

1. La Constitución de Weimar es una Constitución porque contiene las decisiones políticas fundamentales sobre la forma de existencia política concreta del pueblo alemán, antes enumeradas (v. II, 1). Pero en las particularidades de la regulación *legal*-constitucional, así como en ciertas declaraciones y programas que fueron aceptados en el texto de la Constitución, se encuentran algunos compromisos y oscuridades que no contienen decisión alguna y en los que, por el contrario, los partidos de la coalición buscaron soslayar una decisión. Las decisiones planteadas de modo inmediato con la situación política no pueden, naturalmente, ser soslayadas en la Constitución, pues, si no, ésta no existiría. Si una Asamblea «constituyente» intentara eludir la decisión, la decisión recaería entonces fuera de la Asamblea, por vías violentas o pacíficas; en el último caso podría ocurrir que una simple ley aportara la decisión, o acaso un sencillo precedente cuya eficacia misma sólo es explicable si se quiere reconocer en él la voluntad del pueblo como sujeto del poder constituyente.

La Asamblea nacional francesa intentó, al formular las leyes constitucionales de 1875, dejar abierta la posibilidad de un restablecimiento de la Monarquía. Estas leyes constitucionales no envolvían, pues, una decisión clara para la cuestión a decidir: ¿Monarquía o República?; las leyes constitucionales eran una «Constitución de expectativa monárquica» (J. Barthélemy). La decisión recayó después: en parte, en la ley de 14 de agosto de 1884 (para completar el § 3, art. VIII, de la ley constitucional de 25 de febrero de 1875), que determina que la forma republicana de gobierno no puede ser objeto de una propuesta de reforma; en parte, la decisión había recaído ya de antemano con la actitud del pueblo francés: en 1875 fue elegida una mayoría republicana para la Cámara; en 1877, el intento de Mac Mahon de disolver la Cámara dio por resultado la elección de una nueva mayoría republicana. El desvío del pueblo hacia los métodos de la *attente monarchique* fue tan fuerte y tan claro que esta malograda disolución se convirtió en un precedente de trascendencia inaudita: desde entonces ha desaparecido en la práctica el derecho de disolución del Presidente francés, así como su derecho de veto; a pesar del texto expreso de la ley, ya no pueden ser empleados. Todos los dictámenes de los juristas que se escudan en ese texto y dan a entender que formalmente vale todavía y no ha sido derogado por ninguna ley (comp., por ejemplo, la interesante encuesta en la *Revue des Vivants*, septiembre 1927, págs. 259 y sigs.), no han podido cambiar nada en la eficacia de ese precedente de 1877. La notable fuerza de un tal caso consiste en que, con aquella recusación del «golpe de Estado» de Mac Mahon, recayó la decisión política del pueblo francés por la República y contra la Monarquía, decisión que la Asamblea nacional había intentado soslayar en las leyes constitucionales de 1875. Pero, tan pronto como es conocido y reconocido con claridad este sentido del precedente, puede recibir el derecho de disolución su significación propia y normal, y ponerse otra vez en práctica.

2. La Constitución de Weimar es una Constitución, no sólo una serie de leyes constitucionales. Envuelve las decisiones políticas fundamentales a favor de una Democracia constitucional. Pero, por lo demás, se encuentra en los desarrollos legal-constitucionales como en disposiciones diversas —sobre todo en la segunda parte, bajo el epígrafe «Derechos y deberes fundamentales de los alemanes»— una reunión de programas y prescripciones positivos basados en los más distintos contenidos y convicciones políticos, sociales y religiosos. Garantías individualistas burguesas de libertad personal y propiedad privada, puntos de programa socialista y Derecho natural católico han sido mezclados en una síntesis con frecuencia confusa. Respecto a ello hay que observar que entre las últimas contraposiciones de convicciones religiosas auténticas, así como entre auténticas contraposiciones de clases, es, en general, apenas posible un compromiso, y en todo caso muy difícil. Tratándose de una Constitución, sólo es posible cuando la voluntad de unidad política y la conciencia estatal pesa más que todas las contraposiciones religiosas y de clase, con lo que se relativizan aquellas diversidades eclesiásticas y sociales. Las cuestiones políticas fundamentales que han de ser inmediatamente decididas con la situación política —así, en 1919, la cuestión: ¿Monarquía o República? ¿Democracia constitucional o Dictadura de Consejos?— no podían ser ni fueron eludidas. Aquí hubiera resultado imposible un compromiso, y, de haber tenido lugar, hubiera sido sólo con la antes citada consecuencia de una decisión apócrifa. Hubiérase perdido el carácter de Constitución escrita; la decisión había tenido lugar en la vía del Derecho consuetudinario, de la práctica, particularmente por medio de precedentes del estilo de los acontecimientos ocurridos en Francia después de 1875.

Pero la Constitución de Weimar no contiene todas las decisiones políticas fundamentales ineludibles en el año 1919. La gran alternativa: ordenación burguesa o socialista de la sociedad, ha sido despachada evidentemente sólo mediante un compromiso. La segunda parte de la Constitución de Weimar muestra en las determinaciones sobre los derechos y deberes fundamentales de los alemanes un «carácter mixto», «en cierta medida, un grado intermedio entre concepciones burguesas y socialistas» (así, el diputado socialista Katzenstein, *Prot.*, pág. 186). En realidad, sin embargo, se introdujeron en parte, y en parte se proclamaron como programa, sólo una serie de reformas sociales, mientras que no se extrajeron consecuencias políticas específicas de los principios del socialismo. La decisión fundamental recayó por completo a favor del Estado burgués de Derecho y de la Democracia constitucional. Se quería no discutir «sobre principios, sobre concepciones totales», y «ponerse de acuerdo en la regulación de relaciones concretas» (Düringer, *Prot.*, pág. 186). Pero el dilema de principio no podía soslayarse en la situación dada. La decisión tenía que recaer a favor del *status quo* social, es decir, a favor del mantenimiento del ordenamiento burgués de la sociedad, en cuanto que la otra decisión, revolución socialista, consecuentemente practicada a manera de Constitución soviética, había sido rechazada expresamente, incluso por los socialdemócratas. («Las

enormes agudezas y decisoriedad de la Constitución soviética, las rechazamos nosotros, los socialdemócratas», Katzenstein, *Prot.*, pág. 186). Lo que había de desprenderse de tal conducta lo expresó el diputado Martin Spahn: «El fijar la relación del Estado con los movimientos sociales se encuentra más allá del terreno en que descansan las viejas Constituciones. Soy de opinión de permanecer en el antiguo punto neutro, no colocándonos ahora ya en el terreno de los movimientos sociales surgidos por la revolución, pues no se ha concluido aún el proceso, y no podemos prescindir hoy de la dirección que todavía puede tomar» (*Prot.*, págs. 155-6). Las «viejas Constituciones» no eran en modo alguno Constituciones que desconocieran «la relación del Estado con los movimientos sociales»; eran Constituciones del Estado burgués de Derecho, y contenían por eso la decisión a favor de principios de la libertad burguesa que más adelante (§ 12) habremos de discutir: derechos fundamentales y distinción de poderes. La manifestación del diputado Martin Spahn no significa otra cosa sino que la cuestión: Estado burgués de Derecho o Estado proletario de clases, se decidió en el sentido del Estado burgués de Derecho. Aquí, la decisión era insorteable e ineludible.

3. Las determinaciones de la Constitución de Weimar contienen además una serie de compromisos *no auténticos*, de otra naturaleza, a distinguir de aquellas decisiones auténticas de las cuestiones de principio, a distinguir también de los compromisos auténticos en particularidades no de principio, en que encuentran su regulación y ordenación objetiva, mediante transacciones, detalles de organización y de contenido. Se les podría llamar compromisos apócrifos, porque no afectan a decisiones objetivas logradas mediante transacciones, sino que precisamente consiste su esencia en alejar y aplazar la decisión. El compromiso estriba, pues, en encontrar una fórmula que satisfaga todas las exigencias contradictorias y deje indecisa en una expresión anfibiológica la cuestión litigiosa misma. Sólo contiene así una aproximación externa, verbal, de contenidos objetivamente inconciliables. Tales compromisos apócrifos son verdaderos compromisos en cierto sentido, pues no resultarían posibles si no hubiera inteligencia entre los partidos. Pero la inteligencia no afecta al fondo; se está conforme sólo en aplazar la decisión y dejar abiertas las más distintas posibilidades y significados. El compromiso no afecta a la solución objetiva de una cuestión por medio de transacciones objetivas, sino que el acuerdo tiende a contentarse con una fórmula dilatoria que tenga en cuenta todas las pretensiones. También se encuentran en la Constitución de Weimar ejemplos de estos compromisos de fórmula dilatoria. Esto se entiende con sólo considerar las deliberaciones de la Asamblea nacional de Weimar. E. VERMEIL ha descrito en su obra sobre la Constitución de Weimar (Estrasburgo, 1923, sobre todo, pág. 223) las contradicciones y la falta de una «homogénea y coherente doctrina» en el seno de la Asamblea nacional. En los fuertes contrastes eclesiásticos y sociales existentes en Alemania, y en una situación tan crítica como el verano de 1919, no podían tratarse compromisos dilatorios, si había de llegarse a una resolución. Dado el supuesto de que

se adoptaran las decisiones políticas esenciales, ninguna razón había en contra para aplazar la decisión de otras cuestiones, dejando intactos, por lo pronto, los contrastes religiosos y sociales. Hubiera sido insensato y muestra de deficiente discernimiento jurídico confundir y tomar por auténtico compromiso objetivo el compromiso de fórmula dilatoria, tratando persistentemente contrastes objetivos de principio con los métodos de tales compromisos de fórmula.

Los ejemplos típicos de compromisos de fórmula dilatoria se encuentran en la parte segunda de la Constitución de Weimar, sobre todo en las secciones tercera y cuarta, que regulan las relaciones de Estado e Iglesia, y Estado y Escuela. Estado e Iglesia no se separan en la Constitución de Weimar, es decir, la Iglesia no es considerada como sociedad privada, ni la religión como «asunto privado»; el Estado no se hace laico. Las exigencias del liberalismo radical burgués y el programa de la socialdemocracia, que es liberal en estas cuestiones de la llamada política cultural, no se realizaron. La religión no puede ser asunto privado según la Constitución de Weimar, porque las sociedades religiosas siguen siendo corporaciones de Derecho público, como habían sido hasta entonces (art. 137, C. a.) y no se comprende qué cosa hubiera sido en ellas «pública», si la religión era algo puramente privado. El Estado no puede separarse radicalmente de un asunto de la vida pública, reconocido como público. También la enseñanza religiosa está reconocida por la ley constitucional como asignatura ordinaria en las escuelas (art. 149, 1), y el reconocimiento del domingo y días festivos (artículo 139) hace imposible una separación radical de Estado e Iglesia. De otra parte, no puede haber, sin embargo, una «Iglesia del Estado» (art. 137, 1), ni siquiera en la medida en que hasta entonces el Estado prusiano hizo de la religión cristiana el fundamento de la vida pública (art. 14 de la Constitución prusiana de 1850 —sobre esto, Anschütz: *Die Verfassungsurkunde für der preussischen Staat*, 1912, págs. 260 y sigs.). La cuestión de si lo público de la vida en Alemania debe conservar como hasta entonces un carácter específicamente cristiano, no está denegada con claridad. Para la práctica diaria de la Administración estatal y municipal, para el manejo de los conceptos policiales como «orden público», es eso de la mayor significación inmediata; compárese la decisión del Tribunal administrativo de Prusia, t. 43, pág. 300: «La religión cristiana es en el Estado prusiano, por su formación histórica y constitucional, una parte del orden público, estando por eso sometida a la protección policial.» En otras partes se encuentran postulados de una verdadera separación de Estado e Iglesia.

El art. 138, C. a., por ejemplo, prevé un rescate de las prestaciones estatales a las sociedades religiosas mediante la legislación del País. «Las prestaciones estatales a las sociedades religiosas basadas en ley, contrato o título jurídico especial, serán redimidas por la legislación del país. Las bases para ello las fija el Reich.» Así se correspondió a una exigencia de plena *separación* financiera sostenida por demócratas y socialistas independientes. Pero la cuestión es si esta disposición del artículo 138 significa, al mismo tiempo que disposición de un rescate, *prohibición* de ulteriores prestaciones del Estado a la Iglesia. Se ha sostenido, por una parte (Israel: *Reich, Staat, Kirche*, 1926, página 19), interpretando el *ratio* del art. 138, que es ley constitucional del Reich la prohibición de todo futuro gasto de recursos del Estado para la Iglesia. Por otro lado, se hace valer que los partidos de derecha y el Centro católico sortearon «de manera tácticamente hábil» la discusión sobre este punto, habiendo impedido así la entrada de una prohibición en el texto constitucional (E. R. Huber: *Die Garantie der kirchlichen Vermögensrechte in der Weimarer Verfassung*, 1927, págs. 5-6). Lo que significa: la cuestión de la separación financiera no fue decidida, y no debió ser decidida. El

resultado es, como casi siempre que se suspenden las decisiones, mantenimiento del *status quo*. En general, puede decirse que la Constitución de Weimar ha separado y alejado el Estado de la Iglesia, quitándole así su influencia, pero no ha separado, por el contrario, la Iglesia del Estado.

El segundo ejemplo de un compromiso de fórmula dilatoria está implícito en el llamado *compromiso de la escuela*, del art. 146, C. a. En el párrafo primero se coloca el precepto fundamental de la escuela simultánea; en el segundo se coloca como principio independiente, «en lo posible», la «voluntad de padres o tutores», es decir, prácticamente, hoy, la escuela confesional. En el art. 144 se reconoce el precepto fundamental de la escuela del Estado y se dice que en la inspección escolar del Estado pueden participar los Municipios, mientras que para nada se nombran aquí las sociedades religiosas; pero según el art. 149, 1, la enseñanza religiosa es asignatura ordinaria en las escuelas y «ha de exponerse de acuerdo con las normas básicas de las correspondientes sociedades religiosas». Así se han implantado, unos junto a otros, los puntos de vista de una escuela del Estado rigurosamente establecida, una fijada por la voluntad de los padres o tutores, una escuela *confesional* y una escuela *libre*. La colisión de estos principios es inevitable cuando se quiere poner en marcha una ley escolar a base del art. 146. La colisión puede resolverse por simple «sí» o «no», o por compromisos objetivos y concesiones recíprocas. Pero allí donde se reconocen *principios*, unos junto a otros en plano de igualdad, no se contiene decisión objetiva alguna, ni tampoco auténtica decisión de compromiso, sino envío a un compromiso ulterior, es decir, aplazamiento provisional de la decisión.

Estos dos ejemplos de compromiso de fórmula dilatoria son de la mayor significación jurídica, porque muestran cómo alguna determinación legal-constitucional no contiene decisión, ni tampoco decisión de compromiso. Puede ser, como se ha dicho, políticamente discreto y razonable aplazar de esa manera la decisión. Pero hay que tener noción de la particularidad del compromiso de fórmula dilatoria, porque, si no, la interpretación jurídica de tales determinaciones constitucionales incurre en una irremediable confusión. Si ha de fijarse la «voluntad de la ley» y no existe en realidad otra voluntad que la de no tener provisionalmente voluntad ninguna en este asunto, sino aplazarla, todas las habilidades literales, todas las investigaciones del momento histórico, incluso todas las declaraciones privadas de los diputados participantes, sólo conducirán al resultado de que se acen-túan y ponen en juego una palabra del texto legal contra la otra, una frase contra la otra, sin que, en tanto se actúe con honradez intelectual, sea posible una demostración convincente. Cuando el legislador utiliza tales fórmulas, ello tiene justamente el sentido de que los distintos partidos y principios pueden invocar el texto constitucional. Así se explica que en la actualidad (otoño 1927) la ejecución por Ley de Escuelas del llamado compromiso de la escuela (art. 146, C. a.) presente el cuadro de una eterna discusión sin esperanza, en que ambas partes apelan, convencidas, al texto de la ley constitucional y que, tanto juristas destacados como R. Thoma y K. Rothenbücher, como también el Gobierno prusiano, eleven contra el proyecto del Gobierno del Reich el recurso de violación de la Constitución o de inconstitucionalidad (comp. W. Landé, *Aktenstücke zum Reichsvolksschulgesetz*, Leipzig, 1927, págs. 112, 113, 125). La decisión objetiva

recae, como decisión política, mediante la propia ley de escuelas, esto es, cuando se trata de ejecutar el compromiso de fórmula, y no mediante interpretaciones y apreciaciones jurídicas. Porque no cabe interpretar una voluntad inexistente. Donde no hay voluntad, nada tiene que hacer la más aguda penetración jurídica. Toda consideración «normativa» acaba aquí en una preocupada pedantería.

Si la Constitución de Weimar no contuviera más que tales compromisos dilatorios, sería ilusorio su valor y habría que convenir en que las decisiones políticas fundamentales recayeran *fuera* de los procedimientos y métodos constitucionalmente previstos. Pero la sustancia de la Constitución de Weimar estriba —política como jurídicamente— en que adopta de clara e indistinta manera las decisiones políticas fundamentales sobre la forma política y los principios del Estado burgués de Derecho. Sin esta decisión política, sus determinaciones orgánicas serían sólo las normas de un funcionar sin sustancia y las prescripciones de sus distintas leyes tendrían sólo el significado de un éxito táctico logrado por una coalición de partidos en un momento favorable para proteger los intereses particulares de los partidos contra las cambiantes mayorías parlamentarias.

Desde una posición socialista radical podría sostenerse que es inesencial la decisión del pueblo alemán contenida en la Constitución de Weimar, y decir que el tema propio de la situación del año 1919 afectaba a la contraposición de clases de la burguesía capitalista y el proletariado socialista, y que, en esta cuestión, la Constitución de Weimar contenía, en todo caso, tan sólo un oscuro compromiso de fórmula dilatoria. Esto es inexacto. La Constitución de Weimar adopta aquí una decisión: el Reich alemán es una democracia constitucional. Lo que en aquella opinión socialista se designaba como compromiso, lo es de hecho en medida no muy elevada, como lo son la socialdemocracia y la Segunda Internacional mismas: un compromiso de ideas liberales, democráticas y socialistas. La alternativa política: República de Consejos con Dictadura del Proletariado o Estado liberal de Derecho con forma de gobierno democrática, se encuentra, en todo caso, decidida con claridad.

CONCEPTO IDEAL DE CONSTITUCION

(«Constitución», llamada así en un sentido distintivo y a causa de un cierto contenido)

I. Con frecuencia se designa como «verdadera» o «auténtica» Constitución, por razones políticas, la que responde a un cierto ideal de Constitución.

La terminología de la lucha política comporta el que cada partido en lucha reconozca como verdadera Constitución sólo aquella que se corresponda con sus postulados políticos. Cuando los contrastes de principios políticos y sociales son muy fuertes, puede llegarse con facilidad a que un partido niegue el nombre de Constitución a toda Constitución que no satisfaga sus aspiraciones. En particular, la burguesía liberal, en su lucha contra la Monarquía absoluta, puso en pie un cierto concepto ideal de Constitución, y lo llegó a identificar con el concepto de Constitución. Se hablaba, pues, de «Constitución» sólo cuando se cumplían las exigencias de libertad burguesa y estaba asegurado un adecuado influjo político a la burguesía. De esta forma surge un concepto singular, distintivo, de Constitución. Así, cada Estado no tiene ya por sí mismo una Constitución, sino que hay Estados con y sin Constitución, Estados «constitucionales» y Estados «no constitucionales». Se habla de una Constitución constitucional del Estado, lo que sería absurdo en sí mismo, si no hubiera un cierto programa político en el fondo del concepto de Constitución.

También la llamada Teoría positivista del Estado ha identificado aquí «Constitución» y «Constitución constitucional del Estado» (G. Jellinek: *Staatslehre*, pág. 499). Se refleja aquí en la Teoría del Estado y de la Constitución el éxito político de un movimiento. Los maestros de Derecho político del siglo XIX tienen, en general y también en Alemania, un cierto ideal de Constitución, el liberal-burgués, que, tácitamente, colocan en la base de sus deducciones jurídicas, incluso cuando obtienen algunas distinciones teóricas. Por lo demás, en el concepto de Constitución del siglo XIX se unen

los ideales de libertad liberal-burguesa con la autodeterminación democrática del pueblo; comp. la definición de Constitución en Lorenzo von Stein, antes, § 1, pág. 32.

Con la aglomeración de un concepto ideal de Constitución y otros conceptos de Constitución, o con la unión de distintos ideales de Constitución, surge fácilmente la confusión y oscuridad. Cuando adquieren influjo político partidos con opiniones y convicciones contradictorias, se manifiesta su fuerza política en que prestan a los conceptos —imprecisos por necesidad— de la vida del Estado, tales como Libertad, Derecho, Orden público y seguridad, su contenido concreto. Es explicable que «libertad», en el sentido de una ordenación social burguesa apoyada en la propiedad privada, signifique cosa distinta que en el sentido de un Estado regido por un proletariado socialista; que el mismo hecho calificado en una Monarquía como «atentado a la tranquilidad, seguridad y orden públicos» sea juzgado de otro modo en una República democrática, etc. Para el lenguaje del liberalismo burgués, sólo hay una Constitución cuando están garantizadas propiedad privada y libertad personal; cualquier otra cosa no es «Constitución», sino despotismo, dictadura, tiranía, esclavitud o como se quiera llamar. Por el contrario, para una consideración marxista consecuente, una Constitución que reconozca los principios del Estado burgués de Derecho, sobre todo la propiedad privada, es, o bien la Constitución de un Estado técnica y económicamente retrasado, o, si no, una pseudo-Constitución reaccionaria, una fachada jurídica, desprovista de sentido, de la dictadura de los capitalistas. Otro ejemplo: para la concepción de un Estado laico, esto es, rigurosamente separado de la Iglesia, un Estado que no practique esa separación no es un Estado libre; al contrario, para una cierta especie de convicción confesional y religiosa, un Estado sólo tiene verdadera Constitución cuando considera la situación de hecho, social y económica, de la Iglesia, le garantiza una libre actividad pública y autodeterminación, protege sus instituciones como parte del orden público, etc.; sólo entonces se concederá por parte de la Iglesia que pueda hablarse de «libertad». Por eso son posibles tantos conceptos de Libertad y Constitución como principios y convicciones políticos.

II. *El concepto ideal de Constitución del Estado de Derecho.*—En el proceso histórico de la Constitución moderna ha prosperado tanto un determinado concepto ideal, que, desde el siglo XVIII, sólo se han designado como Constituciones aquellas que correspondían a las demandas de libertad burguesa y contenían ciertas garantías de dicha libertad.

1. *Constitución = un sistema de garantías de la libertad burguesa.* Este concepto de Constitución descansa en la división entre Constituciones liberales y no-liberales, división de infinitos significados en sí misma, pero que recibe su significación concreta de unas palabras de Montesquieu. Se trata de la frase del *Esprit des lois*, lib. XI, caps. 5 y 7: «Unas Constituciones tienen como objeto y fin inmediatos la gloria del Estado (la *gloire de l'état*); otras, la libertad política de los ciudadanos.» Con esto se esta-

blece la distinción fundamental entre Libertad y Poder, *liberté* y *gloire*. El mismo Montesquieu las trata todavía como dos criterios igualmente legítimos y valiosos de la vida del Estado. Con los avances de la burguesía liberal, la libertad burguesa se convirtió en el criterio adecuado, no para la vida política del Estado en general, y sobre todo no para su política exterior, es cierto, pero sí en el terreno de la legislación constitucional. El ejemplo de los Estados Unidos de América y de la Constitución de la Revolución francesa dio su impronta a este tipo y fijó el esquema de esta especie de Constituciones: sólo se considerarían Constituciones liberales, dignas del nombre de «Constitución», aquellas que contuvieran algunas garantías —ya a discutir— de la libertad burguesa.

En el Derecho constitucional comparativo de Esmein, por ejemplo, se tratan sólo «Constituciones liberales». Estas son para él de Inglaterra, de Estados Unidos de América y de Francia, así como las influidas por ellas y correspondientes a su tipo. Las Constituciones de la Monarquía constitucional alemana y la del Imperio alemán de 1871 no son estudiadas, por no ser Constituciones liberales de ese tipo. Por el contrario, la Constitución de Weimar de 1919 es tenida en cuenta en las nuevas ediciones (desde 1921).

Son garantías constitucionales de la libertad burguesa: reconocimiento de los derechos fundamentales, división de poderes y, al menos, una participación del pueblo en el poder legislativo mediante una Representación popular. Después vienen otras exigencias, según la situación política; por ejemplo, en el siglo XIX, la exigencia de un Gobierno parlamentario, caracterizado como Gobierno libre, *free government*, a causa de la cual fue considerada como Gobierno liberal la Monarquía constitucional en Alemania, que carecía de Gobierno parlamentario —mientras que el Gobierno no-parlamentario de los Estados Unidos de América pasaba, a pesar de ello, por Gobierno liberal.

2. *Constitución* = a la llamada *división* (mejor dicho, *distinción*) de *poderes*. La llamada división de poderes, que después (§ 15, pág. 186) discutiremos, con su distinción entre Legislación, Administración y Justicia, es considerada desde el siglo XVIII, en un sentido especial, como contenido necesario de una Constitución liberal y auténtica. Contiene la garantía orgánica contra el abuso del poder del Estado. La proclamación de los derechos fundamentales significa sólo el establecimiento de un principio general de la libertad individual, pero no todavía la introducción orgánica mediante una estructura del Estado determinada por la meta de la libertad burguesa. Así se explica que la «división de poderes» llegara a ser una característica de la Constitución. Allí donde no se ha introducido o donde se ha suprimido, domina *eo ipso*, según esta concepción, el despotismo, el absolutismo, la dictadura —denominaciones que no son simples frases políticas, sino que han recibido su sentido político por un contraste: designan la negación del principio orgánico de la distinción entre Legislativo, Ejecutivo y Justicia.

Así, dice el tan citado art. 16 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre, de 1789 (según el modelo de Constituciones norteamericanas, por ejemplo, Massachusetts y New Hampshire): «Toda sociedad donde no está asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, *no tiene Constitución*.» (Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, *n'a pas de Constitution*.) Igual es la concepción de la Filosofía del Estado del idealismo alemán, sobre todo de Kant y Hegel (comp. después, § 12, página 138). Para la Constitución de Weimar es importante el que también Hugo Preuss participa de esta concepción y habiendo adoptado para sus primeros proyectos del texto la posición, que también sostuvo en principio en las amplias deliberaciones, de que la *organización* del Poder del Estado era más importante para la garantía de la libertad burguesa —el criterio decisivo también para él— que la proclamación de derechos fundamentales y de libertad.

3. *Constitución* = *Constitución escrita* (documento constitucional).— La exigencia política de una Constitución escrita llevaba a una equiparación: *Constitución* = *Constitución escrita*, que, como antes (§ 2, pág. 38), se expuso, es, primero, un *pacto* instrumentado (entre Príncipe y Estamentos o Representación popular); después, una *ley* constitucional escrita. También estas expresiones se explican por la situación política. En la Edad Media se fijaron por escrito convenios entre el Príncipe y sus vasallos o Estamentos, que se denominaban «cartas», y de los que constituye el ejemplo más famoso la «Magna Charta» de 1215. Pero estas cartas eran de hecho convenciones bilaterales, llamadas *Stabilimenta*, entre ambas partes, afianzamiento de privilegios a los vasallos o estamentos, y por cierto mediante contraprestaciones de su parte —por tanto, como dice atinadamente Bernatzik, una relación de utilidad recíproca— *ein «selbstnütziges Verhältnis»*. Por consecuencia, ahí se da algo distinto en esencia a una Constitución moderna en el sentido de una decisión política total. El primer ejemplo de una moderna Constitución escrita es el «Instrument of Government» de Cromwell, del año 1653. El mismo Cromwell se manifestó acerca de la finalidad de este instrumento: había de dar una regla permanente, inviolable frente a las cambiantes resoluciones mayoritarias del Parlamento; en todo Gobierno necesitaba haber algo de fundamental, algo como una gran Carta que fuera permanente e invariable. La equívoca palabra «fundamental» recibe aquí el sentido de: absolutamente invulnerable. El que un Parlamento, por ejemplo, nunca pueda declararse corporación permanente es para él uno de tales principios fundamentales. Si el Legislador, esto es, el Parlamento, pudiera cambiarlo, ya no habría seguridad, etc. Los afanes de Cromwell quedaron malogrados. La práctica moderna de las Constituciones escritas comienza, pues, cuando, al separarse de Inglaterra sus colonias de Norteamérica, declarándose Estados independientes, formularon por escrito sus Constituciones. Un «Congreso» invitó a todos los Estados, en 1776, a hacerlo así. Desde la Revolución francesa de 1789 y la primera moderna Constitución escrita del continente europeo, la Constitución francesa de 1791, vienen, por regla general, en la fundación de Estados y después de revoluciones, Constituciones con un contenido típico,

cuyo esquema se ha correspondido hasta ahora casi siempre con el esquema fundamental del Estado burgués de Derecho con derechos fundamentales y división de poderes, que más adelante (§ 12, pág. 138) habremos de discutir. También lo sigue aún la Constitución de Weimar. La Constitución de la República de los Soviets de 11 de julio de 1918 ha renunciado a este esquema del Estado burgués de Derecho y establecido un nuevo tipo de Constituciones, la Constitución socialista soviética.

III. El concepto ideal todavía hoy dominante de Constitución es el ideal de Constitución del Estado burgués de Derecho. Si se prescindiera de la Rusia bolchevista y de la Italia fascista, puede decirse que ese concepto ideal está todavía en vigor en la mayor parte de los Estados del mundo. La particularidad de su ideal de Constitución consiste en que con él se adopta una organización del Estado desde un punto de vista crítico y negativo frente al poder del Estado —protección del ciudadano contra el *abuso* del poder del Estado—. Los medios y métodos del control sobre el Estado se organizan más que el propio Estado; se crean seguridades contra ataques estatales, y se trata de introducir frenos en el ejercicio del poder público. Una Constitución que no contuviera otra cosa que esas seguridades propias del Estado burgués de Derecho no podría concebirse, pues el Estado mismo, la unidad política, lo que ha de ser controlado, necesita existir de antemano o ser organizado al mismo tiempo. La tendencia del Estado burgués de Derecho va en el sentido de desplazar lo político, limitar en una serie de normaciones todas las manifestaciones de la vida del Estado y transformar toda la actividad del Estado en *competencias, limitadas* en principio, rigurosamente circunscritas. De aquí resulta ya que lo característico del Estado burgués de Derecho sólo puede integrar una parte de la total Constitución del Estado, mientras que la otra parte contiene la decisión positiva acerca de la forma de la existencia política. Las Constituciones de los actuales Estados burgueses están, pues, compuestas de dos elementos: de un lado, los principios del Estado de Derecho para la protección de la libertad burguesa *frente* al Estado; de otro, el elemento político del que ha de deducirse la *forma de gobierno* (Monarquía, Aristocracia o Democracia, o un *status mixtus*) propiamente dicha. En la reunión de estos dos elementos reside la particularidad de las actuales Constituciones del Estado burgués de Derecho. Esta duplicidad fija su estructura total y lleva a una duplicación correspondiente de conceptos centrales, como el concepto de *ley*. La exposición que seguirá del esquema fundamental de la Constitución moderna (§ 12, pág. 138) y de la relación de la forma de gobierno con la condición de Estado de Derecho (§ 16, pág. 201) contiene sus líneas básicas y su construcción.

LA SIGNIFICACION DE LA PALABRA «LEY FUNDAMENTAL», NORMA FUNDAMENTAL O «LEX FUNDAMENTALIS»

(Ojeada panorámica)

I. Ojeada.

1. En un sentido general, no preciso, se llaman «leyes fundamentales» todas las leyes o disposiciones que parecen de singular importancia política a las personas o grupos políticamente influyentes en un momento dado.

Así, se llamaron leyes fundamentales (*leges fundamentales*) las numerosas disposiciones, capitulaciones y privilegios de los Estamentos alemanes frente al Emperador —comp., más adelante, pág. 69—. El pensamiento de la unidad política se disuelve y el concepto de ley fundamental se hace de este modo pluralista y relativo.

2. Ley fundamental = una norma *absolutamente inviolable*, que no puede ser, ni reformada, ni quebrantada.

Comp. la manifestación de Cromwell, antes, pág. 61.

3. Ley fundamental = toda norma *relativamente invulnerable*, que sólo puede ser reformada o quebrantada bajo supuestos dificultados (antes, pág. 43).

4. Ley fundamental = el último *principio unitario* de la *unidad política* y de la *ordenación de conjunto*. Aquí se expresa el concepto absoluto de Constitución (antes, pág. 30).

5. Ley fundamental = cualquier *principio particular* de la organización estatal (derechos fundamentales, división de poderes; principio monárquico, el llamado principio representativo, etc.).

6. Ley fundamental = la *norma* última para un sistema de imputaciones normativas. Aquí se destaca el carácter normativo, y en ley fundamental se acentúa ante todo el elemento «ley» (antes, pág. 33).

7. Ley fundamental = toda regulación orgánica de competencia y procedimiento para las actividades estatales políticamente más importantes; y también, en una Federación, la delimitación de los derechos de ésta respecto de los de los Estados miembros.

8. Ley fundamental = toda limitación normada de las facultades o actividades estatales.

9. Ley fundamental = Constitución en sentido positivo, de donde la llamada ley fundamental no tiene por contenido esencial una normación legal, sino la *decisión política* (antes, pág. 45).

II. Estas distintas significaciones se enlazan casi siempre en modos diversos, según se acentúe uno u otro aspecto —inviolabilidad, unidad, ordenación de carácter principal, función limitadora, etc.—, y se le coloque en el primer plano. En general, puede decirse que el concepto se relativiza y pluraliza tan pronto como se disuelve la conciencia de la *existencia* política, mientras que se hace presente el pensamiento de la *Unidad* cuando esta conciencia vuelve a avivarse. Por lo demás, las distintas significaciones se suelen emplear unas junto a otras con superficialidad confusionaria.

Así, un conocidísimo Tratado del siglo XVIII —Vattel: *Droit des gens*, cap. III, § 27— contesta al tema ¿qué es una Constitución? con las siguientes frases: Constitución es «la ordenación fundamental que determina el modo y manera en que debe ser ejercida la autoridad pública» (lo que, en parte, sería función ordenadora, y en parte, limitadora). «En ella se hace visible la forma bajo la cual actúa la Nación como cuerpo político» (aquí el pensamiento de la *unidad* política representada); «cómo y por quién debe ser regido un pueblo, cuáles son los derechos y deberes de los gobernantes» (aquí otra vez la significación, en parte, *orgánica*; en parte, *limitadora*, de la Constitución). «En el fondo, la Constitución no es otra cosa que la determinación de la *ordenación* en que una Nación se propone alcanzar en comunidad los fines y ventajas de la sociedad política (*société politique*)», etc. En el siglo XIX la determinación conceptual de Constitución se dificulta aún más por haberse complicado en el concepto de Constitución el concepto ideal del Estado burgués de Derecho (antes, § 4, pág. 59). Pero, aun con independencia de esta compilación, son extraordinariamente grandes las dificultades que una clara distinción encuentra en el camino. Citemos como ejemplo la «definición de las leyes fundamentales de la Federación» que, como apéndice, se propuso en la Federación alemana con respecto al art. 13 del Acta federal. La Comisión redactora hizo notar en su disertación (protocolo de la sesión 22, de 16 de abril de 1820) que el concepto de una ley fundamental es «uno de esos conceptos sencillos que antes se oscurecen que aclaran y fijan con las definiciones». Pero en 1819 había propuesto una Comisión de la Federación, creada para la fijación técnica de este concepto: 1. *Leyes fundamentales* de la Confederación germánica son aquellas prescripciones convencionales que afectan a la fundación de la Federación, a la unión de sus miembros, a la fijación de su finalidad, así como la de la totalidad, a la participación de los distintos miembros de la Federación en su ejercicio... Con estas prescripciones convencionales se formará la *Constitución federal*» (hay que distinguir,

pues, las leyes fundamentales —¡plural!— de la Constitución). 2. Las prescripciones sobre instituciones *orgánicas*, «orgánicas», porque mediante ellas recibe el cuerpo federal, por decirlo así, los instrumentos; «los acuerdos que para ese fin adopta la Federación como *normas generales permanentes*, pueden ser incluidos con razón entre las leyes fundamentales». 3. Las restantes leyes federales se fijan sólo por modo negativo: no son leyes fundamentales (Klüber: *Oeffentliches Recht des Deutschen Bundes*, 3.ª edición, 1831, pág. 60). Esta determinación conceptual contiene, en todo caso, algunos de los distintos puntos de vista a distinguir para un esclarecimiento de los conceptos ley fundamental y Constitución. Por lo demás, contribuye de seguro la condición equivoca de la palabra «fundamental» en combinaciones como «norma fundamental», etc., al gusto por tales expresiones; algo análogo se repite en derechos «fundamentales» —después, § 14, pág. 164.

En las luchas constitucionales del siglo XIX cambia el concepto de Constitución con la situación política y de intereses de los partidos beligerantes. En general, se introduce aquí la equiparación de Constitución y limitación del Estado mediante los principios del Estado burgués de Derecho, según se ha compulsado antes en el § 4, y todavía habremos de ver en el curso ulterior de esta investigación, sobre todo en la parte segunda (págs. 201 y sigs.). A esto sigue la disolución y relativización de la Constitución en ley constitucional, que todavía parece dominar hoy en Alemania.

III. En las exposiciones que siguen, la palabra Constitución se emplea en el sentido del concepto *positivo* de Constitución antes desarrollado. Sobre todo, se distingue siempre con rigor entre Constitución y Ley constitucional.

I. Una Constitución nace, o mediante decisión política unilateral del sujeto del Poder constituyente, o mediante convención plurilateral de varios de tales sujetos.

Una Constitución, en el sentido de un *Status* idéntico a la situación total del Estado, nace naturalmente con el Estado mismo. Ni es emitida ni convenida, sino que es igual al Estado concreto en su unidad política y ordenación social. Constitución en sentido positivo significa un acto consciente de configuración de esta unidad política, mediante el cual la unidad recibe su forma especial de existencia. Si varias unidades políticas y sujetos independientes del Poder constituyente adoptan en común, por sí mismos, una tal decisión, que fija un *Status* político y, por cierto, en concurrencia, entonces hay una Constitución pactada o una Constitución convenida. (Ambas palabras, pacto y convención (*Vereinbarung*), quedan aquí sin diferenciar, si bien no cabe desconocer la singularidad que Binding y Triepel han dado del concepto de convención [convención como fusión de distintas voluntades de contenido igual].)

II. Ojeada histórica sobre el nacimiento de las modernas Constituciones europeas.

1. La situación política de la última parte de la Edad Media (del siglo XIII al XVI) es designada con frecuencia como «Estado de estamentos». La unidad política como tal, se había hecho problemática en la realidad y en la conciencia. La vieja constitución feudal militar se había disuelto, haciéndose independientes en gran medida los vasallos. Allí donde se formaban concentraciones estamentales (alta nobleza, baja nobleza, clero, burguesía de las ciudades), se basaban en pactos jurados de los miembros. Estos estamentos concluían pactos de múltiples clases, entre sí, y con el señor del país, pero también con príncipes extranjeros. Sus pactos con el

príncipe del país afectaban a la garantía de privilegios, limitaciones del poder del príncipe, e incluso con frecuencia, al derecho de resistencia armada. No pueden designarse como Constituciones de un Estado estas innumerables estipulaciones, de la misma manera que sería erróneo trasladar los conceptos del moderno Derecho político a tales relaciones medievales. El objeto propio de las Constituciones modernas, modo y forma de existencia de la *unidad* política, no era el objeto de esas estipulaciones. Con referencia al «Estado» de estamentos, no podría hablarse, ni de un Estado monista, ni de uno dualista o pluralista; a lo sumo, de un conglomerado de derechos bien adquiridos y privilegios. En numerosas cartas, capitulaciones, etc., se «afianzaban» numerosos intereses particulares. La totalidad aparece como el proceso de disolución de una unidad política antes existente. La unidad política está supuesta aún, sólo en tanto en cuanto que es ella lo que se disuelve, y a cuya costa participan en el botín grupos y organizaciones estamentales. Las estipulaciones no fundan, pues, ninguna unidad política ni contienen tampoco la decisión total sobre el modo y forma de la unidad política. Pero los esfuerzos constitucionales del siglo XIX podían anudarse con ellos, porque limitaban y controlaban el ejercicio del poder del príncipe, siendo así posible que en las luchas constitucionales del siglo XIX no sólo hablaran de «Constituciones estamentales» los Gobiernos monárquicos, sino que también la burguesía —sobre todo, en los pequeños Estados alemanes— tomara como punto de referencia frecuentemente tales estipulaciones estamentales y viera en ellos el modelo de una Constitución.

En especial, la *Magna Carta* inglesa de 15 de julio de 1215 suele designarse como modelo y origen de las modernas Constituciones liberales. El desarrollo del Derecho político de Inglaterra tomó un curso peculiar, porque los señores feudales y estamentos de la Edad Media (alta nobleza, caballeros y burguesía inglesa) y su representación (la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes) pasaron en un proceso lento e insensible a las condiciones propias del Estado moderno. El Parlamento inglés apareció en la lucha contra el Rey como el sujeto de la unidad nacional, es decir, *política*, mientras que en otros países europeos era el Príncipe absoluto quien realizaba la unidad política en lucha contra los estamentos medievales. En Inglaterra podían transferirse, no mediando una aguda distinción, ideas e instituciones medievales a las modernas instituciones del Estado. Pero, aparte esto, la *Magna Carta* de 1215 es, en su consideración histórica, no más que uno de los muchos ejemplos de estipulaciones medievales entre Príncipe y señores feudales. Es un *stabilimentum* entre el Rey Juan y sus Barones, fijado en un documento probatorio (Carta). Su naturaleza jurídica ha sido entendida de muy distintas maneras. Se la ha designado como una *ley*, porque fue dada por el Rey, y tenía la forma de una concesión real; o como *contrato* de Derecho público, en la forma de concesión real (Stubbs: *Const. Hist.*, I, pág. 569), o también como *contrato* de Derecho privado (Boutmy: *Études*, pág. 40); según Anson, es tanto una *Ley constitucional* como una *Declaración de Derechos*, como un *pacto* entre Príncipe y pueblo! Pero como ha mostrado William Sharp McKechnic (*Magna Carta*, 2.ª ed., Glasgow, 1914, págs. 104 y sigs), es inexacto aplicar a relaciones medievales cualquiera de estas distinciones del moderno Derecho político. La *Magna Carta* es para McKechnic un *Stabilimentum*, es decir, un acuerdo o estipulación sin ningún preciso sentido de Derecho político. El que se encuentre escrita no demuestra nada

en favor de una Constitución, así como tampoco algunos giros de aparente generalidad principal. El nombre «Magna Carta» no se explica históricamente porque contenga una ley fundamental en el sentido de las Constituciones modernas o de los modernos derechos fundamentales, sino por contraste con una «Parva Carta» o «Carta foresta» de 1217 relativa a derechos de caza; el nombre originario es «Carta libertatum» o «Carta Baronum». Sólo siglos más tarde, desde el xvii, por la lucha del Parlamento inglés contra el absolutismo de los Estuardos, se le dio el sentido moderno, haciéndola origen de una Constitución liberal. Pero sería un error histórico ver en ella, aunque sólo fuera por aproximación, algo análogo a una Constitución moderna liberal o democrática. Si se garantiza en esa Magna Carta a todo «hombre libre» (*freeman*) ciertos derechos protegidos contra el abuso del poder real, eso es muy otra cosa que una moderna Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano. «Hombre libre» era entonces sólo el Barón; sólo él pasaba por *homo liber* o, incluso, sólo como *homo* (McKechnie, pág. 115). Así, pues, la Magna Carta históricamente no es más que un convenio de una aristocracia feudal con un señor territorial, al que renueva su homenaje como contraprestación por los derechos garantizados. La eficacia política del modelo de esta Magna Carta descansa en una idea legendaria que ciertos partidos se formaron de ella. La Carta tiene como contenido en 63 capítulos, limitaciones de la supremacía feudal del Rey, limitaciones de su supremacía judicial (ningún hombre libre puede ser hecho preso o detenido, sino por un Tribunal legal de personas de su clase o según el Derecho del país), límites del derecho de impuesto, y, sobre todo, establecimiento de un Comité de resistencia para el caso de que estas prescripciones no fueran mantenidas (comp. Gneist: *Englische Verfassungsgeschichte*, pág. 240; Richard Schmidt: *Allgemeine Staatslehre*, II, 1903, págs. 490 y sigs.).

La Declaración de derechos de 1688 (*Bill of Rights*) es, por la forma, una fijación contractual entre el Príncipe de Orange llamado al trono por el Parlamento inglés, y este Parlamento. Pero el Parlamento aparece aquí como representante de la unidad política de Inglaterra. La Declaración contiene 13 preceptos contra el abuso del poder real (la no suspensión de leyes por el Rey, el no empleo de la prerrogativa real para el levantamiento de imposiciones financieras, derecho de petición de los súbditos, el no mantenimiento de ejército sin asentimiento del Parlamento, derecho de los súbditos protestantes a llevar armas, libre elección de los miembros del Parlamento, libertad de discusión y discurso en el Parlamento; comp. Gneist, ob. cit., págs. 614 y sigs.). Aquí puede hablarse ya de determinaciones legal-constitucionales en sentido moderno, porque aquí está clara ya la idea de la unidad política y la estipulación entre Parlamento y Rey no constituye la unidad, sino que la supone en cuanto que el Parlamento actúa como representante de la unidad.

2. En la mayor parte de los Estados de Europa, la unidad política fue obra del Absolutismo monárquico. En el Imperio, sin embargo, siguieron arrastrando hasta el final de este Imperio, 1806, situaciones medievales; junto a ellas se formaban en el territorio del Imperio nuevas unidades políticas, Estados como Prusia, Baviera, Württemberg, Sajonia. Como totalidad, el Imperio era todavía en el siglo xviii un compuesto heterogéneo de formaciones políticas en desarrollo y jirones políticos. Hegel formuló esta situación de manera perfecta en su escrito de juventud *Die Verfassung Deutschlands* (1802): «El edificio estatal alemán no es otra cosa que la suma de los derechos que las distintas partes han desprendido del todo»; su «Constitución» y «Justicia» consiste en que se «cuída atentamente de

que no quede ningún poder al Estado» (*Hegels Schriften zur Politik*, ed. de Lasson, págs. 13-14). Desde el siglo xvii se discutió la cuestión de si este notable conglomerado era una *mezcla* de formas de gobierno (Monarquía limitada y Aristocracia), un *status mixtus* o un *sistema* de Estados, es decir, una formación federalista. La única respuesta posible, intelectualmente honesta, la dio Pufendorf (en el célebre escrito *De Statu Imperii Germanici*, publicado bajo el nombre de *Severinus de Monzambano*, 1667, cap. VI, § 9, ed. de Fritz Salomon, 1910, pág. 126), que esta formación es una anomalía y semejante a un monstruo. Para una consideración normativa, era un caso ideal de Estado de Derecho sobre el fundamento del precepto *pacta sunt servanda*. La Constitución consistía en numerosas estipulaciones, pactos de privilegios, capitulaciones, etc., protegidos en forma jurisdiccional mediante imperceptibles posibilidades procesales. El más distinguido y políticamente poderoso estamento del Imperio, los Príncipes electores, renovaban y aumentaban estos derechos en cada nueva elección del Emperador mediante nuevas capitulaciones electorales. Desde el siglo xvii se designaron estos pactos electorales y condiciones electorales fijadas por escrito como *leyes fundamentales*¹. Incluso el ejercicio de las altas atribuciones políticas, como la declaración de exclusión de la comunidad de un Príncipe o cualquiera otro de los estamentos como condición previa para una ejecución, terminó por ser enlazado a un procedimiento procesal y a la anuencia de los demás estamentos. Ni siquiera en caso notorio de ruptura de la paz interior y resistencia abierta, podía el Emperador sin «consentimiento» de los Príncipes electores declarar fuera de la comunidad a un estamento del Imperio. Lo monstruoso de esta situación consiste, como declara con razón Pufendorf, en que el Emperador no puede imponer nada a los estamentos contra su voluntad, pero, en cambio, estos estamentos pueden obtener y afianzar en «leyes fundamentales» cualquier ventaja para sí propios contra la voluntad del Emperador y a costa del Imperio.

La última posibilidad de crear con el Imperio alemán una unidad política existencial de base nacional fue anulada con el fin de Wallenstein (1634). Wallenstein había reunido ya en 1630 la enemistad de los Príncipes electores y estamentos. El mismo Emperador estaba por motivos confesionales y legitimistas del lado de los estamentos, y no podía comprender por eso una concesión de la tolerancia religiosa, que hubiera sido condición previa de la unión estatal de Alemania, según la pensara Wallenstein. En las capitulaciones electorales de Fernando III, de 24 de diciembre de 1636, se documenta la definitiva victoria de los intereses particulares de los estamentos sobre el Emperador: ni aun en el caso de la «necesidad más extrema» estaba autorizado el Emperador a levantar impuestos sin al menos consultar antes a los Príncipes elec-

¹ Según G. Jellinek: *Allgem. Staatslehre*, pág. 495, el Derecho político del Imperio alemán conoce el concepto de ley fundamental (*lex fundamentalis*) desde la paz de Westfalia. Sin embargo, la palabra aparece más temprano en la literatura jurídico-política y designa la Bula de Oro de 1356, las Capitulaciones electorales de los Príncipes electores con el Emperador y las recesas (*interregnos*) del Reichstag, por ejemplo, Arrumaeus: *Discursus academici de iure publico*, Jena, 1616, pág. 65, 1.007, discurso XXXIII.

tores; aun en el caso de notoria ruptura de la paz era exigible un proceso para declarar fuera de la comunidad y hacer posible la ejecución; aun en el caso de extrema necesidad (*in extremo necessitatis casu*) tiene que oír el Emperador a los Príncipes electores (comp. Carl Schmitt: *Die Diktatur*, págs. 95-6).

3. En el continente europeo, en España, Francia y en los Estados territoriales alemanes, se desarrolla el Estado moderno al hacerse «absoluto» el príncipe, es decir, mediante la supresión de los bien ganados derechos feudales y estamentales y el quebrantamiento y aniquilación del principio de la *legitimidad del status quo* en que descansa aquella situación feudal. Las formaciones políticas así surgidas eran Monarquías absolutas. Consiste lo «absoluto» en que el príncipe es *legibus solutus*, es decir, que está autorizado y en condiciones de despreciar, por razones políticas, sobre las que sólo él decide, las pretensiones legítimas de los estamentos y los privilegios y convenios existentes. La palabra «Estado» designa con singular acierto la particularidad de esta moderna formación política, porque ofrece la conexión verbal y mental con la palabra *status*. Pues el *status* amplio de la unidad política relativiza y absorbe todas las otras relaciones estatuales, en particular, estamentos e Iglesia. El Estado, como es, el *Status político*, se convierte así en el *Status* en sentido absoluto. Este Estado moderno es soberano; su poder, indivisible. Cualidades como la de su clausura e impermeabilidad se deducen de la esencia de su unidad política. El concepto de soberanía, sobre todo, tenía una gran función en la Historia universal: la de superar la legitimidad del *status quo* (feudal y estamental) de entonces.

La primera exposición del moderno Derecho político, los *Seis libros de la República*, de Bodinus (1577), muestra con claridad este punto decisivo. Quien tiene el poder supremo es soberano, no como funcionario o comisario, sino permanentemente y por derecho propio; por virtud de su propia existencia; está ligado al Derecho divino y natural, pero no se trata de esto con la cuestión de la soberanía, sino de si el legítimo *status quo* debe ser un obstáculo insuperable para sus decisiones políticas, si alguien puede pedirle cuentas y quién decide en caso de conflicto. El soberano puede, cuando lo exijan tiempo, lugar y singularidades concretas, cambiar y quebrantar leyes. Así revela justamente su soberanía. Siempre son ideas como: anulación, casación, vulneración, dispensa, supresión de leyes y derechos existentes, las de que habla Bodinus en el capítulo sobre la soberanía (cap. 8, lib. I). En el siglo XVII este esencial punto de vista es llevado a claridad sistemática con Hobbes y Pufendorf: la cuestión a que se llega es siempre: *quis indicabit*: acerca de lo que exige el bienestar público y la utilidad común decide el soberano; en qué consiste el interés del Estado, cuándo es exigible una vulneración o abolición del Derecho existente, son cuestiones todas que no pueden ser fijadas normativamente; reciben su contenido concreto sólo mediante una decisión concreta de la instancia soberana.

4. En la *Revolución francesa de 1789* surge la Constitución moderna, mixta de elementos liberales y democráticos. Su supuesto mental es la teoría del Poder constituyente. La Teoría del Estado de la Revolución francesa pasa a ser así una fuente capital, no sólo para la dogmática política de todo el tiempo siguiente (v. Egon Zweig, *Die Lehre vom pouvoir constituant*,

página V), sino también para la construcción jurídica de carácter positivo de la moderna Teoría de la Constitución. El poder constituyente presupone el Pueblo como una entidad política existencial; la palabra «Nación» designa en sentido expresivo un Pueblo capaz de actuar, despierto a la conciencia política. Históricamente, puede decirse que esta idea de la unidad política y de la nacionalidad surgió en el continente europeo como consecuencia de la sistematización política de la Monarquía absoluta, mientras que en Inglaterra era facilitado el continuo proceso desde una estructura medieval hasta la unidad nacional por el hecho de que «la condición insular suplía a una Constitución». En Francia, por el contrario, modelo clásico del moderno Estado europeo, se entendió primero teóricamente el concepto de Nación en su significación de Derecho político. Sin embargo, hay que separar en la Revolución francesa de 1789 dos fenómenos y sistemas de ideas, distintos desde el punto de vista de la Teoría de la Constitución. Por lo pronto, el pueblo francés se constituye como sujeto del Poder constituyente; se hace consciente de su capacidad política de actuar, y se da a sí mismo una Constitución bajo el supuesto, expresamente afirmado así, de su unidad política y capacidad de obrar. El acontecimiento fue tan eficaz y activo porque ahí la decisión política fundamental consistió en hacerse *consciente* de su condición de sujeto capaz de actuar, y en fijar con autonomía su destino político. El pueblo francés se constituye a sí mismo en cierto sentido. Al darse una Constitución realiza el acto más amplio de la decisión acerca de un modo y forma particular de existencia. El pueblo se convierte en Nación, o, lo que es igual, se hace consciente de su existencia política. Pero esto no significa que antes no existiera, ni que funde tampoco su Estado mediante la consciente intuición de su Poder constituyente. El Ser político precede al momento constituyente. Lo que no existe políticamente, tampoco puede decidir de modo consciente. Con este acontecimiento fundamental en que un Pueblo obraba con conciencia política, se daba ya por supuesta la existencia política, y hay que distinguir el acto por el que el pueblo se da a sí mismo una Constitución, de la fundación del Estado mismo.

La segunda significación de la Revolución francesa consiste en que condujo a una Constitución del Estado burgués de Derecho, esto es, limitadora y controladora del ejercicio del poder del Estado, dando así al Estado francés un nuevo modo de ser políticamente. Cuando la Nación como sujeto del Poder constituyente se enfrenta con el Monarca absoluto y suprime su absolutismo, se coloca en su puesto de la misma absoluta manera. Lo absoluto queda subsistiendo con invariable, incluso con incrementado vigor, porque ahora el pueblo se identifica políticamente consigo mismo en su Estado. El vigor *político* de este acontecimiento condujo a un aumento del poder del Estado, a la más intensa unidad e indivisibilidad, *unité e indivisibilité*. Si, por contra, debe regularse, dividirse y limitarse el ejercicio del poder del Estado, esta «*división de poderes*» significa una supresión y abolición de todo absolutismo político, sea ejercido por un Monarca absoluto, o por la Nación absoluta, despierta a la conciencia política. La magnitud

política de la Revolución francesa estriba en que, a pesar de todos los principios liberales y del Estado de Derecho, en ningún momento cesa de ser punto de partida decisivo el pensamiento de la unidad política del pueblo francés. Queda fuera de duda que todas las distinciones, divisiones, frenos y controles del poder del Estado se mueven siempre dentro del marco de la unidad política. Con esto queda también fuera de duda el carácter relativo de todas las leyes constitucionales. La Constitución no era un pacto entre príncipe y pueblo o entre cualesquiera organizaciones estamentales, sino una decisión política adoptada por la Nación, una e indivisible, para fijar su propio destino. Toda Constitución presupone esta unidad.

5. En la época de la *Restauración monárquica* (1815-1830) se intentó resucitar las ideas medievales de un pacto cerrado entre Príncipe y Estamentos, de una *Charte*. En algunas partes de Alemania seguían en vida aún ideas y situaciones medievales. Especialmente en Estados medios y pequeños, no se distinguía entre aquellos fenómenos de estipulaciones feudales y estamentales y un acto del Poder constituyente. En todo caso, la teoría y la práctica contrarrevolucionarias intentó servirse de ideas medievales para sustraerse a las consecuencias democráticas de la unidad nacional.

El acta federal vienesa de la Confederación germánica de 1815 determinó en el artículo 13 que en todos los Estados de la Confederación germánica «habría Constituciones estamentales». La Constitución *estamental* se contraponía aquí, en sentido medioeval, al pensamiento moderno de la *representación* de la unidad nacional del Estado, siendo utilizada como concepto opuesto a una representación nacional electiva, representante de *todo* el pueblo. Las Constituciones que correspondieron a esa prescripción del Acta federal se designan a veces como pactos o convenios. Así, la Constitución de Sajonia-Weimar-Eisenach (Carlos Augusto), de 5 de mayo de 1816, es concebida como «pacto entre Príncipes y súbditos»; según el artículo 123, sólo son posibles las reformas por pacto común entre Príncipe y Estamentos, etc. Otros ejemplos (Württemberg, 1819; Sajonia, 1831), después, pág. 83, donde se trata de la significación de tales «pactos» para la teoría de la Constitución.

La contradicción interna de tales intentos de Restauración monárquica consiste en lo siguiente: en primer término, los príncipes no podían pensar en renunciar a la unidad política del Estado a favor de representaciones de intereses estamentales. No podían llevar consecuentemente hasta su fin un concepto como «Estamentos» y la construcción disolvente de un pacto constitucional con esos Estamentos. Las representaciones «estamentales» no podían tener, pues, ninguna facultad de decisión. Pero si habían de significar algo para la Constitución, tenían que ser representantes políticos (no representantes de intereses estamentales). Sin embargo, los príncipes no podían reconocer a esos Estamentos como representantes de *todo* el Pueblo políticamente unificado, porque entonces habrían reconocido al Pueblo como unidad política con capacidad de obrar, al mismo tiempo que renunciaban al principio monárquico, según el cual, sólo el príncipe es el representante de esa unidad política, reuniendo en su mano la plenitud del poder del Estado. Ambos conceptos: un pacto constitucional cerrado con los «estamen-

tos» y el principio monárquico, resultaban inconciliables por completo. Consecuencia del principio monárquico era que el rey, por virtud de la plenitud de su poder, *emitía* una Constitución, es decir, adoptaba la decisión política fundamental en que la Constitución consistía, por acto unilateral, como sujeto del Poder constituyente, pero sin soltar con ello este Poder constituyente. La Constitución no era, pues, un pacto, sino una *Ley* emitida por el rey. Todas las normaciones legal-constitucionales de este texto afectaban sólo a atribuciones *limitadas* en principio, sólo a *competencias*, mientras que la «plenitud del poder del Estado», ilimitada e ilimitable en principio, inseparable de la unidad política, permanecía, a pesar de la Constitución, en manos del rey, cuando no la renunciaba a favor del Parlamento. En las monarquías políticamente fuertes las Constituciones «constitucionales» surgieron sobre la base de ese principio monárquico. No eran pactadas con la Representación popular, sino otorgadas. Pero, incluso allí donde fueron «pactadas», no había de ceder, en modo alguno, el principio monárquico, al menos en Alemania, por la cooperación de la representación popular en la fijación del texto de las leyes constitucionales, ni ser reconocido en modo alguno el principio democrático del Poder constituyente del pueblo (comp. después, § 7, II, pág. 84).

La *Charte* francesa de 4 de junio de 1814 es la muestra de una moderna Constitución monárquica emitida, esto es, otorgada, sobre la base del principio monárquico, es decir, del poder constituyente del Rey. Si se acepta la designación medioeval de *Charte*, es de manera característica por la situación de contradicción interna de esa Monarquía. Los pactos estamentales hubieran sido contrarios a la unidad política, una e indivisible, de Francia. En realidad, la *Charte* descansaba en el Poder constituyente del Rey, contrapuesto al Poder constituyente del pueblo.

6. En la revolución de julio del año 1830 se decidió en Francia la cuestión política de si era el Rey o el Pueblo el sujeto del Poder constituyente. La doctrina democrática del Poder constituyente del Pueblo se había introducido definitivamente. Los representantes del Estado liberal de Derecho intentaron eludir la alternativa: o soberanía y Poder constituyente del rey, o soberanía y Poder constituyente del pueblo, hablando de una «soberanía de la Constitución» (comp. antes, § 1, II, pág. 33). Con esto no se contestaba a la cuestión; se la soslayaba y velaba tras de la idea confusa de un Poder constituyente de la Constitución. Todas las Constituciones y leyes constitucionales francesas que siguen (1848, 1851, 1875) tienen como supuesto el Poder constituyente del Pueblo.

7. En *Alemania* la revolución del año 1848 condujo, en general, hacia la llamada Monarquía constitucional, esto es, a un «dualismo» (R. Mohl) de gobierno monárquico y de Representación popular, en que ambos —monarca y representación popular— actúan como representantes de la unidad política. Semejante dualismo sólo significaba que la decisión quedaba relegada. Dentro de cada unidad política sólo puede darse un sujeto del Poder constituyente. Por eso, resulta de aquí la alternativa: o bien, el príncipe emite una Constitución sobre la base del principio monárquico con la ple-

nidad del poder del Estado, o bien la Constitución descansa en un acto del Poder constituyente del Pueblo, es decir, en el principio democrático. Ambos principios, como fundamentalmente contrapuestos, no pueden ser mezclados. Un compromiso mediante el cual se aplace y relegue la decisión, es posible durante algún tiempo, claro está. Ambas partes, Príncipe y Representación popular, están de acuerdo en que la decisión debe ser suspendida. Pero un compromiso semejante no es por ello nunca un auténtico compromiso objetivo, sino el compromiso de fórmula dilatoria discutido antes (página 54). En realidad, y pese a todos los velos y elusiones, la Constitución se apoya, o en el principio monárquico, o en el democrático; o en el Poder constituyente del príncipe o en el del pueblo. El «dualismo» de estas Constituciones es insostenible. Todo auténtico conflicto abre el sencillo dilema de los principios político-formales que recíprocamente se excluyen.

Si una Constitución es emitida unilateralmente por el príncipe, si es «otorgada», descansa, sin duda, en el Poder constituyente del príncipe. Si se impide por razones políticas la forma del otorgamiento, y se pacta la Constitución entre Príncipe y Representación popular, entonces hay un compromiso dilatorio en tanto que el príncipe no renuncie expresamente a su Poder constituyente y reconozca en su lugar el fundamento democrático, el Poder constituyente del Pueblo. Naturalmente, en las Monarquías de Alemania, nunca ha tenido lugar un tal reconocimiento del principio democrático. De aquí resultaba una situación dualística intermedia. En teoría, se disimuló esto, por cuanto que había una correspondencia con las ideas democráticas, fingiendo una «soberanía de la Constitución» y soslayando así la cuestión política esencial acerca del Poder constituyente. En la práctica, en la realidad histórica y política, era posible esta situación de una decisión aplazada en tanto que la situación política interior y exterior seguía siendo uniforme y tranquila. En el momento crítico apareció el conflicto no resuelto y la necesidad de una decisión. Hubiera sido concebible que, a lo largo de un proceso lento, un principio desplazara al otro poco a poco y sin conflicto declarado, como había ocurrido en Inglaterra. Pero los Estados del continente europeo no se encontraban en la dichosa situación de una isla inatacable y enriquecida en medida inaudita por un gran territorio colonial.

La Monarquía constitucional subsistió en Alemania hasta noviembre de 1918. La situación política y económica favorable hacía posible el poner fuera de cuenta, como cosa no-interesante, aquella alternativa de decisión. Lo que no se hallaba en la «Constitución», se dejaba sin respuesta como «no-jurídico», al mismo tiempo que se hacía formalista y relativizaba la Constitución, convirtiéndola en ley constitucional, de la manera antes expuesta (§ 2, pág. 37). Eso pasaba por ser «positivismo», si bien, en realidad, desde el punto de vista de la Teoría constitucional, ello no sobrepasó el estadio de la época de Luis Felipe y sus doctrinarios liberales. Esta época es designada por un juez tan moderado como Lorenzo von Stein, como «la época del *constitucionalismo* en su más pura forma». Incluso después de la Revolución de 1918 trató de conservarse aún por un período la cáscara

vacía de esta especie de liberalismo en la «teoría normativa del Estado» de Kelsen. Ya no era la vieja fe en la «soberanía de la Razón», sino una posición llena de contradicciones: de una parte, la «Constitución» soberana; de otra parte, su relativización y disolución en distintas normaciones constitucionales reformables dentro de un cierto procedimiento. La Constitución de la Monarquía constitucional alemana contiene, ante todo, una delimitación jurídica del poder real y presenta el dualismo, típico de la Monarquía constitucional, de los dos representantes (Príncipe y Representación popular); pero el principio monárquico no fue abolido en Alemania. Aquellas atribuciones en que participa constitucionalmente la Representación popular son *limitadas* en principio; la Representación popular recibe ciertas *competencias* en el terreno de la legislación, mientras que, en lo demás, la «presunción» de competencia habla en favor del Monarca. La mejor formulación de la particularidad de esta Monarquía constitucional de estilo alemán se debe a Max von Seydel (*Über konstitutionelle und parlamentarische Regierung*, 1887, Disertaciones, pág. 140): «El Rey parlamentario no puede, cuando su Parlamento se niega a funcionar, remitirse a su poder»; por el contrario, el Monarca constitucional en Alemania «puede remitirse a su poder», si se presenta un conflicto serio, es decir, que afecte a la cuestión de la soberanía y del poder constituyente. El Monarca sigue siendo el sujeto de un poder *ilimitado* en principio, constituyente, y por eso no susceptible de ser comprendido dentro de una ley constitucional. Por cuanto que la cuestión alternativa de si era el Príncipe o el Pueblo quien tenía este poder constituyente no se había decidido a favor del Pueblo, había de permanecer ya, por eso mismo, en el Príncipe, en tanto que existiera su fuerza y autoridad política. Como en otros casos de suspensión de la decisión, también aquí permaneció en el anterior *status quo*: en el principio monárquico. Cuando se acentuaba entonces en la teoría del Estado que el Príncipe mismo sólo era un «órgano» del Estado, y que ni él ni el Pueblo, sino el Estado como «organismo», era soberano, esto se correspondía del modo más preciso, pese a la metáfora colectivista, con aquel método liberal que sortea la cuestión del sujeto del poder constituyente y del *representante* de la unidad política capaz de decidir, construyendo así un tercero, soberano —sea la «Constitución», que se establece a sí misma, que por sí misma y en sí misma es soberana, como caída del cielo, sea el «organismo» soberano. El resultado teórico era el mismo. Pero en la *práctica* jurídica y jurídico-política se mostraba sin más, en caso de conflicto, quién era el sujeto del poder del Estado y el representante de la unidad política capaz de decidir: el Rey.

En el conflicto prusiano entre Rey y Dieta, 1862 a 1866, el Gobierno del Rey adoptó el punto de vista de que, no habiendo previsto la Constitución el caso de una denegación del presupuesto por la Dieta, era un caso no regulado y por ello podía el Gobierno obrar con libertad; que la Constitución tenía aquí una «laguna» y el Rey podía reclamar a su favor la presunción de competencia no-delimitada. Tales «lagunas» son siempre posibles, y es de la esencia de un conflicto constitucional el que pueda plantearse con éxito la afirmación de «caso no previsto». Aquí se manifiesta con espe-

cial claridad el desamparo de toda clase de expresiones normativas de la «soberanía de la Constitución». El Gobierno del Rey estaba en lo cierto, no sólo desde el punto de vista político, sino también desde el de la Teoría del Estado, cuando, en el conflicto prusiano de 1862, sostenía que se trataba de una laguna de la Constitución. La opinión típica de los maestros alemanes de Derecho político (comp. Meyer-Anschütz, página 906) rechazaba la teoría bismarkiana, pero llegaba al resultado de que la cuestión no era jurídica. «*El Derecho político concluye aquí.*» ¡Las normas, pues, cuya significación y valor debía consistir en la decisión de casos de conflicto, no permitían obtener respuesta alguna! Queda así en pie: que el monarca, representante de la unidad política, podía en casos críticos, *primero*, encontrar una laguna en la Constitución, y *segundo*, decidir sobre cómo había de llenarse esa laguna. Las muchas sutilezas jurídico-políticas con que confundían esa sencilla situación de Derecho, han perdido hoy todo valor teórico y práctico. Sin embargo, es muy interesante históricamente el que concluyera el Derecho político de entonces allí donde comenzaban las cuestiones importantes y significativas del Derecho constitucional.

8. La Constitución de la Confederación de Alemania del Norte, de 26 de julio de 1867, daba por supuesta esta situación constitucional en los Estados federados (la pequeña singularidad de las tres ciudades hanseáticas no merece atención aquí), como también la Constitución del Imperio de 16 de abril de 1871. La homogeneidad correspondiente a toda Federación auténtica descansaba, primero, en la comunidad nacional del pueblo alemán; después, en la esencial igualdad de las situaciones constitucionales de los Estados-miembros de la Federación. La Constitución federal es un pacto constitucional de las unidades políticas, que se unen en una Federación. Pero, además de esto, es *pactada* también con una Representación popular, el Reichstag, surgida de elecciones generales. Sobre su construcción jurídica, comp. después, § 7, II, pág. 82.

9. Con la Revolución de 1918 se introduce prácticamente en Alemania la doctrina democrática del poder constituyente del pueblo. La teoría constitucional, sin embargo, permanece hoy todavía (1927) por completo dentro del círculo de ideas de la preguerra. El constitucionalismo liberal, que había sido afirmado como un método de evasión formalista frente al poder constituyente del Rey, ha sido proseguido, sólo por fuerza de la costumbre, en presencia de la democracia constitucional.

a) En el lapso de 10 de noviembre de 1918 a 6 de febrero de 1919 (reunión de la llamada Asamblea Nacional Constituyente) ejerció el *gobierno provisional* un «Consejo de Comisarios del Pueblo» de seis, y desde diciembre de 1918, cinco personas, bajo la vigilancia de los Consejos de trabajadores y soldados. Los Comités formados bajo el nombre de «Consejos de trabajadores y soldados» eran reconocidos como poseedores del poder político, y se mantuvieron hasta la reunión de una Asamblea elegida por todo el pueblo alemán con arreglo a preceptos democráticos para acordar las leyes constitucionales.

En la sentencia del Tribunal del Reich de 8 de julio de 1920 (*Gaceta del Trib. del Reich*, t. 100, pág. 26), se dice: Con arreglo al decurso histórico del lapso de 7 de noviembre de 1918 a 6 de febrero de 1919, «no puede desconocerse que ya en 10 de

noviembre de 1918 se había establecido un nuevo Gobierno del Reich que, sobre el cimiento local de los Consejos de trabajadores y soldados, tenía su cúspide en el Consejo de Comisarios del Pueblo. El establecimiento se logró por vías violentas, pero no encontró resistencia en el Poder anterior... Así, pues, el nuevo Gobierno se estableció sin lucha considerable, y se mantuvo inatacado en esta situación de poder, hasta que traspasó voluntariamente sus facultades en la Asamblea nacional». En la sentencia de 4 de abril de 1922 (*Gac. del Trib. del Reich*, t. 104, pág. 258) con referencia a *Trib. del Reich en materia penal*, t. 53, pág. 65; t. 54, págs. 149 y 152, deja indecisa la cuestión de «si Alemania formaba una República de Consejos en los primeros meses después de la revolución».

Este lapso de noviembre 1918 a febrero 1919 no puede ser considerado como si hubiera existido una nueva, especial Constitución del Reich alemán para tres meses, y el Reich alemán hubiera tenido, de 9 de noviembre 1918 a 11 de agosto 1919, tres o acaso cuatro Constituciones: la monárquica del primitivo Imperio, hasta 9 noviembre 1919; después, una República de Consejos; después, la Constitución democrática provisional de la Asamblea Nacional de Weimar de 11 de agosto 1919. Más bien existió en aquellos tres meses, hasta 6 de febrero 1919, un Gobierno provisional en el sentido del Derecho constitucional democrático. En toda revolución tiene que formarse un tal Gobierno hasta que se produzca la nueva decisión política del sujeto del poder constituyente. Sólo de modo no riguroso puede designarse como nueva Constitución el lapso intermedio, y sólo en tanto que con la revolución triunfante se introduce naturalmente una nueva situación, un nuevo «Status» (comp. antes, § 1, pág. 31): Los consejos de obreros y soldados de aquellos tres meses, sin embargo, se consideraron a sí mismos sólo como Gobierno provisional, y traspasaron de buen grado todo su poder a la Asamblea Nacional, tan pronto como se reunió.

Los Consejos de trabajadores y soldados fueron reconocidos como «Gobierno». Bajo su inspección continuó el aparato administrativo del Estado, con sus funcionarios, el despacho de los asuntos. No ocurrió, como en el año 1793 en Francia, bajo los jacobinos, o el 1918 en Rusia, con los bolchevistas, anular toda la situación administrativa y «destrazar la vieja máquina del Estado» para edificar una organización nueva por completo. La «máquina» subsistió con dirección cambiada: esta última fue recogida por el Consejo de Comisarios del Pueblo. Un convenio de 23 de noviembre de 1918, que tuvo lugar entre el Consejo ejecutivo del Consejo de trabajadores y soldados del Gran-Berlín (representante provisional de los Consejos de trabajadores y soldados de Alemania) y el Consejo de Comisarios del Pueblo, determinó: que el Poder político quedaba en manos de los Consejos de trabajadores y soldados de la República Socialista Alemana; el Consejo ejecutivo berlinés debía ejercitar sus funciones hasta la reunión de una Asamblea de delegados de los Consejos de Alemania; el Consejo de Comisarios del Pueblo se hacía cargo del «Ejecutivo». Esto no es una *Constitución* o *documento* constitucional, como lo ha llamado W. Jellinek, *Jabr. d. öffent. Rechts*, IX, 1920, pág. 21, sino regulación del Gobierno provisional. Mediante las resoluciones del Congreso general de trabajadores y soldados de Alemania de 16-18 de diciembre de 1918 se puso en claro que estos Consejos de trabajadores y soldados se considera-

ban sólo como Gobierno provisional en el sentido del Derecho constitucional democrático.

b) La *Asamblea Nacional* reunida en 6 de febrero de 1919, en Weimar, y elegida según postulados democráticos (sufragio universal, igual y directo), ejerció el poder constituyente del pueblo alemán y formuló el contenido de la decisión política del pueblo alemán, así como las normas constitucionales necesarias para su ejecución. Ella no era sujeto o titular del poder constituyente, sino sólo su comisionado. Hasta la emisión de esas leyes constitucionales, no estaba ligada a otros límites jurídicos que a los que resultaban de la decisión política de conjunto del Pueblo alemán. Por lo demás, ella era el único poder constituido de su unidad política. En tanto que no estuvo concluida su misión, la normación legal-constitucional, no existían para ella límites legal-constitucionales. La que suele llamarse *Constitución provisional* del Reich, emitida por ella poco después de su reunión (ley sobre el Poder provisional del Reich, de 10 de febrero 1919), hubiera podido ser cambiada y vulnerada en todo tiempo, por simple mayoría de esa Asamblea, como cualquier Reglamento de la Cámara. En la terminología de la Teoría constitucional del Estado burgués de Derecho, esta situación de la concentración en un único órgano de todos los poderes del Estado se denomina «dictadura». La peculiar situación de una Asamblea «constituyente» que se reúne tras la abolición de las anteriores leyes constitucionales, puede designarse con la mayor propiedad «dictadura soberana». Sólo es explicable desde las ideas fundamentales del Derecho constitucional democrático. Mientras tanto no haya entrado en vigor la nueva formulación de leyes constitucionales, la Asamblea obra como única magistratura constitucional de la unidad política y único representante del Estado. Todo lo que hace es emanación inmediata de un poder político que inmediatamente se le ha transmitido, no frenado por ninguna división de poderes o control constitucional. Puede adoptar, pues, sin otra limitación que aquella que él mismo se imponga, todas las medidas que le parezcan exigibles según la situación de las cosas, como corresponde al contenido característico de la *dictadura*. No tiene una *competencia*, estrictamente hablando, es decir, en el sentido de un círculo, delimitado y regulado de antemano, de atribuciones. El volumen de las facultades de su poder y de su encargo depende, por entero, de su criterio; también esta vinculación de facultad y criterio del facultado es una nota de la *dictadura*. Pero como falta todo marco de una normación legal-constitucional, esta dictadura no es comisoría, es decir, limitada por leyes constitucionales ya existentes y formuladas, sino soberana. Pero, por otra parte, sigue siendo dictadura, *encargo*. No es, por tanto, el soberano mismo, sino que obra siempre en nombre y por encargo del Pueblo, que puede en todo momento desautorizar a sus comisionados, por medio de una acción política.

En el § 1 de la ley sobre el poder provisional del Reich, de 10 de febrero de 1919, la Asamblea nacional alemana ha indicado como su tarea propia la de «acordar la futura Constitución del Reich, así como también

otras leyes urgentes». A esto hay que observar que no sólo podía acordar *leyes urgentes*, sino adoptar todas las *medidas* exigibles según la situación de las cosas. En la expresión «leyes urgentes» se ve ya que, con atención al contenido, incluso estas leyes eran concebidas, en parte, sólo como medidas. De este modo, la distinción jurídica de leyes y medidas, que tan viva fue en la Revolución francesa, se confundió y olvidó en Alemania por un «concepto formal de ley» (comp. después, § 13, III, pág. 155).

c) La Constitución de Weimar de 11 de agosto 1919 entró en vigor en 14 del mismo mes. Con ello concluyó la posición de la Asamblea nacional como Asamblea «constituyente» con dictadura soberana. Había ahora sólo un Reichstag sobre la base de la nueva Constitución, con competencias reguladas y circunscritas por las leyes constitucionales, como un organismo constitucional al igual de otros y junto a ellos.

La Comisión de investigación del Reichstag, establecida en 20 de agosto de 1919 con la misión de fijar, suscitando todas las pruebas, las causas de ruptura, prolongación y pérdida de la guerra; posibilidades de paz malogradas, etc., estaba ya sometida a los límites de las leyes constitucionales, y sólo podía moverse en el marco de las atribuciones marcadas por el art. 34, C. a.; sobre esto, Erich Kauffmann: *Untersuchungsausschuss und Staatsgerichtshof*, Berlín, 1920, págs. 18 y sigs.

La Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919 se apoya en el Poder constituyente del pueblo alemán. La decisión política más importante se halla contenida en el preámbulo: «El pueblo alemán se ha dado esta Constitución», y en el art. 1, 2: «El poder del Estado emana del pueblo.» Estas frases indican como decisiones políticas concretas el fundamento jurídico-positivo de la Constitución de Weimar: el Poder constituyente del Pueblo alemán como Nación, esto es, unidad con capacidad de obrar y consciente de su existencia política.

LA CONSTITUCION COMO PACTO

(El auténtico pacto constitucional)

I. Distinción del llamado contrato social o del Estado, respecto del pacto constitucional.

Las numerosas construcciones de Teoría del Estado que fundan ésta —sea ficticiamente, sea como históricamente demostrable— en un pacto, e intentan dar así una explicación jurídica de su nacimiento, deben ser diferenciadas de los convenios o pactos que dan origen al nacimiento de una Constitución. Ambas cosas han sido confundidas con frecuencia, sobre todo en los intentos de Teoría del Estado insitos en las Constituciones americanas de la liberación, y en las manifestaciones de los teóricos y políticos franceses de la Revolución de 1789. Se ha ligado un cierto tipo de Constitución con el concepto ideal de Constitución (comp. arriba, § 4, página 59); después, se ha identificado esta Constitución con el Estado mismo, y de esta manera, la promulgación de una Constitución; el acto del Poder constituyente, ha sido visto como fundación —constitución— del Estado. Cuando un pueblo se hace consciente por primera vez como Nación, de su capacidad de obrar, es bien comprensible una tal confusión y equiparación. Sin embargo, hay que afirmar que una Constitución, basada en un acto del Poder constituyente del Pueblo, tiene que ser algo en esencia distinto de un pacto social, un *control social*. El principio democrático del Poder constituyente del Pueblo lleva a la necesidad de que la Constitución surja mediante un acto del pueblo políticamente capacitado. El pueblo tiene que existir y ser supuesto como unidad política si ha de ser sujeto de un Poder constituyente. Por el contrario: las construcciones de un contrato social (*Sozial*) de sociedad (*Gesellschaft*) o del Estado (no hay que discutir aquí las diferencias de estos «contratos»), sirven para fundar la unidad política del pueblo. El contrato social está ya supuesto en la doc-

trina del Poder constituyente del pueblo, pues que su construcción se tiene por necesaria. El contrato social no es idéntico en ningún caso a la Constitución en sentido positivo, es decir, a las decisiones políticas concretas sobre modo y forma de existencia de la unidad política que adopta el sujeto del Poder constituyente, y mucho menos todavía a las regulaciones *legal*-constitucionales emanadas sobre la base y en ejecución de aquellas decisiones.

Ejemplo de una reciente confusión: Fleiner, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, página 392: «La Constitución representa la ley fundamental de la vida del Estado. Es, en la Democracia (*sic*), la norma suprema, el fundamento del Estado, el *control social* en el sentido de Rousseau.»

1. La Constitución del Estado americano de Massachussets, que —proyectada por John Adams— ha llegado a ser típica y modelo en gran medida (comp. Ch. Borgeaud, *Etablissement et Revision des Constitutions*, París, 1893, pág. 23) dice en su preámbulo: «Si no se alcanza ya el fin del Gobierno, el pueblo puede cambiar éste. La unidad política surge de la unión voluntaria de los individuos; es el resultado de un pacto social mediante el cual la totalidad del pueblo (!) contrata con cada ciudadano, y cada ciudadano con la totalidad de los ciudadanos, para ser regidos según leyes ciertas en interés general. Es, pues, deber del pueblo, al establecer una Constitución, prevenir tanto un modo justo de legislar como una aplicación y ejercicio imparcial y auténtico de las leyes.» La totalidad de los ciudadanos está aquí supuesta como unidad política.

También en Rousseau se distingue el *Contrat Social*, que funda el Estado de las *Lois politiques* o *fundamentales*, que regulan el ejercicio del poder del Estado (comp. *Contrat Social*, lib. II, cap. 12). Igualmente en las discusiones de la Asamblea nacional francesa de 1789 la distinción es clara al comienzo, y sólo más tarde penetra la confusión de *Contrat Social* y Constitución (comp. E. Zweig, ob. cit., pág. 330; Redslöb: *Staatstheorien*, págs. 152 y sigs.).

En Kant, el pacto del «establecimiento de una Constitución civil entre los ciudadanos (*pactum unionis civilis*)» es una forma peculiar del *pactum sociale* general (por el cual se vinculan en una sociedad una multitud de hombres); la fundación de la sociedad civil es al mismo tiempo «establecimiento de una Constitución civil». La fundación (constitución) es el acto mediante el cual surge la *unio civilis*. Se toma aquí, pues, Constitución en un sentido absoluto, y no en el sentido positivo que estamos empleando (*Vom Verhältnis der Theorie zur Praxis im Staatsrecht*, ed. Vorländer, pág. 86).

Un pacto constitucional o una convención constitucional no *funda* la unidad política, sino que la presupone. No es el «Covenant» en que la comunidad descansa, sino un «pacto de gobierno» en el sentido más amplio de la palabra, no entendiéndose por «gobierno» sólo el Ejecutivo, a diferencia de Legislativo y Justicia, sino el total del Hacer organizado del Estado. En la terminología de la Teoría del Estado del Derecho Natural, no es el *pactum unionis*, pero tampoco es un *pactum subiectionis*, es decir, un pacto de sumisión a un poder político existente, con las condiciones y límites para el ejercicio del poder estatal supuesto como existente.

2. El auténtico pacto constitucional debe distinguirse también del caso de que varios Estados concluyan entre sí un pacto mediante el cual forman un nuevo Estado-unidad, de modo que en ese nuevo Estado sucumba su anterior existencia política. Asimismo, cuando, con ocasión de este pacto, se pacta la Constitución del nuevo Estado-unidad, esta Constitución, en su ulterior validez, descansa, no sobre aquel acto, sino sobre la voluntad del Poder constituyente del nuevo Estado-unidad.

II. Un auténtico *pacto constitucional* supone, al menos, dos partes existentes y subsistentes, cada una de las cuales contiene en sí un sujeto de un Poder constituyente, siendo, por tanto, una unidad política. Un auténtico pacto constitucional es, normalmente, un pacto federal.

Acerca del pacto constitucional no auténtico *dentro* de una unidad política, después en 2.

El pacto (de subordinación) jurídico-internacional, que después se trata en IV, 4 (página 90), puede ser llamado pacto constitucional tan sólo en tanto que prive a una de las partes contratantes, a favor de la otra, del derecho de libre decisión sobre modo y forma de la propia existencia política, y con ello también de una Constitución en sentido positivo.

Con el pacto federal surge una nueva Constitución. Todos los miembros de la federación reciben un nuevo *status* político de conjunto, de modo que coexisten, una junto a otra, la unidad política de la Federación como tal y la existencia política de sus miembros. De las dificultades y singularidades propias de la Constitución federal se tratará en la última parte de este libro (en § 29). Aquí sólo hay que aclarar lo siguiente:

1. *El pacto federal entre varias unidades políticas independientes es un auténtico pacto constitucional.*

2. *El «pacto constitucional» dentro de una unidad política.* La idea de un semejante «pacto constitucional» se explica sólo por razones históricas y una situación especial: el «dualismo» de la Monarquía constitucional. El problema del sujeto del Poder constituyente dentro de una unidad política se soluciona desde el punto de vista de la teoría de la Constitución, según se mostró antes (§ 6, pág. 73), con un simple dilema; pueblo o príncipe; o el Pueblo como unidad política capaz de obrar, en su identidad consciente consigo mismo, o el Príncipe como representante de la unidad política. En el marco de una unidad política misma sólo cabe *dar* una Constitución, no pactarla, porque para que haya una auténtica convención constitucional han de existir varias unidades políticas. De aquí se sigue que las numerosas convenciones constitucionales que tuvieron lugar en Alemania durante el siglo XIX no resolvían la cuestión del sujeto del Poder constituyente. Significaban un compromiso que dejaba sin decidir el caso de conflicto. Cuando en una Constitución otorgada unilateralmente por el príncipe —así, pues, no pactada—, se determina que la Constitución puede ser reformada «en vías de la legislación ordinaria», esto implica también uno de esos compromisos. Las «vías de la legislación» quiere decir aquí no otra cosa que «cooperación y anuencia de la Representación popular». De la misma manera que la Constitución no es un pacto, tampoco se convierte con esto en una ley. Pero la equivocación estaba cerca de aquella a que conduce la relativización compulsada antes (§ 2, págs. 37 y sigs.) del concepto de Constitución: Constitución = ley de reforma de la Constitución. Siempre, a partir de aquí, se llegaba a lo mismo: cooperación moderadora de la representación nacional. Por eso, se aceptaban irreflexivamente con-

tradiciones manifiestas. La Constitución era un *pacto*: no era otorgada, sino paccionada entre príncipe y Representación nacional; la Constitución era una *ley* en tanto que se exigía para una ley la cooperación y anuencia de la Representación popular.

Ejemplos de «convenios» constitucionales (que no excluyen ordinariamente que se designe la Constitución, a pesar de ello, como «dada por el Príncipe»): Constitución de *Württemberg* de 25 de septiembre de 1819: «... se ha llegado, por fin, mediante decisión soberana y contradecларación de todos los súbditos, a una perfecta *unión bilateral* sobre los siguientes puntos: ...»; la Constitución de Sajonia de 4 de septiembre de 1831: «... por la presente se hace saber que Nos ... hemos ordenado, *con el consejo y anuencia de los Estamentos*, la Constitución de Nuestro País al siguiente tenor». Con frecuencia, la Constitución es *ordenada* por el Príncipe, pero las reformas y aclaraciones están ligadas al consentimiento de los «Estamentos» o «Cámaras», p. ej.: Gran Ducado de Hessen, Constitución de 15 de diciembre de 1820, preámbulo y artículo 110. Ejemplo de una Constitución unilateralmente emitida por el Príncipe con la determinación de que la Constitución puede «cambiarse en vía legislativa ordinaria»: Constitución (otorgada) prusiana de 31 de enero de 1850, artículo 106.

3. En la fundación de la Federación norteamericana y en la del Imperio alemán tuvo lugar un auténtico convenio constitucional, un pacto federal, con uno de los convenios constitucionales no auténticos, de política interior, discutidos en 2. El *publicandum* de 26 de julio de 1867, relativo a la Constitución de la Federación de la Alemania del Norte (*Gaceta Federal Legislativa*, pág. 1; Triepel: *Quellensammlung*, 4.^a ed., página 333) dice: «*Convenida* la Constitución de la Federación de la Alemania del Norte por Nos (el Rey de Prusia), Su Majestad el Rey de Sajonia, Su Alteza real el Gran Duque de Hessen, etc., con el *Reichstag* convocado a ese fin», etc. Aquí hay que distinguir el *pacto federal* concluido entre los Estados federados (Prusia, Sajonia, Hessen, etc.) y el convenio (un *pacto constitucional no auténtico*) realizado entre la Federación y la Representación popular. En tanto que existían dentro de los distintos Estados-miembros de la Federación pretendidos pactos o convenios constitucionales, eran también pactos constitucionales no auténticos. La terminología del año 1867, no tenía ya hacía tiempo el sentido de anudar con ideas medievales de pactos estamentales, sino sólo la significación política de que la Constitución no había de ser otorgada; era una concesión a las ideas modernas que tenía por resultado dicho compromiso no auténtico, pero muy discreto en tiempos tranquilos, o acaso felices. En ningún caso podía reconocerse un Poder constituyente del pueblo alemán. Pero el que fuera posible un compromiso significaba algo como un reconocimiento, aunque poco claro y a medias, del Poder constituyente del pueblo, y con él, del principio democrático. Lo débil de esta contradictoria falta de claridad se mostró teóricamente en problemas insolubles, como el de la proporción de elementos federales (es decir, de auténtico pacto) y elementos *legal*-constitucionales en la Constitución del Imperio; en la práctica política se mostró ante situaciones críticas,

como en la guerra mundial desde el verano de 1917, cuando comenzó el Reichstag a ganar influjo sobre el Gobierno del Reich.

4. Para una *Constitución federal de base democrática*, es decir, con Poder constituyente del Pueblo, resulta una dificultad del hecho de que la Federación supone una cierta paridad, una homogeneidad sustancial en sus miembros (después, § 30, III). Pues la igualdad nacional del pueblo en los distintos Estados-miembros de la Federación conduce con facilidad, cuando el sentimiento de la unidad nacional es bastante fuerte, a contradicciones con el pensamiento de la Constitución federal. Pues es consecuencia del principio democrático el que el Poder constituyente del pueblo, en el caso de una unidad política, con igualdad nacional y conciencia nacional del pueblo, rompa los límites de los distintos Estados dentro de la Federación y coloque, en lugar del convenio constitucional federal entre los Estados-miembros, un acto del Poder constituyente del pueblo sano (después, pág. 368).

La Constitución del Reich alemán de 11 de agosto de 1919 descansa en un acto tal del Poder constituyente del pueblo alemán. No es, pues, un pacto, y, por lo tanto, tampoco una Constitución federal. La Constitución del Imperio de 16 de abril de 1871, por el contrario, dejaba abierta la cuestión, según el compromiso en que estaba apoyada. La inevitable consecuencia no ha quedado, claro está, inadvertida. Con singular claridad y paladinamente —en todo caso, más desde un punto de vista filosófico-jurídico que jurídico-político— dice Bierling (*Juristische Principienlehre*, II, Friburgo, 1898, págs. 356 y sigs.) que la fundación de la Federación de la Alemania del Norte y del Imperio alemán debe ser referida «en su eficacia o validez jurídica, al inmediato reconocimiento de toda la población de la comunidad superior así constituida». En las elecciones al Bundestag (Cámara federal) y, respectivamente, al Reichstag, se encontraría contenido de antemano ese reconocimiento. «La normación jurídica misma se ha realizado en formas que aparecen desde una cierta dirección —en parte, desde el punto de vista del Derecho internacional; en parte, desde el del Derecho político interno— como de *negocio jurídico*. Pero el contenido de la normación jurídica sobrepasa la medida establecida por tales negocios jurídicos de Derecho internacional o Derecho político interno, según su naturaleza». Esto significa en realidad: Poder constituyente del pueblo alemán, y, por tanto, Democracia. Pero el elemento de pacto «federal» del Imperio alemán contiene el contrapeso de esta consecuencia democrática. Hasta el final de esta Constitución en noviembre de 1918, surgieron por eso entre el Reichstag de un lado y de otro el Bundesrat y el Gobierno del Imperio, siempre nuevas divergencias de opinión y diferencias. El Gobierno acentuaba el fundamento federal del Imperio y presentaba como contraposiciones *absolutas* y cosas absolutamente inconciliables, Parlamentarismo (dependencia del Gobierno respecto de la confianza del Reichstag) y Federalismo. Pero lo absoluto de esta contraposición reside, no en la diversidad de las formas de organización e instituciones —que sería siempre relativa, prestándose a numerosas combinaciones prácticas—, sino en el contraste de los principios

monárquico y democrático. Este contraste afecta al Poder constituyente, o sea, a las decisiones políticas concretas emanadas acerca de la forma de existencia de la unidad política en conjunto. Aquí son posibles compromisos dilatorios, esto es, aplazamientos y suspensiones de la decisión, pero no un compromiso objetivo que pueda transformar en un resultado armónico el dilema ineludible.

III. *El auténtico pacto constitucional es siempre un pacto de «status».* Presupone como partes del contrato varias unidades políticas, que tienen en cuanto tales un *status*. Es de su contenido la fundación de un nuevo *status* para todos los Estados participantes en el acuerdo.

Este pacto es un pacto *libre*, pero sólo en tanto en cuanto descansa en la voluntad de los sujetos a él concurrentes. No es un pacto libre en el sentido del moderno concepto jusprivatista de contrato y de una ordenación social liberal-burguesa apoyada en «libertad de contratación».

1. La distinción de pacto libre y pacto de *status* se hace necesaria, porque la palabra «pacto» tiene muchos sentidos. Cuando un autor medieval funda el Estado o el gobierno en el «pacto», un filósofo del siglo XVII, como Hobbes, emplea la palabra «pacto», o, finalmente, en el siglo XX, un relativista burgués refresca el viejo pensamiento de que el Estado descansa en un pacto, definiendo como «compromiso» el moderno Estado democrático-parlamentario, se colocan en la palabra «pacto» ideas tan distintas, que carece de valor y finalidad el discutir sin hacer previamente distinciones más rigurosas, o proclamar sentencias tales como *pacta sunt servanda*.

Para un pacto libre en el sentido de la ordenación social y jurídica liberal burguesa, concurren tres cosas: 1. Las partes del contrato se encuentran colocadas unas frente a otras como los individuos en las relaciones de Derecho privado. Un contrato entre dos individuos y un pacto entre dos unidades políticas son algo tan esencialmente distinto que la igualdad de denominación (*en lengua alemana*), «pacto», *Vertrag*, puede afectar sólo a igualdades aproximativas y externas de ambos hechos. 2. Mediante pacto libre entre individuos se fundan sólo relaciones especiales de contenido *mensurable* en principio, delimitado en principio y, por eso, *rescindible* en principio. 3. El pacto libre no abarca nunca, pues, a la totalidad de una persona. Es rescindible y soluble; el abarcar a la persona en su totalidad se considera como inmoral y antijurídico.

Esto se manifiesta en la prescripción legal del Derecho civil sobre tal «libertad», que ya en la Revolución francesa (art. 18 de la Declaración de derechos del Hombre de 1793 y art. 15 de la Declaración del año III, 1795) fue proclamada como norma fundamental. En el § 624 del Código civil alemán es reconocido igualmente ese principio: «La relación de servidumbre de por vida o por un tiempo mayor de cinco años es rescindible por el obligado, transcurridos cinco años.» Igual pensamiento se hizo ley en el artículo 1.780 del *Code civil*. También en detalles se muestra la conexión de «libertad» de la persona y mensurabilidad y delimitabilidad de la prestación. Comp. E. Jacobi, *Grundlehren des Arbeitsrechts*, Leipzig, 1927, pág. 47 (aumento de la subordi-

nación por ser la prestación imprecisa); otro ejemplo de la conexión entre mensurabilidad y libertad: *Die Diktatur*, pág. 37, nota.

A diferencia de ello, el pacto de *status* funda una relación permanente de vida que abarca a la persona en su *existencia*, e introduce una ordenación de conjunto que no consiste en diversas relaciones sólo mensurables, ni puede ser suprimido por libre rescisión o revocación. Ejemplos de tales pactos de *status* son: esponsales y matrimonio; establecimiento de la relación de funcionario; en otras ordenaciones jurídicas: pactos de pleitesía feudal, comunidades juramentadas, etc. El juramento es un signo característico del ingreso existencial de la persona toda. Tiene que desaparecer por eso de una ordenación social basada en el libre pacto.

El proceso histórico marcha según la célebre fórmula de H. Sumner Maine (*Ancient Law*, pág. 170) *from Status to Contract*. Es en lo esencial la misma línea que F. Tönnies en su gran obra *Gemeinschaft und Gesellschaft* ha mostrado como evolución de la *comunidad* a la *sociedad*. Sólo aportaremos aquí una breve observación a estas afirmaciones históricas y sociológicas, observación que no debe rebajar el alto valor de aquellos resultados, pero que quizá pueda contribuir a aclararlo mejor. La contraposición de *status* y pacto, comunidad y pacto, tiene algo de erróneo, porque también se fundan por medio de pacto relaciones de comunidad y de *status*. La ordenación social de la Edad Media descansaba en numerosos pactos: pactos de pleitesía feudal, pactos estamentales, comunidades juradas. Aquí, «pacto» significaba pacto de *status*; el juramento reforzaba, tanto la duración del pacto, como la vinculación existencial de la persona. La negativa a prestar el juramento por los anabaptistas y otros sectarios significa, por eso, el comienzo de la Edad Moderna y la época del pacto *libre*. Werner Wittich lo ha expuesto así en un trabajo sobre el Anabaptismo, por desgracia no publicado aún.

Una investigación histórica del desarrollo del concepto de pacto, no la hay todavía. Se habla de «pacto» sin distingos. En las exposiciones históricas se echa una línea igualadora de la teoría del pacto estatal desde Marsilio de Padua hasta Rousseau, sin hacer diferencias dentro del concepto de pacto. También el libro de Gierke sobre esta materia, *Althusius* (3.ª ed., 1913), adolece de ello y coloca a un jurista con ideas todavía medievales del pacto, como Altusio, junto a Hobbes y Rousseau, sin reparar en el cambio fundamental que se había realizado entre tanto dentro del concepto.

2. Cuando en el seno de una unidad política existente surge la Constitución mediante acuerdo o pacto, un semejante pacto carece de fuerza vinculante frente al sujeto del Poder constituyente en caso de conflicto. Una *pluralidad* de sujetos del Poder constituyente anularía y destrozaría la unidad política. Allí donde se inicia el proceso de disolución, surgen con eso tales «pactos de Estado» *dentro del Estado*. Si una organización estatal o de otra clase logra dar el carácter de *leyes constitucionales* a pactos intraestatales, habrá alcanzado el grado sumo de vinculación del Estado que es posible conseguir sin suprimir la unidad política. Pero si el «pacto de Estado» tiene el sentido, no ya de introducir el procedimiento especial de reforma de la ley constitucional, sino de limitar y abolir el Poder constituyente, la unidad política se destroza, y se coloca el Estado en

una situación por completo anómala. Todas las construcciones jurídicas de esta situación son inservibles. Esta era la situación del Imperio alemán desde el siglo xvi (arriba, pág. 68). Naturalmente que tal proceso de disolución puede comenzar en cualquier momento.

3. Si una Constitución se apoya en acuerdo o pacto, es *base jurídica de su validez* la *voluntad* política de los federados y la *existencia* de la Federación que descansa en esa voluntad. La Federación es un *status total* que abarca el *status* de cada uno de los Estados-miembros. Más allá de la simple obligación contractual, cada Estado-miembro, tomado en su totalidad, queda transformado (sobre esto, después, en las explicaciones sobre el concepto de Federación, § 29, II, 3).

La base jurídica de un pacto constitucional *no* es el precepto general: *pacta sunt servanda*. Menos aún es este precepto un precepto constitucional o una ley constitucional. No cabe fundar una Federación o cualquiera comunidad en este precepto como si fuera su «Constitución».

A. Verdross ha intentado fundar la comunidad internacional en el precepto *pacta sunt servanda* (*Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926). En este precepto ve él la «norma fundamental» que debe ser «Constitución» de toda «comunidad». Aparte de que una Constitución no es norma, sino decisión política concreta (antes, página 47), aparte también de las oscuridades en el concepto de esta «comunidad», es preciso hacer notar lo siguiente:

a) El postulado *pacta sunt servanda* no es una norma. Es, mejor, un *postulado fundamental*, pero no una *norma* en el sentido de precepto jurídico —comp. H. Heller: *Die Souveränität*, 1927, pág. 132, donde se trata en una atinada crítica esta distinción de norma y postulado fundamental.

b) El postulado *pacta sunt servanda* enuncia que es posible obligarse jurídicamente por medio de pactos. Hoy eso es algo evidente, y no constituye ni una norma, ni el fundamento moral de la validez de normas. Antes bien, o es una completa duplicación e hipóstasis tautológica, o enuncia que el pacto concreto no vale, sino tan sólo la «norma» general de que los pactos valen. Adicionar a cada pacto en vigor la «norma» de que los pactos en general son válidos, es una vacua ficción, pues el pacto concreto vale y obliga jurídicamente por virtud del Derecho positivo y no por virtud de la norma *pacta sunt servanda*. Tales adiciones e hipóstasis ficticias son posibles en número ilimitado; toda norma vale, porque vale la norma general de que hay normas que deben valer, etc. Pero, para la fundamentación de una unidad política de existencia concreta, carecen por completo de significación.

c) Considerado en la Historia del Derecho, el postulado *pacta sunt servanda* tuvo una significación en tanto que no era cosa clara en sí misma el que cupiera obligarse mediante *pacta*. La expresión *pacta sunt servanda* podía referirse en su origen histórico a la fórmula del pretor romano que declaraba, respecto de ciertos pactos, que habría de considerarlos válidos en el ejercicio de su cargo: *Ait Praetor: Pacta conventa quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatus consulta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, «servabo»*, Dig., 2, 14, l. 7, § 7, o *Dolo malo ait Praetor pactum se «non servaturum»*, eod., § 9; comp. Lenel: *Edictum Perpetuum*, 3.ª ed., 1927, pág. 65. En esta formulación, el precepto tiene un contenido concreto: el pretor señala los convenios a los que, en virtud de su facultad de decidir como autoridad, garantiza protección y declara ejecutivos. Por el contrario, el postulado general *pacta sunt servanda* no dice nada acerca de *qué* pactos son válidos y obli-

gatorios y, por tanto, deben ser observados. Repite siempre lo mismo: que los pactos válidos tienen que ser observados; es decir, que son válidos.

d) Ni en teoría, ni en práctica, tiene el postulado *pacta sunt servanda* un valor científico-jurídico. Que sea preciso observar pactos bajo el supuesto de que son válidos, se comprende sin más; pero resulta igualmente claro que sólo es necesario observar los pactos válidos, y que, ante todo, hay que contar con un pacto válido. La cuestión se reduce siempre, pues, o bien a la existencia de un pacto: de un verdadero acuerdo de voluntades en caso concreto, o bien a causas de nulidad, causas de invalidación, causas de impugnación, posibilidades de rescisión, inmoralidad del pacto, imposibilidad de su cumplimiento, circunstancias imprevisibles, etc. Nadie puede discutir que los pactos han de ser observados; la discusión afecta tan sólo a dudas y diferencias de opinión sobre si *in concreto* hay un pacto, si este pacto es válido, si son de tener en cuenta causas especiales de invalidez o rescisión, etc.

e) En realidad, la cuestión es: *quis iudicabit?* ¿Quién decide acerca de si hay un pacto válido, si hay causas admisibles de impugnación, si hay un derecho de retracto, etc.? Colocando la cuestión de este modo certero, se muestra que el postulado *pacta sunt servanda*, ni enuncia una decisión de contenido, careciendo así de toda suerte de valor normativo, ni indica *quién decide*. De ahí no puede obtenerse una respuesta a las únicas cuestiones pertinentes.

f) El valor del postulado se reduce, pues, a la significación de uno de aquellos aforismos que gustaban de poner los antiguos notarios en las cubiertas de sus actas, o en sus despachos. El sentido político de realzar tales postulados puede consistir, sin embargo, sólo en que se introduzcan tácitamente una presunción de que todos los pactos concertados hoy son en todo caso válidos. La «norma» *pacta sunt servanda* es, pues, un medio más, dentro del gran sistema de la legitimación del *status quo* político y económico existente. Estabiliza ante todo los deberes tributarios existentes, y les da la consagración de lo legítimo y de la moralidad.

IV. 1. *Mediante pacto o convenio puede sólo surgir una Constitución federal, y sólo de aquellos Estados que se convierten en miembros de la Federación.* La Constitución de un Estado independiente no puede descansar en un pacto (*tratado*) constitucional de *terceros Estados*. A la existencia política corresponde la autodeterminación. La Constitución en sentido positivo es una expresión de esta posibilidad de elegir por virtud de decisión propia el modo y forma de la *propia* existencia.

Cuando un tratado (*pacto*) internacional regula el gobierno y administración de un *tercer* país, este país se convierte con ello en *objeto* de convenios y compromisos ajenos. Lo que significa *negación* de la existencia política; entonces no es posible una Constitución en sentido positivo.

El territorio del Sarre no es un Estado. El llamado *estatuto del Sarre* regula el «gobierno» del territorio del Sarre hasta el plebiscito o hasta la decisión definitiva de la «Sociedad de Naciones» (¿*Asamblea* de la Sociedad de Naciones o *Consejo* de la Sociedad de Naciones?); «comisión de gobierno» de miembros de distinta nacionalidad, compuesta de cinco personas, ejerce el gobierno con arreglo al «estatuto del Sarre» (disposición del art. 49 del Tratado de Versalles). Esto puede estimarse «Constitución» del territorio del Sarre, mucho menos que la legislación colonial de la Metrópoli como Constitución de la colonia. Constitución, en sentido positivo, significa, en esencia, determinación de la *propia* forma de existencia.

Tampoco los llamados territorios de *mandato*, que son regidos y administrados por un Estado mandatario, según el artículo 22 del estatuto de la Sociedad de Naciones, tienen una Constitución en sentido positivo. Son, o bien colonias (mandatos B y C), o bien protectorados (los llamados mandatos A) (abajo, 4), con la singularidad de que tiene lugar un cierto control (por ahora, todavía problemático) de la «Sociedad de Naciones» (Consejo de la Sociedad de Naciones, Comisión de mandatos). Según el artículo 22, los pueblos de estos territorios «*no están todavía en condiciones de dirigirse a sí mismos (se diriger eux-mêmes; to stand by themselves)*» bajo las circunstancias, especialmente difíciles, del mundo actual». Tampoco pueden por eso tener una Constitución en sentido positivo.

2. Un tratado internacional como tal, no es nunca una Constitución en sentido positivo. Tampoco puede ser parte de la Constitución de un Estado independiente. El pacto federal no es (incluso en el caso de la confederación) un convenio «puramente internacional»; comp. después, § 30, página 360. Sobre el aseguramiento por *ley* constitucional de obligaciones internacionales, después, 5.

Según el artículo 178, 2, C. a., el Tratado de Versalles «no puede ser afectado en sus determinaciones por la Constitución». Este precepto de la Constitución de Weimar no significa renuncia a la existencia política y al derecho de autodeterminación del pueblo alemán: enuncia tan sólo que el Reich alemán no quiere sustraerse a los deberes internacionales de este Tratado mediante apelación a prescripciones legal-constitucionales. La declaración expresa se explica por la situación política del año 1919 (sobre esto, muy interesante Wittmayer, págs. 20-21). Aparte de esto, y desde el punto de vista internacional, es un postulado de general reconocimiento el de que un Estado no puede sustraerse a sus deberes internacionales, en tanto subsistan válidamente, apelando a obstáculos o imposibilidades de carácter jurídico-político interno. «Si hay un postulado indiscutible del Derecho internacional, es éste» (Triepel: *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, pág. 313). La declaración del artículo 178, 2, C. a., no tiene, pues, un contenido independiente constitutivo. Sería inexacto decir que las determinaciones del Tratado de Versalles tienen la precedencia respecto a las de la Constitución de Weimar, y especialmente absurdo designar como reforma de la Constitución de Weimar una reforma en el Tratado de Versalles exigiendo, p. ej., una ley de reforma de la Constitución para una restitución del territorio del Sarre al gobierno y administración alemanes antes del año 1935. Un deber puramente internacional no pertenece a la Constitución en sentido positivo. Una empresa encaminada a suprimirlo no es tampoco, por lo tanto, alta traición en el sentido de las normas penales; la apelación a un deber internacional del Estado no puede justificar una traición al País; un deber internacional no se jura al jurar los cargos (art. 176), etc.

Si el contenido del protocolo de Londres de 14 de agosto de 1924 (llamado Plan Dawes) se convirtió en parte de la legislación alemana mediante una serie de leyes constitucionales de 30 de agosto de 1924, eso tiene la consecuencia jurídica de que la adaptación interna a una reforma del plan necesitaría verificarse por medio de ley constitucional (esto es, en el procedimiento del art. 76, C. a.). Aquí, la «forma» de ley constitucional es sólo un medio técnico-jurídico. Sería también equivocado en este caso el decir que el Plan Dawes es una parte de la Constitución alemana, se le jura al jurar el cargo (art. 176, C. a.), está protegido por las prescripciones penales contra la alta traición y que haya de ser entregado a los niños alemanes, según el artículo 148, 3, C. a., al abandonar la escuela.

3. Si una prescripción legal-constitucional establece que «las reglas generalmente reconocidas del Derecho internacional valdrán como elemento obligatorio» del Derecho estatal (art. 4, C. a.), esto significa que: se ha practicado para el contenido de ciertas normas internacionales (las reglas generalmente reconocidas, así, pues, sobre todo, reconocidas también por el Estado mismo de que se trate; es decir, normas, y no pactos especiales), el acto formal de una transformación en Derecho estatal con carácter general. La transformación es, en esto, el fenómeno esencial, porque mediante ella se crea el fundamento jurídico (*auctoritatis interpositio*) de la validez estatal. Con eso, y en tanto se trate de reglas de Derecho internacional generalmente reconocidas, sólo se ordena la transformación general. Aquellas reglas se convierten así en Derecho legal del Estado; pero no en leyes constitucionales o, acaso, en un elemento de la Constitución.

Hugo Preuss sostuvo (con arreglo a una opinión compartida por A. Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, Tübinga, 1923, pág. 111) que una prescripción como la del artículo 4, C. a., significa la «inserción del Reich como Estado democrático de Derecho en la comunidad jurídico-internacional». Si el artículo tuviera en realidad tal significación, la Constitución alemana sería la Constitución de un Estado miembro de la federación «Comunidad jurídico-internacional», y el ordenamiento de esta federación sería un elemento de la Constitución alemana. Claro está que Preuss no quería sostener tan fantástica afirmación, sino sólo acentuar, en términos generales, la actitud leal del Reich alemán frente al Derecho internacional. La «Comunidad jurídico-internacional» no tiene estructura como para que se «inserte» en ella un Estado, a la manera que puede insertarse un Estado en una auténtica federación; no es una organización sólida; es el reflejo de la coexistencia de unidades políticas independientes (sobre esto, abajo, en la *Teoría de los conceptos fundamentales del Derecho de la Federación*, § 29, I, 1). Por consiguiente, la opinión de Preuss demuestra muy poco, a pesar de su sorprendente formulación. Tampoco puede seguirse de ahí que las «reglas generales del Derecho internacional» sean leyes constitucionales, ni que pueda hablarse de elementos de la Constitución alemana en sentido positivo. Verdross (ob. cit., pág. 116) habla de un «afianzamiento del Derecho internacional general en la Constitución» y piensa que, como el artículo 4 (al igual del art. 9 de la Constitución federal austríaca, coincidente en lo esencial) pertenece a la Constitución, sólo puede ser suprimido en vías de reforma constitucional. Esto es cierto en cuanto que una prescripción legal-constitucional sólo por ley constitucional puede ser suprimida. Pero no por ello se convierte en ley constitucional del Reich alemán «el Derecho internacional general», o más exacto: la docena de reglas de Derecho internacional generalmente reconocidas. Equivocados también: J. Schmitt, *Zeitschr. f. bad. Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege*, 1921, pág. 201, y G. A. Walz, *Die Abänderung völkerrechtsgemässen Landesrechts (Völkerrechtsfragen*, cuaderno 21, 1927, pág. 150), que admiten una vinculación del legislador alemán respecto de los contenidos transformados, más allá de la eficacia transformadora del artículo 4. Los postulados considerados como «reglas de Derecho internacional generalmente reconocidas» no pasan ya por «Derecho del Reich»; son leyes del Reich como otras leyes vigentes del Reich. Acertados Anschütz, *Kommentar*, págs. 49-50, y Giese, *Kommentar*, págs. 57-58.

4. Si por medio de un tratado internacional, que no es un pacto federal (y, por tanto, no cambia el *status* de cada parte contratante en lo rela-

tivo a la adscripción a la federación) se fija el *status* político de totalidad de uno de los Estados contratantes, sólo puede tratarse de formas del sometimiento y dependencia. El pacto contiene entonces una *supresión* del Poder constituyente del Estado que ha entrado en dependencia.

Ejemplos de tales Tratados internacionales son los Tratados de *protectorado* de los siglos XIX y XX. Pero también los *tratados de intervención*, con un derecho a intervenir según el criterio del Estado interventor, cambian el *status* de una unidad política, cuando la intervención significa una decisión sobre conceptos políticos existenciales, como defensa de la *independencia* exterior, *seguridad* y *orden públicos*, y se pone en manos del Estado facultado para intervenir, por virtud del derecho de intervención, la decisión acerca de estos conceptos; compruébense, p. ej., los Tratados de los Estados Unidos de América con la República de Cuba, de 22 de mayo de 1903 (Strupp, *Documents*, II, págs. 236 y sigs.), y con la República de Panamá, de 18 de noviembre de 1903 (eod., págs. 346 y sig.); además, la situación jurídico y política de *Haití*, *Santo Domingo*, *Nicaragua* y (con arreglo a la declaración inglesa de 28 de enero de 1922) también *Egipto*.

Otro ejemplo de supresión de la libre autodeterminación respecto de aquellos conceptos existenciales está contenido en los artículos 102 y siguientes del Tratado de Versalles. La ciudad libre de *Danzig* es *fundada* (*constitúe*) por las grandes potencias aliadas; su Constitución es elaborada, de acuerdo con un Alto Comisario de la Sociedad de Naciones, por «representantes de la Ciudad libre, convocados en forma ordinaria», quedando garantizada por la Sociedad de Naciones. Esa no es una Constitución en sentido positivo; no es una libre decisión sobre modo y forma de la propia existencia política.

Ni el Tratado de Versalles, ni los acuerdos del protocolo de Londres de 16 de agosto de 1924, son tratados internacionales de esta clase. Aun siendo tan grandes y pesadas las cargas del Reich alemán, y tan fuertes y aniquiladoras las posibilidades de influencia de las potencias aliadas (ocupación, sanciones, desarme, investigaciones), la decisión sobre aquellos conceptos existenciales no ha sido abandonada inmediatamente a un extraño. Tampoco el que la incorporación de Austria al Reich alemán se haya hecho depender del asentimiento del Consejo de la Sociedad de Naciones (art. 80 del Tratado de Versalles) dejándose por lo pronto sin significación el artículo 61, 2, C. a., suprime la existencia política del Reich alemán. Es por eso inexacto que el Reich alemán haya declinado el carácter de Estado soberano, como aparece, sin un concepto claro de soberanía, en la disertación de H. Gerber, *Die Beschränkung der deutschen Souveränität nach dem Versailler Verträge (Völkerrechtsfragen*, cuaderno 20), Berlín, 1927.

5. Cuando, por virtud de obligación internacional, se acepta en las leyes constitucionales de un país el contenido de *ciertas* estipulaciones internacionales, esto no requiere una supresión ni siquiera disminución de la independencia política del Estado que asegura así obligaciones internacionales mediante la forma jurídico-política de las leyes constitucionales. Puede tratarse de un método técnico-jurídico de defensa contra reformas practicadas en vías legislativas ordinarias. La diferencia de Constitución en sentido positivo y determinaciones legal-constitucionales, se hace aquí singularmente clara. El contenido de aquellas estipulaciones jurídico-internacionales es protegido en el Derecho interno por el procedimiento especial de revisión. La forma de ley constitucional sirve a esta finalidad. Pero tales

determinaciones no son actos del Poder constituyente de un pueblo. No suprimen la soberanía de un Estado; sólo emplean —en interés de un deber jurídico-internacional— el concepto relativizado de ley constitucional, como medio técnico formal para conseguir una validez reforzada dentro del Estado.

Ejemplos: los tratados internacionales concluidos por las grandes potencias aliadas y asociadas con Polonia (28 de junio de 1919), Checoslovaquia (10 de septiembre de 1919), Reino Serbio-Croata-Esoveno (10 de septiembre de 1919), y otros Estados de Europa media y oriental, para la protección de minorías nacionales y religiosas (en H. Kraus, *Das Recht der Minderheiten, Stiles Rechtsbibliothek*, t. 57, Berlín, 1927; allí mismo, otros ejemplos). En estos llamados Tratados de protección de minorías se suele encontrar la siguiente prescripción en el artículo 1.º: Polonia (o Checoslovaquia, o el Reino Serbio-Croata-Esloveno, etc.) se obliga a reconocer las prescripciones protectoras como «leyes fundamentales» (*lois fondamentales*), en contra de las cuales no puede prevalecer ninguna ley, ninguna ordenanza ni ninguna actuación oficial; igualmente artículos 65 y 73 del acuerdo germano-polaco sobre Alta Silesia de 15 de mayo de 1922, *Gaceta Legislativa del Reich*, II, págs. 271, 278. Aquí la palabra «ley fundamental» tiene el sentido relativo de ley constitucional.

EL PODER CONSTITUYENTE

I. Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad¹ es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y

¹ La distinción entre fuerza y autoridad no necesita ser explicada para la ulterior exposición de esta Teoría constitucional; pero, por su gran importancia para la Teoría general del Estado, la expondremos brevemente: al Poder (siempre efectivo por necesidad) le corresponden conceptos como soberanía y majestad; autoridad, por el contrario, significa un prestigio esencialmente basado en el elemento de la *continuidad* y contiene una referencia a la tradición y permanencia. Ambas cosas, fuerza y autoridad, son eficaces y vivas, una junto a otra, en todo Estado. La contraposición clásica se encuentra también para esto en el Derecho político de Roma: el Senado tenía *auctoritas*; del Pueblo, por el contrario, se desprenden *potestas* e *imperium*. Según Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, III, pág. 1.033, *auctoritas* es una «palabra que se sustrae a toda definición rigurosa»; según Victor Ehrenberg (*Monumentum Antiochenum*, *Klio*, t. XIX, 1924, págs. 202-3), la palabra designa algo «ético-social», una «posición de rara mezcla entre fuerza política y prestigio social», que se basa «en la valía y efectividad social»; comp. además, v. Premerstein en la *Rev. Hermes*, t. 59, 1924, página 104; R. Heinze, *cod.* 60, 1925, pág. 345, y Richard Schmidt, *Verfassungsaufbau und Weltreichsbildung*, Leipzig, 1926, pág. 38. A pesar de su posterior carencia de fuerza, el Senado conservó su autoridad y se convirtió, por último, durante la época imperial, en la única instancia que todavía podía prestar algo a manera de «legitimidad», después que el poder del pueblo romano había sucumbido bajo el Imperio. El Papa romano pretendió tener, en un sentido especial, *auctoritas* (no *potestas*) frente al Emperador, mientras que éste tenía *potestas*. Las expresiones de la carta de S. Gelasio I al Emperador Anastasio, del año 494, son muy decisivas y de especial significación como documento muy citado, que domina la gran polémica de los siglos X y XI: «*Duo sunt quibus principaliter mundus hic regitur: auctoritas sacra pontificum et regalis potestas*» (Mignes, *Patr. Lat.*, 59, pág. 42 A; Carl Mirbt, *Quellen zur Geschichte des Papsttums*, 3.ª ed., págs. 67, 122 y 123).

Quizá es también de interés la distinción para el esclarecimiento de cuestiones actuales. Hasta ahora, la Liga de Naciones no ha podido tener, ni *potestas* independiente, ni *auctoritas* propia. Por el contrario, cabe decir hoy que el Tribunal permanente de

forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional. Las decisiones, como más, son cualitativamente distintas de las normaciones legal-constitucionales establecidas sobre su base.

1. Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un *Ser* político, acerca del modo y forma del propio *Ser*. La palabra «voluntad» denuncia —en contraste con toda dependencia respecto de una justicia normativa o abstracta— lo esencialmente *existencial* de este fundamento de validez.

El poder constituyente es voluntad política: *Ser* político concreto. La cuestión general filosófico-jurídica de si una *ley* es por su esencia mandato, y por consiguiente voluntad, o es *norma*: ratio y justicia, tiene una significación decisiva para el concepto de ley en el sentido del Estado de Derecho; comp. abajo, § 13. El que la *Constitución* deba ser entendida como un *acto de voluntad*, no significa por sí mismo una solución del problema general. Mucho menos viene aquí al caso la vieja y eterna disputa metafísica que en las más distintas formas se repite para los diversos campos del pensamiento humano: si una cosa es buena y justa porque Dios la quiere, o si Dios la quiere porque es buena y justa (sobre esto, algunos ejemplos en Gierke, *Althusius*, pág. 14, nota). Con independencia de la cuestión de si la ley, en general, es por su esencia mandato o *ratio*, puede decirse que la Constitución tiene que ser una decisión, y *todo acto del poder constituyente*, un mandato o, como dice Boutmy (pág. 241), un *acte impératif*.

2. Una *ley* constitucional es, por su contenido, la normación que lleva a la práctica la voluntad constituyente. Se encuentra por completo bajo el supuesto y sobre la base de la decisión política de conjunto contenida en esa voluntad. Si se insertan otras varias normas en la «Constitución», esto tiene sólo una significación técnico-jurídica: la de defensa contra una reforma por medio del procedimiento especial (comp. arriba, § 2, pág. 41).

3. Así como una disposición orgánica no agota el poder organizador que contiene autoridad y poder de organización, así tampoco puede la emisión de una Constitución agotar, absorber y consumir el Poder constituyente. Una vez ejercitado, no por ello se encuentra acabado y desaparecido el Poder constituyente. La decisión política implicada en la Constitución no puede reobrar contra su sujeto, ni destruir su existencia política. Al lado y por encima de la Constitución, sigue subsistiendo esa voluntad. Todo auténtico conflicto constitucional que afecte a las bases mismas de la deci-

Justicia Internacional de La Haya tiene autoridad. No tiene, es claro, *potestas* ninguna. Sin embargo, la autoridad de un Tribunal de Justicia —a causa de la vinculación del Juez al Derecho vigente— es un caso especial de autoridad y no propiamente *política*, porque un Tribunal no tiene, debido a su vinculación normativa, propia existencia política, y su *pouvoir* es —según la expresión de Montesquieu— «*en quelque façon nul*» (comp., pág. 185). Hasta qué punto corresponden ambos conceptos, fuerza y autoridad, a los principios político-formales, identidad y representación, que más abajo (pág. 205) se exponen, sería cosa a desenvolver en una *Teoría general del Estado*.

sión política de conjunto, puede ser decidido, tan sólo, mediante la voluntad del Poder constituyente mismo. También las lagunas de la Constitución —a diferencia de las oscuridades y discrepancias de opinión de las *leyes* constitucionales en particular— pueden llenarse, tan sólo, mediante un acto del Poder constituyente; todo caso imprevisto, cuya decisión afecte a la decisión política fundamental, es decidido por él.

4. El Poder constituyente es unitario e indivisible. No es un poder más, coordinado con otros distintos «poderes» (Legislativo, Ejecutivo y Judicial; comp. § 14). Es la base que abarca todos los otros «poderes» y «divisiones de poderes».

Con la confusión entre Constitución y Ley constitucional se ha introducido una confusión entre poder constituyente y competencia para juzgar las leyes constitucionales, que lleva con frecuencia a colocar esa competencia, como *pouvoir constituant*, junto a otros *pouvoirs*; (comp. abajo, § 10, IV, pág. 114).

II. El sujeto del Poder constituyente.

1. Según la concepción medieval, sólo Dios tiene una *potestas constituens*, en tanto que de esto pueda hablarse. El postulado: «Todo poder (o autoridad) viene de Dios» (*Non est enim potestas nisi a Deo, Rom., 13, 1*) tiene como significado el poder constituyente de Dios. También la literatura política de la Reforma, sobre todo, la teoría de los monarcómacos calvinistas, lo sostiene.

Althusius, *Política*, cap. XVIII, 93; XIX, 19 y sigs. El pueblo tiene ya, en Altusio, una *potestas constituita*. La secularización del concepto de poder constituyente es más tardía. En ningún caso se puede compaginar aquí, como hace Gierke en su célebre obra sobre Altusio, los conceptos de un creyente calvinista como éste con los de un deísta romántico como Rousseau.

2. Durante la Revolución francesa desarrolló Sieyès la doctrina del *Pueblo* (más exacto: de la *Nación*) como sujeto del Poder constituyente. Todavía en el siglo XVIII no había sido designado el príncipe absoluto como sujeto del Poder constituyente, pero sólo porque el pensamiento de una libre decisión de totalidad, adoptada por hombres, sobre modo y forma de la propia existencia política, sólo pudo tomar la forma de un hecho político muy lentamente. Los rastros de las ideas teológico-cristianas del poder constituyente de Dios eran todavía demasiado fuertes y vivos en el siglo XVIII, a pesar de toda la Ilustración. La Declaración americana de Independencia y la Revolución francesa de 1789 significan el comienzo de una nueva época en este respecto, sin que interese conocer en qué medida era consciente el autor de estos precedentes, de la trascendencia de su conducta. En la Declaración americana de Independencia de 1776 no puede reconocerse con plena claridad el principio completamente nuevo, porque aquí surgía una nueva formación política, coincidiendo el acto de dar la Constitución con el de la fundación política de una serie de nuevos *Estados*. Otra cosa ocurre con la Revolución francesa de 1789. Aquí no surgía una

nueva formación política, un nuevo Estado. El Estado francés existía de antes, y seguía existiendo. Aquí se trataba tan sólo de que los hombres mismos fijaban, por virtud de una decisión consciente, el modo y forma de su propia existencia política. Cuando se suscitó ahí conscientemente, y fue contestada, la cuestión del Poder constituyente, aparecía mucho más clara la fundamental novedad de tal fenómeno. Un pueblo tomaba en sus manos, con plena conciencia, su propio destino, y adoptaba una libre decisión sobre el modo y forma de su existencia política.

Esto se pudo ver tan pronto como los Estados generales convocados por el rey se constituyeron, en 17 de junio de 1789, en *Asamblea nacional constituyente*. Al hacerlo, se constituyeron, sin un mandato formal que los legitimase, en diputados del pueblo en ejercicio de su Poder constituyente, y derivaron sus facultades de este Poder. Sieyès formuló la teoría del *pouvoir constituant* de la Nación. El designó, con acierto, como un acto de la Revolución, el que ya se planteara en sus comienzos la distinción entre Poder constituyente y constituido. A pesar del gran influjo operado por el modelo americano, el año 1789 significa el comienzo de este nuevo principio político.

A las Constituciones americanas del siglo XVIII les falta una Teoría constitucional propia. La fuente histórica más importante para los fundamentos teóricos de esa Constitución, el Federalista, ofrece informes, casi únicamente, sobre cuestiones prácticas de organización. El pueblo se da a sí mismo una Constitución, sin que se distinga el *Govenant* general que funda la comunidad y sociedad de todo otro acto constitutivo de una nueva unidad política, y del acto de la libre decisión política sobre la propia forma de existencia; comp. arriba, § 7, I, pág. 80.

Según esta nueva doctrina, la *Nación* es el sujeto del Poder constituyente. Con frecuencia se consideran como de igual significación los conceptos de Nación y Pueblo, pero la palabra «Nación» es más expresiva e induce menos a error. Designa al pueblo como unidad política con capacidad de obrar y con la conciencia de su singularidad política y la voluntad de existencia política, mientras que el pueblo que no existe como Nación es una asociación de hombres unidos en alguna manera de coincidencia étnica o cultural, pero no necesariamente *política*. La doctrina del Poder constituyente del pueblo presupone la voluntad consciente de existencia política, y, por lo tanto, una Nación. Esto llegó a hacerse posible por cuanto Francia había alcanzado a ser, mediante la Monarquía absoluta, una unidad estatal cuya existencia se daba siempre como evidente a pesar de todos los cambios y reformas de la Constitución. El pueblo francés había encontrado en su existencia política su forma de Nación. La decisión consciente a favor de un cierto modo y forma de esta existencia, el acto a través del cual «el pueblo se da una Constitución», presupone ya el Estado, cuyo modo y forma se fija. Pero para el acto mismo, para el ejercicio de esa voluntad, no puede hallarse prescrito procedimiento alguno, y mucho menos para el contenido de la decisión política. «Basta que la Nación quiera.» Este postulado de Sieyès apunta con la mayor claridad a lo esencial del fenómeno.

El Poder constituyente no está vinculado a formas jurídicas y procedimientos; cuando actúa dentro de esta propiedad inalienable, está «siempre en estado de naturaleza».

En el Poder constituyente descansan todas las facultades y competencias constituidas y acomodadas a la Constitución. Pero él mismo no puede constituirse nunca con arreglo a la Constitución. El pueblo, la Nación, sigue siendo el basamento de todo el acontecer político, la fuente de toda la fuerza, que se manifiesta en formas siempre nuevas, que siempre saca de sí nuevas formas y organizaciones, no subordinando nunca, sin embargo, su existencia política a una formulación definitiva.

En algunas manifestaciones de Sieyès aparece el *pouvoir constituant* en su relación con todos los *pouvoirs constitués* en una analogía metafísica respecto de la *natura naturans* y su relación a la *natura naturata* según la doctrina de Spinoza: una última base no creada de todas las formas, pero no susceptible ella misma de ser encerrada en una forma; produciendo eternamente formas nuevas; formando, aforme, todas las formas (comp. *Die Diktatur*, pág. 142). Pero hay que separar la doctrina positiva del Poder constituyente, que corresponde a toda teoría constitucional, de aquella metafísica panteísta; en modo alguno son idénticas. La metafísica de la *potestas constituens* como analogon de la *natura naturans*, pertenece a la doctrina de la teología política.

Incluso el intento de establecer en alguna manera vinculatoria un representante o intérprete regular de la voluntad popular, contradice a esta doctrina. La Asamblea nacional francesa de 1789 no era, formalmente considerada, una Asamblea constituyente. Había sido convocada por el rey y surgía de unas elecciones para una Asamblea de tres estamentos, nobleza, clero, tercer estado, con instrucciones determinadas de los electores. Pero esto no es ninguna razón contra su derecho democrático a constituirse como Asamblea constituyente. Podía remitirse —contra el rey— a la voluntad de la Nación francesa.

Con la doctrina democrática del Poder constituyente del pueblo (que se dirigía contra la Monarquía absoluta existente), ligó Sieyès la doctrina antidemocrática de la *representación* de la voluntad popular mediante la Asamblea nacional constituyente. La Constitución era formulada sólo por la Asamblea nacional (ni por el pueblo, ni por el rey). Hubiera sido lo democráticamente consecuente dejar que el pueblo mismo decidiera, pues la voluntad constituyente del pueblo no puede ser representada sin que la Democracia se transforme en una Aristocracia (comp. abajo, § 16, pág. 215). Pero en 1789 no se trataba de la Democracia, sino de una Constitución liberal burguesa del Estado de Derecho. La Constitución de 1791 era típica de la Monarquía constitucional: la «Nación» tenía dos representantes, rey y cuerpo legislativo (Representación popular). La cuestión de quién representa a la Nación al emitir la Constitución —si la Asamblea Nacional o el rey— era una clara cuestión de fuerza, y mostraba ya la característica situación intermedia de la burguesía liberal: frente al rey (esto es, la Monarquía), apelación a la «voluntad de la Nación»; frente al pueblo (esto es, la Democracia), apelación a la «representación». Naturalmente, también el rey hubiera podido ser representante de la Nación; pero esto se le discutía ya por lo que se refiere

al ejercicio del Poder constituyente. Los intentos de dar al rey, como representante o intérprete de la voluntad popular, en la Asamblea Constituyente, influencia en la formación de la Constitución, se malograron (Redslob, pág. 71).

3. Durante la Restauración monárquica, 1815-1830, el rey se convirtió en sujeto del Poder constituyente. Por virtud del «principio monárquico» permanece en él la plenitud del poder del Estado, incluso cuando se vincula, con vistas al ejercicio de ciertos derechos, en volumen limitado, a la cooperación de los estamentos. La teoría de un poder constituyente del rey fue sostenida ocasionalmente y sin éxito en la Asamblea constituyente de 1789 (Redslob, pág. 69). Pero durante la época de la Restauración fue teóricamente necesario contraponer un Poder constituyente del rey al Poder constituyente del pueblo —que había sido afirmado como clara tesis de la Revolución francesa.

Comprobaciones: *Diktatur*, pág. 195, nota; Perny: *Le pouvoir constituant sous la monarchie de juillet*, tesis de París, 1901, pág. 13. Cuando E. Zweig, pág. 3, dice que para la «supremacía de organización del monarca no ha transmitido la política científica ninguna expresión técnica de tal especie» (como el Poder constituyente del pueblo), se equivoca.

La posición de la Monarquía era entonces teóricamente muy difícil. El transferir la doctrina democrática del Poder constituyente del pueblo, sin alterarla, a la Monarquía, y por cierto a una Monarquía hereditaria, era, en el fondo, una simple defensiva, y sólo posible como antítesis externa. Pues la Nación puede cambiar sus formas y darse siempre nuevas formas de su existencia política; tiene la entera libertad de autodeterminación política, puede ser «lo que, aforme, forma». La Monarquía hereditaria, por el contrario, es una *institución* ligada al orden sucesorio de una familia, y, por tanto, formada ya en sí misma. Una dinastía no puede ser considerada, como el Pueblo o la Nación, basamento de toda la vida política.

4. También la organización de una «minoría» puede ser sujeto del Poder constituyente. Entonces el Estado tiene la forma de *Aristocracia* u *Oligarquía*. Sin embargo, la expresión «minoría» induce a error, porque procede de las concepciones numéricas y estadísticas propias de los actuales métodos democráticos, y presupone una minoría partidista. Una minoría de votación no puede, naturalmente, ser sujeto del Poder constituyente, así como tampoco un partido en el sentido actual de una asociación de hombres basada en la «libre recluta». Pero bien puede ser que una organización firme adopte como tal, sin invocar la voluntad de la mayoría de los ciudadanos, las decisiones políticas fundamentales sobre modo y forma de la existencia política; es decir, de una Constitución. Puede tratarse —como en las Aristocracias antiguas o medievales— de un círculo de ciertas familias, o bien de un orden, o de otro grupo formado en sí. El siglo XIX no conoce tales casos de Poder constituyente. En el siglo XX, el dominio de los «Consejos» en Rusia, en su vinculación a la organización comunista, así como el dominio del «Fascio» en Italia, contiene elementos de una nueva

especie de formas aristocráticas. Pero la construcción teórica y práctica no es aún nada clara, y no se renuncia definitivamente a invocar la voluntad del pueblo, para cuya verdadera y no falseada expresión hay que crear primero los supuestos. Tales regímenes son, pues, dictadura, también en el sentido de que representan sólo un tránsito, quedando pendiente todavía la decisión definitiva sobre modo y forma de la existencia política. Aquí lo único definitivamente decidido es la recusación del método *liberal* de decisión mayoritaria por sufragio universal, igual y directo, de todos los ciudadanos, así como de los principios del *Estado burgués de Derecho* (derechos fundamentales y distinción de poderes; comp. § 12, pág. 138). Mientras tanto, éste es, en todo caso, un acto de constitución.

III. Actividad del poder constituyente.

1. No puede darse un procedimiento regulado al cual se encuentre vinculada la actividad del poder constituyente.

2. La actividad del poder constituyente del Monarca se regula a sí misma, sencillamente, por cuanto que la Monarquía absoluta es una institución establecida. Aquí nos encontramos ya en presencia de una organización constituida. Esto tiene una ventaja práctica y teórica, consistente en que hay una entidad firme cuyas manifestaciones de voluntad son claras. Pero las desventajas prácticas y teóricas son aún mayores. Pues la organización e institución de la Monarquía descansa en el principio dinástico, es decir, en la sucesión hereditaria dentro de una familia, y, por lo tanto, no en conceptos específicamente políticos, sino en los del Derecho de familia.

El Rey manifiesta su poder constituyente *emitiendo*, desde la plenitud de su poder, una Constitución, *otorgada* por acto unilateral. Puede entenderse con representantes de los estamentos o del pueblo y vincularse a su cooperación o anuencia. Esto no requiere renuncia al poder constituyente —según se ha comprobado arriba (§ 6, II, 7, pág. 73)—, ni contiene un reconocimiento del poder constituyente del pueblo.

3. El *pueblo* manifiesta su poder constituyente mediante cualquier expresión reconocible de su inmediata voluntad de conjunto dirigida hacia una decisión sobre modo y forma de anuencia de la unidad política. De la peculiaridad del sujeto de este poder constituyente se deducen cuestiones y dificultades especiales.

a) El Pueblo, como titular del poder constituyente, no es una instancia firme, organizada. Perdería su naturaleza de pueblo si se erigiera para un normal y diario funcionamiento y para el despacho ordinario de asuntos. Pueblo no es, por su esencia, magistratura, ni nunca —tampoco en una Democracia— autoridad permanente. De otra parte, el pueblo necesita ser, en la Democracia, capaz de decisiones y actuaciones políticas. Incluso cuando sólo en pocos momentos decisivos tiene y manifiesta una voluntad decisiva, es capaz, sin embargo, de una tal voluntad, y está en condiciones y es apto para decir *sí* o *no* a las cuestiones fundamentales de su existencia política. La fuerza, así como también la debilidad del pueblo, consiste en que no es una instancia formada con competencias circunscritas y capaz

de despachar asuntos dentro de un procedimiento regulado. Tan pronto como un pueblo tiene la voluntad de existencia política, es superior a toda formalidad y normación. Tampoco puede ser disuelto, como que no es una entidad organizada. En tanto que existe y quiere seguir existiendo, su fuerza vital y energía es inagotable, y siempre capaz de encontrar nuevas formas de existencia política. La debilidad consiste en que el pueblo ha de decidir sobre las cuestiones fundamentales de su forma política y su organización, sin estar formado u organizado él mismo. Por eso pueden desconocerse, interpretarse mal o falsearse con facilidad sus manifestaciones de voluntad. Corresponde a la inmediatez de esta voluntad popular el poder exteriorizarse con independencia de todo procedimiento prescrito y todo método prescrito. Hoy se fija, en la práctica política de la mayor parte de los países, la voluntad del pueblo mediante un procedimiento de votación secreta o elección secreta (comp. abajo, 3). Sería un error —y por cierto un error antidemocrático— el tener por norma absoluta y definitiva de la Democracia estos métodos del siglo XIX. La voluntad del pueblo de darse una Constitución puede sólo demostrarse mediante el hecho, y no mediante la observación de un procedimiento normativamente regulado. Y claro está que tampoco puede ser enjuiciado a base de leyes constitucionales anteriores o en vigor hasta el momento.

b) La forma natural de la manifestación inmediata de voluntad de un pueblo es la voz de asentimiento o repulsa de la multitud reunida, la *aclamación*. En los grandes Estados modernos, la aclamación, que es una manifestación natural y necesaria de vida de todo pueblo, ha cambiado su forma. Se manifiesta como «opinión pública» (abajo, § 18, 3, pág. 240). Pero siempre puede el pueblo decir *sí* o *no*, asentir o rechazar; y su *sí* o *no* será tanto más sencillo y elemental cuanto más se trate de una decisión fundamental sobre la propia existencia común. En tiempos de orden y paz, semejantes manifestaciones son raras e innecesarias. El que no se dé a conocer ninguna manifiesta y especial voluntad, significa precisamente asentimiento para que subsista la Constitución presente. En tiempos críticos, el *no* que se dirige contra una Constitución existente será claro y decisivo sólo como negación, en tanto que la voluntad positiva no es tan segura. Sin embargo, suele residir en ese *no*, por sí mismo, la afirmación de una forma de existencia que se ofrece como contrapuesta. El pueblo alemán negó en noviembre de 1918 el principio monárquico existente hasta entonces. Esto significa por sí mismo República. Pero con ello quedaban incontestadas todavía las últimas posibilidades de formación de esta República —Democracia (constitucional) del Estado burgués de Derecho, o República socialista de Consejos—. El *no* frente a una República burguesa del Estado de Derecho hubiera significado, a su vez, según la situación de las cosas: vuelta a la Monarquía, Dictadura, sistema de Consejos o cualquier otra forma política. La voluntad constituyente del Pueblo se manifiesta siempre en su *sí* o *no* fundamental y adopta así la decisión política que da contenido a la Constitución.

c) La voluntad constituyente del pueblo es inmediata. Es anterior y superior a todo procedimiento de legislación constitucional. Ninguna ley constitucional, ni tampoco una Constitución, puede señalar un poder constituyente y prescribir la forma de su actividad. La ulterior ejecución y formulación de la decisión política adoptada inmediatamente por el pueblo requiere alguna organización, un procedimiento, para el cual ha desarrollado la práctica de la moderna Democracia ciertas prácticas y costumbres de que ahora trataremos.

4. En la Democracia moderna se ha formado la práctica de una llamada Asamblea nacional constituyente democrática, es decir, elegida según los postulados fundamentales del sufragio universal e igual, como procedimiento «democrático» reconocido. Habrá de venir siempre que haya sido abolida una Constitución y haya que dar otra nueva. Sin embargo, la convocatoria de una «Asamblea nacional constituyente» no es el único procedimiento democrático imaginable. Antes bien, se han introducido en democracias modernas otras clases de ejecución y formulación de la voluntad constituyente del pueblo.

a) La *Asamblea nacional que acuerda y despacha* (normaciones legal-constitucionales): una Asamblea elegida según los postulados democráticos fundamentales, comisionada especialmente para la formulación y normación de las determinaciones legal-constitucionales, acuerda el texto de las leyes constitucionales y las expide. Una normación legal-constitucional así surgida, entra en vigor por acuerdo de simple mayoría, sin que pueda tener lugar un referéndum sobre el proyecto aprobado; por lo tanto, sin confirmación por parte de los ciudadanos con derecho a voto.

Ejemplo: La Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919 (art. 181). «El pueblo alemán, por medio de su Asamblea nacional, ha acordado y expedido esta Constitución. Entra en vigor el día de su promulgación.» Aquí habría que observar que la Asamblea nacional sola ha acordado la formulación legal-constitucional, y el pueblo alemán, como titular del Poder constituyente, no puede, naturalmente, proponerse un acto formal, cual la expedición de una ley. Este artículo de la Constitución de Weimar enuncia tan sólo que la normación legal-constitucional debe entrar en vigor por virtud del acuerdo mayoritario de la Asamblea nacional, sin un otro acto especial de formal asentimiento del pueblo alemán; el asentimiento está más bien contenido ya en las elecciones a la Asamblea nacional.

También la Constitución francesa de 1791 fue puesta en vigor por acuerdo mayoritario de la Asamblea nacional constituyente, sin que hubiera tenido lugar un plebiscito. Sobre las otras singularidades de la aprobación de esta primera Constitución de Europa, comp. abajo, en e).

b) La Asamblea (Convención) que *proyecta* (normaciones legal-constitucionales) con inmediato referéndum u otra confirmación, directa o indirecta, del proyecto, por los ciudadanos con derecho a voto.

La palabra Convención es la expresión técnica para una corporación elegida de intento con el cargo de elaborar el *proyecto* de la normación legal constitucional. La

expresión procede de la revolución inglesa; las «Convenciones» de 1660 y 1689 eran gobiernos provisionales para crear una situación constitucional (E. Zweig, pág. 49). Con la práctica de los Estados americanos y el célebre ejemplo de la Convención nacional francesa de 1792, la palabra ha recibido la significación de una Asamblea que elabora el proyecto de la normación legal-constitucional.

La Convención nacional francesa proclamó como postulado fundamental, en el decreto de 21 de septiembre de 1792, que toda Constitución había de ser expresamente confirmada por el pueblo (*qu'il ne peut y avoir de Constitution que celle qui est acceptée par le peuple*). La Constitución de esta Convención de 24 de junio de 1793 fue, pues, sometida al pueblo, es decir, a las Asambleas de los primitivos electores, para su aceptación. Fue aceptada casi por unanimidad (Duguit-Monnier, pág. 41). Sin embargo, no entró en vigor, porque la Convención nacional suspendió la situación constitucional e introdujo la dictadura de los jacobinos (*le gouvernement révolutionnaire*), durante la cual se gobernó con *medidas*, no con actos formales de legislación, etc. La misma Convención nacional acordó más tarde otra Constitución, la del año III, de 22 de agosto de 1795 (llamada Constitución directorial). Fue igualmente sometida al asentimiento de los electores, e igualmente aceptada por gran mayoría (Duguit-Monnier, pág. 62).

c) Especialidades en caso de Convención para una Constitución federal. Aquí, la Constitución puede ser sometida al asentimiento del pueblo de los distintos Estados-miembros.

La Constitución federal de los Estados Unidos de América, de 1787, fue proyectada por una *Convención*, sometida después a los Estados reunidos en *Congreso*, recomendada por este Congreso su aceptación al pueblo de los distintos Estados y, por último, aceptada en cada uno de los trece Estados por Convenciones especiales de ratificación, es decir, Asambleas elegidas de propósito para este fin. Sobre las grandes dificultades de este procedimiento y las mayorías, con frecuencia muy insignificantes y casuales, comp. la descripción de James Beck, *La Constitución de los Estados Unidos (Die Verfassung der Vereinigten Staaten)*, cap. XV, ed. alemana de A. Friedmann, 1926, páginas 207 y siguientes.

La Constitución de Weimar no fue especialmente ratificada por los ciudadanos con derecho a voto de los distintos Países, ni tampoco por sus Asambleas nacionales. En las deliberaciones de la Constitución de Weimar sostuvieron, sin embargo, la necesidad de ratificación de la Constitución del Reich por las Asambleas nacionales de los Estados el Enviado bávaro v. Preger y el diputado Beyerle (*Prot.*, págs. 24-26). Por el contrario, muy decidido, H. Preuss, quien —como Poetzsch, *Komm.*, pág. 11, observa con razón— tenía de su parte la lógica democrática; comp. arriba, § 7, pág. 84; abajo, § 30, pág. 368.

d) Plebiscito general sobre una propuesta surgida de un modo cualquiera, o sobre una nueva ordenación y regulación introducida de un modo cualquiera.

En cuanto a esto, existió la práctica de los plebiscitos napoleónicos: Constitución consular del año VIII, 1799 (tres cónsules, entre ellos Napoleón Bonaparte); en el artículo 95 se preveía el plebiscito, sin embargo de lo cual la Constitución recibió trato de ley constitucional vigente ya antes de la aceptación; Senado-consulta del año X, 1802: Napoleón primer cónsul de por vida; Senado-consulta del año XII, 1804: Na-

poleón, Emperador de los franceses, y el Imperio, hereditario en la familia Bonaparte; 1815 (durante los Cien días), plebiscito sobre el *Acte Additionnel*: plebiscito del 14 de diciembre de 1851: el Presidente de la República, Luis Napoleón, encargado, con el gobierno, mediante plenos poderes, de dar una Constitución; 21-22 de noviembre de 1852: Napoleón III, Emperador de los franceses.

En todos estos plebiscitos hubo mayorías inmensas que votaron «sí». El influjo electoral del Gobierno napoleónico fue bastante fuerte y desconsiderado; estropeó la finalidad del plebiscito haciendo sospechosa la experiencia democrática. En teoría, este método corresponde al principio democrático y al pensamiento del Poder constituyente del pueblo. El que el pueblo dijera «sí» en estos plebiscitos para aquella nueva ordenación se explica, de otra parte, no sólo por influjos electorales, sino también porque el pueblo francés no tenía entonces otra voluntad que la de paz civil y orden. La mayoría de los ciudadanos se inclina, en general, a ceder a otros la decisión política y contestar siempre a las cuestiones propuestas de manera que la respuesta contuviera un *mínimum* de decisión. Por eso, se asiente con facilidad a un hecho consumado. En estos plebiscitos napoleónicos el «no» hubiera significado inseguridad y desorden, mientras que el «sí» tan sólo asentimiento rencoroso a un hecho consumado, conteniendo así el *mínimum* de decisión propia (comp. sobre esto, abajo, la crítica del postulado «la mayoría decide», § 21, IV, pág. 270).

e) Excepciones y casos especiales en esta práctica democrática.

La *Constitución francesa de 1791* fue acordada, según ya se ha dicho (pág. 95), por una Asamblea nacional que no había sido elegida según los postulados democráticos fundamentales del Derecho electoral general, sino que surgió cuando, en 17 de junio de 1789, de los representantes comisionados de los tres Estamentos (nobleza, clero y burguesía), se constituyeron en Asamblea nacional constituyente los representantes del tercer estado. Sería un formalismo especialmente extraviado, en estas cuestiones de la Teoría constitucional democrática, negar a esa primera Asamblea nacional el carácter de encargada por el Poder constituyente del pueblo. Sin duda ninguna, se puso en vigor ahí la voluntad de la Nación francesa; frente a esto, tiene una significación sólo relativa el procedimiento de una elección o votación especial.

La *Constitución de Checoslovaquia*, de 29 de febrero de 1920, no fue acordada por una Asamblea nacional elegida según los postulados fundamentales del Derecho electoral general, sino por una Asamblea integrada sólo por delegados de los partidos checos y eslovacos. De 13,6 millones de habitantes de ese Estado quedaban sin representar casi cinco millones: todas las partes no eslavas y, en particular, la parte alemana del pueblo. No tuvo lugar una ratificación por plebiscito. (Sobre esta Constitución «otorgada», Franz Adler, *Die Grundgedanken der tschechoslowakischen Verfassung, Quellen und Studien*, edición del Instituto de Europa oriental en Breslau, Sec. «Derecho», nueva serie, t. III, 1927, págs. 10-11; F. Weyr, *Jör.*, XI, 1922, pág. 352.)

I. *Clases de legitimidad de una Constitución.* Una Constitución es legítima —esto es, reconocida, no sólo como situación de hecho, sino también como ordenación jurídica— cuando la fuerza y autoridad del Poder constituyente en que descansa su decisión es reconocida. La decisión política adoptada sobre el modo y forma de la existencia estatal, que integra la sustancia de la Constitución, es válida, porque la unidad política de cuya Constitución se trata, existe, y el sujeto del Poder constituyente puede fijar el modo y forma de esa existencia. No necesita justificarse en una norma ética o jurídica; tiene su sentido en la existencia política. Una norma no sería adecuada a fundar nada aquí. El especial modo de la existencia política no necesita ni puede ser legitimado.

Históricamente, pueden distinguirse dos clases de legitimidad —la dinástica y la democrática—, correspondientes a los dos sujetos del Poder constituyente que históricamente hay que considerar: príncipe y pueblo. Donde prepondera el punto de vista de la *autoridad*, será reconocido el Poder constituyente del rey; donde el punto de vista de la *maiestas populi* domina, la validez de la Constitución descansará en la voluntad del pueblo. Sólo puede hablarse de la legitimidad de una Constitución por razones históricas, y siempre bajo el punto de vista de la distinción entre legitimidad dinástica y democrática. En realidad, se trata con esto de la cuestión de la forma de existencia de una unidad política.

II. *Legitimidad de una Constitución no significa que haya sido tramitada según leyes constitucionales antes vigentes.* Tal idea sería especialmente absurda. Una Constitución no se pone en vigor según reglas superiores a ella. Además, es inconcebible que una Constitución *nueva*, es decir, una nueva decisión política fundamental, se subordine a una Constitución an-

terior y se haga dependiente de ella. Allí donde se va hacia una nueva Constitución por abolición de la anterior, no es «legítima» la nueva porque la vieja haya sido abolida. Entonces, la vieja Constitución abolida seguiría en vigor. Así, pues, nada tiene que ver la cuestión de la coincidencia de la Constitución nueva y la vieja, con la cuestión de la legitimidad. La legitimidad de la Constitución de Weimar se apoya en el Poder constituyente del pueblo alemán. El hecho de que esta Constitución haya surgido mediante abolición de la anterior, de 1871, podía llevar, a lo sumo, a considerarla ilegítima desde el punto de vista de la legitimidad dinástica, del Poder constituyente del monarca, pero nada más. Igualmente, y a la inversa, es ilegítima, desde el punto de vista de la legitimidad democrática, toda Constitución otorgada, emitida por el Rey sobre la base del principio monárquico. Pero es enteramente imposible aplicar a una nueva Constitución la medida de si ha sido aprobada bajo el patrón de anteriores reglas y formalidades legal-constitucionales, planteando así la cuestión de si, por ejemplo, las determinaciones de la Constitución de Weimar han surgido de acuerdo con los preceptos de procedimiento previstos para reforma constitucional en el artículo 78 de la vieja Constitución del Reich. Una Constitución nueva no puede someterse en tal modo a anteriores normaciones que ya no están en vigor, y es un juego de conceptos desprovisto de significación y sólo comprensible por una mal entendida exigencia de normatividad el plantear la cuestión de si se han seguido o no —para una nueva Constitución, que se encuentra en vigor sin duda— los preceptos adoptados para su propia revisión por una Constitución anterior que ya no rige.

Certeramente dice W. Burckhardt, *Verfassungs- und Gesetzesrecht, Politisches Jahrbuch der Schweizerischen Eidgenossenschaften*, tomo XXVI, 1910, pág. 48: «¿Se puede medir razonablemente la juridicidad de una nueva Constitución con los preceptos de su antecesora? Esa es la cuestión. Si la Constitución actual hubiera de ser no-jurídica porque sus autores no se han atendido a las prescripciones de la anterior, habría que preguntar ante todo si ésta, a su vez, había sido jurídica, etc., y cuando retrocediendo en el tiempo se hubiera tropezado con una Constitución no-jurídica, todas las otras serían también no-jurídicas, porque aquélla no podía dar vida, por aprobación del pasado, a éstas, que derivan del presente su derecho a la existencia. ¿Cuál hubiera sido el sentido y la finalidad de todas estas afirmaciones sobre la juridicidad de una Constitución? Hubiera significado machacar en hierro frío.» Cuando, por lo demás, Burckhardt plantea la cuestión general: «¿Puede una Constitución prescribir, obligando en Derecho, cómo debe ser cambiada?» (pág. 46) y contesta denegando, esta denegación general se basa en la confusión, aludida con diversas ocasiones, de Constitución en sentido propio y leyes constitucionales. Puede prescribirse mediante ley constitucional cómo deben cambiarse las leyes constitucionales.

Expresiones como «legitimidad» o «ilegitimidad», se usan, a pesar de eso, con lastimosa frecuencia en el sentido de que sólo puede designarse como «legítima» una Constitución cuando ha surgido de conformidad con un procedimiento de *revisión* constitucional regulado en ley constitucional anteriormente válida.

El Tribunal del Reich dice en la conocida sentencia, Asuntos civiles, t. 100, página 25: «Al nuevo poder público (los Consejos de trabajadores y soldados), creado por la revolución, no puede negársele el reconocimiento jurídico-político. La antijuridicidad de su establecimiento no se opone a ello, porque la juridicidad del establecimiento no es una nota esencial del poder público. El Estado no puede subsistir sin un poder público. Con la supresión del viejo poder, se pone en su lugar el nuevo poder, que lo sustituye.» Estos postulados muestran sin más la inanidad de la cuestión de si la Constitución de Weimar ha surgido «jurídicamente», es decir, mediante el procedimiento del artículo 78 de la Constitución suprimida. Hablan, por lo demás, sólo del «poder público», no de la «Constitución», pero valen también para Constitución entendida en un recto concepto y pueden trasladarse asimismo con razón a la Constitución de Weimar, p. ej., en Anschütz, *Kommentar*, pág. 5. A esto hay que observar: 1. No puede hablarse de legitimidad de un Estado o de un poder público. Un Estado, la unidad política de un pueblo, existe, y existe en la esfera de lo político; es tan poco susceptible de justificación, juridicidad, legitimidad, etc., como si en la esfera del Derecho privado se quisiera fundamentar normativamente la existencia del individuo humano vivo (comp. *Der Begriff des Politischen. Archiv für Sozialwissenschaften*, t. 58, 1927, págs. 1 y sigs.).

Estado y poder público son la misma cosa. No hay Estado sin poder público, ni poder público sin Estado; el cambio de los hombres que ejercitan el poder público y el cambio de la ordenación estatal, no suprimen la continuidad de la unidad política. 3. La abolición de una Constitución y la emisión de otra nueva afecta al problema del Poder constituyente (comp. sobre esto, abajo, § 10). 4. La legitimidad de una Constitución afecta en todo caso a este problema del Poder constituyente, pero no al de la coincidencia con las reglas de leyes constitucionales que ya no están en vigor.

El modo corriente de hablar confunde la constitucionalidad de una Constitución con la licitud de una reforma constitucional. Pero *Constitución constitucional* no es, ni un completo absurdo, ni una vacua trivialidad. Cuando la propia Constitución decide que es constitucional y por ello se la reconoce como tal, no adquiere con esto ninguna nueva propiedad: pues toda Constitución vigente es, como puede comprenderse, constitucional. Una norma no puede legitimarse a sí misma: su validez se apoya en la voluntad existencial de quien la emite. Pero «Constitución constitucional» debe significar tan sólo: constitucional en el sentido de leyes constitucionales que ya no están en vigor; así se aclara sin más la contradicción, pues leyes que ya no están en vigor no pueden prestar ninguna propiedad apreciable de validez y juridicidad.

III. La *legitimidad dinástica* se apoya en la autoridad del monarca. Como un hombre aislado alcanza raramente desde su ser individual esa significación política, tampoco puede estar en el príncipe como individuo el Poder constituyente. Lleva hacia la legitimidad dinástica, que se apoya en la permanente histórica de una *familia* vinculada al Estado, en la continuidad de la dinastía y de la *sucesión hereditaria*.

La *legitimidad democrática* se apoya, por el contrario, en el pensamiento de que el Estado es la unidad política de un *Pueblo*. Sujeto de esta definición del Estado es el Pueblo; Estado es el *status* político de un Pueblo. Modo y forma de la existencia estatal, se determinan, según el principio de la legitimidad democrática, por la libre voluntad de un Pueblo. La voluntad constituyente del pueblo no está vinculada a ningún determinado procedimiento. Ya antes se ha expuesto que la actual práctica de las Cons-

tituciones democráticas ha dado lugar a ciertos métodos, sea el de la elección de una Asamblea constituyente, sea el de una votación popular. Con frecuencia se ligan estos métodos al pensamiento de la legitimidad democrática, insertando un cierto procedimiento en el concepto de legitimidad, y caracterizando después como verdaderamente democráticas sólo aquellas Constituciones que han encontrado la aprobación de una mayoría de ciudadanos formada en el procedimiento de votación individual secreta. Ya se ha dicho, y habrá que volver sobre ello, que estos métodos de votación individual secreta son problemáticos, precisamente desde el punto de vista de una Democracia auténtica. También es siempre posible y fácil de reconocer un acuerdo tácito del pueblo. En la simple participación en la vida pública fijada por una Constitución, puede verse, por ejemplo, una conducta concluyente, mediante la cual basta a manifestarse con claridad la voluntad constituyente del pueblo. Esto puede decirse de la participación en las elecciones que una cierta situación política comporta.

Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, 1898, II, págs. 363-4, dice que toda «norma jurídica otorgada puede alcanzar una validez jurídica verdadera, incluso con un reconocimiento rencoroso de los miembros de la comunidad jurídica, como cualquier ordenamiento jurídico revolucionario»: en todo momento, es «sólo el reconocimiento general de las normas establecidas» el que produce la juridicidad. Y, pág. 357: «la aceptación de las elecciones para este Reichstag constituyente (1867) envolvía entonces un pleno e inequívoco reconocimiento previo de la Constitución a pactar con él (por los Gobiernos federales)».

De esta manera puede adjudicarse a las más distintas Constituciones el carácter de la legitimidad democrática, en tanto se basen en el Poder constituyente del pueblo, presente siempre, incluso cuando sólo actúa por la tácita.

CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA DEL PODER CONSTITUYENTE Y, EN PARTICULAR, DEL PODER CONSTITUYENTE DEL PUEBLO

I. *Permanencia del Poder constituyente.* El Poder constituyente se ejercita mediante el acto de la decisión política fundamental. La ejecución y formulación de ésta puede abandonarse a encargados especiales, por ejemplo, a una llamada Asamblea nacional constituyente. También puede existir, a base de las normas legal-constitucionales así surgidas, un dispositivo legal-constitucional para «reformas» o «revisiones» de leyes constitucionales. Pero el Poder constituyente mismo debe ser distinguido de éstas. No es susceptible de traspaso, enajenación, absorción o consunción. Le queda siempre la posibilidad de seguir existiendo, y se encuentra al mismo tiempo y por encima de toda Constitución, derivada de él, y de toda determinación legal-constitucional, válida en el marco de esta Constitución.

La inalienabilidad del *pouvoir constituant* del pueblo fue puesta de relieve por Sieyès. Hay que observar que en Sieyès se trata tan sólo de la doctrina democrática del Poder constituyente del pueblo, que se contrapone al absolutismo real. El Poder constituyente de un pueblo no puede ser aniquilado; luego, en quedando garantizada la existencia política, entra en escena otro sujeto del Poder constituyente, p. ej., un monarca como titular de dicho poder. Pero el Poder constituyente no se extingue por un acto de su ejercicio. Mucho menos, se apoya en ningún título jurídico. Cuando el monarca renuncia voluntariamente a su Poder constituyente y reconoce el Poder constituyente del pueblo, este último no descansa en el título jurídico consistente en la renuncia del rey. Su razón de eficacia está exclusivamente en su existencia política.

La Constitución francesa de 24 de junio de 1793 formuló el principio democrático del Poder constituyente del pueblo en el artículo 28: «Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, de reformar y de cambiar su Constitución» (*Un peuple a toujours le droit de révoier, de réformer et de changer sa Constitution*); literalmente igual, el pro-

yecto de la Constitución girondina de 1793, art. 93. En esta formulación es de singular interés que no sólo contiene el derecho a las revisiones constitucionales, sino también a las supresiones.

Un modo de pensar extendido deduce de razones de comodidad política y jurídica que una Constitución puede ser suprimida tan sólo observando el procedimiento constitucionalmente regulado para la reforma de las leyes constitucionales. El argumento: «porque no puede ser lo que no debe ser» conduce aquí a consecuencias manifiestamente absurdas.

Donde subsiste un Poder constituyente hay siempre por eso también un *mínimum* de Constitución que no necesita ser afectado por él quebrantamiento de leyes constitucionales, revolución y golpes de Estado, en tanto permanezca al menos el fundamento de la Constitución, el Poder constituyente, sea del rey, sea del pueblo. La práctica de los plebiscitos napoleónicos (arriba, § 8, III, 4 d, pág. 102) descansaba en el principio democrático del Poder constituyente del pueblo; las violaciones constitucionales podían así ser corregidas fácilmente por el asentimiento del pueblo. En todo caso, hay que distinguir ya con claridad la supresión o quebrantamiento de las *leyes constitucionales*, la supresión de la *Constitución*, es decir, de las decisiones políticas fundamentales, y la supresión del *Poder constituyente* (del rey o del pueblo). La supresión revolucionaria de una Constitución puede designarse en ciertas circunstancias con algún derecho como simple reforma constitucional; pero, claro está, en el supuesto de la permanencia del sujeto del Poder constituyente.

Así, habla H. Preuss, en las deliberaciones de la Constitución de Weimar, de que ésta —surgida mediante supresión revolucionaria de la antigua Constitución, sin duda alguna— significaba una «reforma constitucional» de la última. «Lo que nosotros nos proponemos es una reforma constitucional motivada por cierta circunstancia y mediante determinados acontecimientos» (*Prot.*, pág. 28). Esta declaración es chocante en boca de un destacado maestro de Derecho político y de un singular conocedor del Derecho constitucional democrático. Se explica por la idea, no formulada con claridad, sin embargo, de que ya el anterior Imperio alemán descansaba en la voluntad del pueblo alemán y, por tanto, en su Poder constituyente. La nueva Constitución llevaría adelante ese permanente *mínimum*. Anschütz (*Komm.*, pág. 3) dice: «La revolución no ha destruido el Reich, sino sólo reformado su Constitución.» Tampoco esto se explica, si se estima jurídicamente exacto, más que por la permanencia del Poder constituyente del pueblo alemán. Sin embargo, hubiera sido más exacto hablar de abolición que de reforma de la Constitución (comp. abajo, § 11, I, pág. 115).

II. *Continuidad del Estado en el caso de abolición y quebrantamiento de la Constitución mientras subsista, idéntico, el Poder constituyente.*

1. Una Constitución que surgió como acto del Poder constituyente deriva de este Poder, y por eso no puede portar en sí misma la continuidad de la unidad política. Aún menos pueden producir tal continuidad normaciones legal-constitucionales que se apoyan en el basamento de esta Constitución, y sólo significan la ejecución de la decisión política fundadora. La unidad política como un todo puede seguir subsistiendo a pesar

de las reformas y cambios de Constitución. Si una Constitución es suprimida o una ley constitucional quebrantada, eso es siempre anticonstitucional o contrario a la ley constitucional, pues ésta no puede violarse a sí misma o suprimirse por su propia fuerza. Pero el Poder constituyente no se suprime con eso. Se hace activo de nuevo frente a la nueva situación; así, pues, la nueva Constitución es emanación del mismo Poder constituyente que la anterior Constitución suprimida, y se apoya en el mismo principio. La continuidad está entonces en el basamento común, y no puede plantearse el problema de la continuidad del Estado, ni desde el punto de vista del Derecho internacional, ni desde el del Derecho estatal.

En las revoluciones francesas y golpes de Estado de 1848, 1851, 1852 y 1870, ocurrió un cambio constitucional con quebrantamiento o supresión de las Constituciones existentes hasta el momento, pero con mantenimiento y reconocimiento del Poder constituyente del pueblo francés. No surgió aquí el problema de una discontinuidad del Estado francés.

2. El que en este caso no quede suprimida, desde el punto de vista del Derecho internacional, esto es, en relación con otros Estados, la continuidad de la unidad política, es un hecho generalmente reconocido.

Desde el punto de vista del Derecho estatal se deduce de esta continuidad que las anteriores leyes y ordenanzas siguen en vigor sin más, es decir, sin un especial acto de recepción, en tanto no contradigan a la nueva regulación. Incluso determinaciones contenidas en Constituciones anteriores pueden seguir en vigor, si bien como simples leyes.

Así, continúa en vigor la determinación del artículo 75 de la Constitución francesa del año VIII (1799) sobre la anuencia del Gobierno para la persecución judicial de funcionarios de la Administración, a pesar de todas las supresiones y quebrantamientos constitucionales sobrevenidos entre tanto; sobre esto, Esmein-Nézard, páginas 580-81. En las Constituciones alemanas de la Monarquía constitucional, nacidas a consecuencia de la revolución de 1848, se da una continuidad sobre la base del principio monárquico. También aquí siguen valiendo, por eso, las anteriores leyes, órdenes de gabinete, etc., sin recepción especial.

Sobre la continuidad del Reich alemán en la revolución de noviembre de 1918 y después de la Constitución de Weimar, comp. abajo, III, 2.

III. El problema de la continuidad en caso de cambio del sujeto del Poder constituyente (destrucción de la Constitución).

1. En vías revolucionarias puede ser suprimida, no sólo la legislación constitucional y la Constitución, sino también la especie de Poder constituyente que existía hasta entonces, y, por tanto, el fundamento de la Constitución hasta entonces existente. Mediante una revolución democrática, por ejemplo, puede ser suprimido el Poder constituyente del monarca, y mediante un golpe de Estado o una revolución monárquica, el Poder constituyente del pueblo. Aquí tenemos un cambio del Poder constituyente y una completa destrucción de la Constitución.

Ejemplos: 1789 y 1793 en Francia (supresión de la Monarquía absoluta del rey); 1917-18 en Rusia (supresión de la Monarquía zarista).

En tales revoluciones fue impugnada por los nuevos Gobiernos en dos importantes casos la continuidad de la unidad política, tanto desde el punto de vista estatal como desde el internacional.

El gobierno jacobino de 1793 representó el punto de vista de que un pueblo libre no necesita pagar las deudas que un «tiempo» (el anterior gobierno monárquico) ha contraído. En mayo de 1922 invocó el gobierno soviético ruso, durante la conferencia de Génova, este precedente para negarse a pagar las deudas de la Rusia zarista. En el gran complejo de esa cuestión del cumplimiento de las obligaciones de los antiguos gobiernos rusos interesa sólo aquel argumento que se apoya en que no debe haber continuidad ninguna en el caso de cambio del Poder constituyente. Los dos casos, 1793 y 1917, fueron los únicos ejemplos en que se impugnó la continuidad.

Pero corresponde precisamente a la lógica de una Constitución democrática el aceptar también en tales casos una continuidad. Pues la doctrina democrática no conoce consecuentemente otra Constitución legítima que la que se apoye en el Poder constituyente del pueblo. Por eso, es posible referir a la voluntad expresa o tácita del pueblo toda Constitución que haya regido, cualquiera que sea la clase de gobierno, es decir, la forma del ejercicio de esta voluntad. En otro caso, según esta doctrina, no hay Estado ni unidad política, sino un absurdo aparato de Poder, un sistema de despotismo y tiranía.

Esta es la teoría del *Contrat social* de Rousseau. En realidad, no habla expresamente de un poder del Pueblo, especial y específicamente constituyente, pero sí de *lois politiques* o *lois fondamentales*, que regulan las relaciones del soberano (pueblo) con el gobierno (lib. II, cap. 12). Estas leyes son leyes constitucionales, y como tales, relativas, esto es, derivadas y limitadas en principio; se apoyan en la voluntad soberana del pueblo; mediante ellas puede fundarse una forma de gobierno monárquica, aristocrática, o democrática, pero el pueblo sigue siendo siempre soberano. Incluso la Monarquía más absoluta sería, sólo, forma de gobierno, dependiente de la voluntad soberana del pueblo.

2. Continuidad del Reich alemán 1918/19. Cuando un Estado des-cansa sobre una base nacional y el pueblo tiene una voluntad consciente de existencia política a base de esa unidad nacional, es siempre posible considerar esa voluntad como la base adecuada de toda Constitución del Estado. Aquí puede encontrarse con facilidad una correspondiente construcción del Poder constituyente del pueblo. El Imperio alemán de la Constitución de 1871 puede ser considerado como un Estado que se apoyaba en la voluntad nacional del pueblo. No era sólo una federación de los Estados-miembros, sino, como acertadamente dice Anschütz (*Kommentar*, página 2), «ante todo, también el Estado alemán como Estado total, como comunidad nacional». El pueblo alemán tenía en todo caso la voluntad de

unidad política sobre base nacional cuando todavía no tenía la voluntad de abolir el principio monárquico y darse a sí mismo, exclusivamente por virtud de propia decisión política, una Constitución. Que la situación constitucional tal como existió desde 1871 tenía el asentimiento del pueblo alemán no ofrece duda después de la aclamación de la guerra de 1870 y de la fundación del Imperio de 1871; además (comp. arriba, § 6, pág. 76), esta Constitución fue pactada con un Reichstag elegido por el pueblo alemán. Aquí, pues, la correspondiente construcción de un Parlamento democrático no es una ficción, aun cuando no fuera reconocido en modo alguno el Poder constituyente del pueblo alemán en la Constitución de 1871, y en las Monarquías constitucionales de los distintos Estados se diera como supuesto en realidad el principio monárquico. Esta voluntad de unidad política sobre base nacional del pueblo alemán subsiste después de noviembre de 1918 y alcanza a establecer una continuidad de base democrática del Reich alemán de la Constitución de Weimar, 1919, con el de la Constitución de 1871.

La cuestión es una de las que suelen disputarse en la literatura jurídico-política de la Constitución de Weimar, si bien las consecuencias prácticas de las distintas respuestas no son muy diversas, ni desde el punto de vista del Derecho internacional, pues el traspaso de las obligaciones internacionales del viejo al nuevo Reich no fue discutido, ni desde el punto de vista del Derecho estatal, pues por la ley transitoria de 4 de marzo de 1919 se ordenó expresamente la continuidad del Derecho interno. La literatura de esta polémica está comprendida en Anschütz, *Komm.*, págs. 8, 9; Stier-Somlo, *Grundriss* (1924), I, págs. 52 y sigs.

a) De las distinciones hechas entre Constitución, ley constitucional y Poder constituyente se deduce que la abolición revolucionaria de la Constitución de 1871 no es, en sí misma, fundamento para negar la continuidad. En todo caso, es inexacto decir: toda discontinuidad «jurídica» (de las leyes constitucionales) lleva en sí una cesación de la identidad de la unidad política. Las leyes constitucionales valen sólo a base y en el marco de la Constitución en sentido positivo; y ésta, sólo a base de la voluntad del Poder constituyente. Dentro de estas tres categorías puede darse una discontinuidad, sin que de aquí se siga una discontinuidad del Estado. Si, como arriba se expuso, es ilícito juzgar de la legitimidad de una nueva Constitución por las normas de las leyes constitucionales derogadas, es igualmente inexacto negar la continuidad del Reich alemán de la Constitución de Weimar porque ésta no ha surgido como «ley de reforma de la Constitución», observando el artículo 78 de la derogada.

Inexacto por eso: F. Sander, *Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung*, *Zeitschr. f. öffentliches Recht*, I, 1919, págs. 132 y sigs.; Rauschenberger, *Staatsstreik und Revolution*, 1920, págs. 13 y sigs.; Stier-Somlo, *Grundriss*, I, páginas 53-55.

b) Es de observar que cuando se deriva una discontinuidad, ha de producirse una «ruptura consciente con el pasado». El valor de ese argumento consiste en que remite al cambio del Poder constituyente. La anterior situación constitucional descansaba en el principio monárquico; la nueva, en el Poder constituyente del pueblo alemán. No se da, pues, tan sólo una abolición de leyes constitucionales y un cambio de Constitución, sino también un cambio del Poder constituyente.

c) Viene ahora un otro momento que destaca, con mayor vigor aún, el cambio del Poder constituyente. No sólo se introduce un nuevo sujeto del Poder constituyente, sino que, además, se pone en el lugar de la anterior Constitución federal, que como tal descansaba en el convenio de los Estados federados, una Constitución establecida mediante acto unilateral de todo el pueblo alemán.

Los distintos puntos de vista de b) y c) se encuentran unidos en los siguientes autores, la mayor parte de las veces, no obstante, sin especial interés por la esencia del Poder constituyente y sin la necesaria distinción entre Constitución y ley constitucional, pero siempre con el resultado de una discontinuidad entre viejo y nuevo Reich: Kahl, en la sesión de la comisión de 5 de marzo de 1919, *Prot.*, pág. 23, y en el artículo *Die drei Reiche*, Homenaje a O. Liebmann, 1920, págs. 79 y sigs.; Nawiasky, *Bayer. Verfassung*, pág. 66; Wittmayer, *Weimarer Verfassung*, pág. 4; Giese, *Komm.*, página 16.

Esta fundamentación hubiera sido certera, de estar resuelta sin lugar a dudas la cuestión del Poder constituyente en la anterior situación constitucional, y de no haber sido ya el Imperio alemán de la Constitución de 1871 una forma de la unidad nacional del pueblo alemán. Pero, así, es posible que en la nueva Constitución, democrática, se considere único punto de vista adecuado el de que hay una continuidad del Pueblo alemán y de su voluntad de unidad política sobre base nacional. Por eso hay que contestar afirmativamente a la cuestión de la continuidad. El pueblo alemán no quiere negar con la Constitución de Weimar su identidad con el pueblo alemán de la Constitución de 1871; quiere renovar su Reich, como se dice en el preámbulo de la Constitución de Weimar, pero no fundar un nuevo Reich. Precisamente por ser una Constitución democrática, no funda la nueva un nuevo Estado alemán. Significa sólo que un pueblo que creía hasta ahora no poder existir políticamente a base del principio monárquico, cuando desaparece políticamente ese principio, continuó su existencia por virtud de propia decisión política, mediante una Constitución que se da a sí mismo.

En la historia de la elaboración de la Constitución de Weimar aparece esto del modo más vigoroso en las manifestaciones de F. Naumann y H. Preuss (*Prot.*, páginas 24-25). Preuss había incluso sólo de simple reforma constitucional (comp. arriba, § 10, I, pág. 109), además, K. Beyerle (*Prot.*, pág. 25): «Continuamos el viejo Reich.» E. Vermeil, *La Constitución de Weimar*, Estrasburgo, 1923, págs. 66, 273, alaba a Wittmayer, es cierto, por el buen sentido democrático demostrado con su tesis de la

discontinuidad, pero está obligado a consignar que precisamente también los demócratas quisieron en Weimar la continuidad.

IV. *Distinción del Poder constituyente del pueblo, respecto de todo Poder constituido, es decir, legal-constitucional.*

1. Todo lo que se verifica en regulación legal-constitucional a base de la Constitución, y en el marco de las competencias constitucionales a base de la regulación legal-constitucional, es, en esencia, de naturaleza distinta a un acto del Poder constituyente. Ni aun las facultades y competencias constitucionales del «pueblo», esto es, de los ciudadanos con derecho a voto, por ejemplo: elección del Presidente del Reich, según el art. 41, C. a.; elección del Reichstag, según el art. 20, C. a.; referéndum, según el art. 73, C. a., son facultades del pueblo soberano que se da una Constitución y realiza actos del Poder constituyente; son competencias dentro del marco de la Constitución dada.

Sería por eso inadmisibles, mientras la Constitución de Weimar permaneciera en vigor, sancionar sencillamente por un referéndum, según el artículo 73, C. a., cualquier quebrantamiento de las leyes constitucionales. El pueblo tiene sólo facultades legal-constitucionales, según el art. 73, y no más altas que las del Reichstag. Tampoco éste le está subordinado. Una ley surgida en vías del referéndum del art. 73, C. a., puede ser derogada por una ley surgida mediante simple acuerdo mayoritario del Reichstag (Anschütz, *Komm.*, pág. 224), etc.

2. Es especialmente inexacto caracterizar como Poder constituyente, o *pouvoir constituant*, la facultad, atribuida y regulada sobre la base de una ley constitucional, de cambiar, es decir, de revisar determinaciones legal-constitucionales. También la facultad de reformar o revisar leyes constitucionales (por ejemplo, según el art. 76, C. a.) es, como toda facultad constitucional, una competencia legalmente regulada, es decir, limitada en principio. No puede sobrepasar el marco de la regulación legal-constitucional en que descansa.

Comp. abajo, § 11, II, pág. 117. Inexacto por eso el intento de equiparar el *pouvoir constituant* con esta facultad de revisión regulada en ley constitucional, y designarla como «concepto formal» de Constitución o de *pouvoir constituant*. En ello consiste el fundamental error del libro de E. Zweig, *Die Lehre vom pouvoir constituant*, 1909. En el mismo error se basan las explicaciones de W. Hildesheimer, *Über die Revision moderner Staatsverfassungen*, Tübinga, 1918, pág. 75.

3. Esta distinción se da también en Estados donde, como ocurre en Inglaterra, por virtud de la pretendida soberanía del Parlamento inglés, pueden acordarse leyes constitucionales en vías del procedimiento legislativo ordinario. Sería inexacto sostener que Inglaterra pudiera transformarse en una República soviética mediante «simple acuerdo mayoritario del Parlamento».

CONCEPTOS DERIVADOS DEL DE CONSTITUCION

(Reforma constitucional, quebrantamiento de la Constitución, suspensión de la misma, conflicto constitucional, alta traición)

I. *Ojeada.*—Hay que distinguir los siguientes conceptos:

1. *Destrucción de la Constitución:* Supresión de la Constitución existente (y no sólo de una o varias leyes constitucionales), acompañada de la supresión del Poder constituyente en que se basaba (comp. arriba, § 10, III).

2. *Supresión de la Constitución:* Supresión de la Constitución existente, pero conservando el Poder constituyente en que se basaba (cambio de Constitución, golpe de Estado; comp. arriba, § 10, II).

3. *Reforma constitucional (revisión):* Reforma del texto de las leyes constitucionales vigentes hasta el momento; aquí corresponde también la supresión de prescripciones legal-constitucionales aisladas y la recepción de nuevos ordenamientos legal-constitucionales aislados.

La palabra reforma constitucional (revisión) es inexacta, porque no se trata de reformas de la Constitución misma, sino tan sólo de las determinaciones *legal-constitucionales*. Sin embargo, conviene conservar la expresión, por ser usual hoy.

a) Reformas inconstitucionales de la Constitución: reformas constitucionales verificadas sin observancia del procedimiento prescrito legal-constitucionalmente para tales reformas de las leyes constitucionales;

b) reformas constitucionales de la Constitución: reformas de la Constitución con observancia del procedimiento previsto en las leyes constitucionales para tales reformas y revisiones (revisión constitucional en sentido propio).

4. *Quebrantamiento de la Constitución:* Violación de prescripciones legal-constitucionales para uno o varios casos determinados, pero a título excepcional, es decir, bajo el supuesto de que las prescripciones quebran-

tadas siguen inalterables en lo demás, y, por lo tanto, no son ni suprimidas permanentemente, ni colocadas temporalmente fuera de vigor (suspendidas).

A la expresión «quebrantamiento de la Constitución» le ha prestado eficacia práctica en este sentido preciso, para la Administración de Justicia constitucional de la Constitución de Weimar, E. Jacobi en su informe sobre la dictadura del presidente del Reich según el art. 48, C. a., Publicaciones de la unión de profesores alemanes de Derecho político, cuaderno 1, Berlín, 1924, págs. 109, 118.

a) Quebrantamiento inconstitucional de la Constitución: violación a título excepcional de una prescripción legal-constitucional sin atender al procedimiento previsto para las reformas constitucionales.

Ejemplo: Un Presidente de República disuelve un Parlamento incapaz de actuar a causa de su atomización de partidos, aun cuando las prescripciones legal-constitucionales no conozcan esa disolución, o incluso quizá la prohíban expresamente (como el artículo 68 de la Constitución francesa de 4 de noviembre de 1848): el golpe de Estado del Presidente de la República, Luis Napoleón, de 2 de diciembre de 1851.

Otro ejemplo: El período de mandato (diputación) de un Parlamento se prolonga por simple ley para una sola vez, a pesar de la regulación legal-constitucional de la duración de dicho período.

b) Quebrantamiento constitucional de la Constitución: violación a título excepcional de una prescripción legal-constitucional para uno o varios casos concretos, cuando, o bien es permitido dicho quebrantamiento excepcional por una ley constitucional (por ejemplo: art. 44, párrafo 2, C. a.), o bien se observa para ello el procedimiento prescrito para las reformas de la Constitución.

Ejemplo: Prolongación por una sola vez del período de mandato de un Parlamento, observando el procedimiento regulado por ley constitucional para las reformas de la Constitución. O bien: prolongación por una sola vez de la duración del mandato del Presidente del Reich, como la ley de 27 de octubre de 1922 (*Gac. Leg. del Reich*, página 801), hecha en forma de ley de reforma constitucional (según el art. 76, C. a.): «El Presidente del Reich elegido por la Asamblea nacional, ejercerá su cargo hasta el 30 de junio de 1925.»

5. *Suspensión de la Constitución*: Una o varias prescripciones legal-constitucionales son provisionalmente puestas fuera de vigor.

a) Suspensión inconstitucional de la Constitución: las prescripciones legal-constitucionales son puestas fuera de vigor sin que esta suspensión se encuentre prevista en una regulación legal-constitucional, o con desprecio de un procedimiento acaso previsto para realizarla.

b) Suspensión constitucional de la Constitución: las prescripciones constitucionales son provisionalmente puestas fuera de vigor con observancia de las prescripciones legal-constitucionales previstas para una tal suspensión; por ejemplo, según el art. 48, 2, 2, C. a. Se ponen fuera de vigor

uno, varios o todos los siete artículos de derechos fundamentales: 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153, C. a., enumerados ahí.

II. *Reformas legales de la Constitución (revisión constitucional, enmiendas)*.

1. Para una reforma de prescripciones legal-constitucionales prevista y regulada en ley constitucional, pueden ser competentes distintas entidades.

a) Una Asamblea convocada de propósito para ello, y que sólo tiene la misión de acordar dicha reforma constitucional.

Ejemplo: Art. 8 de la ley constitucional francesa de 25 de febrero de 1875: ambas Cámaras legislativas (Cámara de los Diputados y Senado) se reúnen en Asamblea nacional, *assemblée nationale*, cuando hay que revisar una prescripción legal-constitucional. Tal Asamblea nacional llamada a reformar la Constitución debe ser distinguida de una Asamblea nacional constituyente, que se reúne después de una revolución (es decir, después de una destrucción o supresión de la Constitución) y es sujeto de una dictadura soberana.

Artículo V de la Constitución federal americana de 1787: El Congreso (Cámara de Representantes y Senado), cuando los dos tercios de ambas Cámaras tengan por necesaria la propuesta de una reforma constitucional (*Amendment*), o cuando lo propongan los cuerpos legislativos de dos tercios de los Estados, debe convocar una *Convención* para tales proposiciones de reforma. Las reformas constitucionales son posibles cuando las ratifican los cuerpos legislativos de las tres cuartas partes de los Estados o las Convenciones reunidas en las tres cuartas partes de estos Estados (según que el Congreso haya propuesto uno u otro modo de ratificación).

b) Los cuerpos legisladores en vías legislativas (con o sin requisitos de mayor dificultad), pero bajo ratificación de los ciudadanos con derecho a voto, es decir, con referéndum obligatorio.

Constitución federal de la comunidad suiza de 29 de mayo de 1874, art. 118: la Constitución federal puede ser revisada total o parcialmente en todo tiempo. Art. 119: La revisión total de la Constitución federal se tramita como una ley federal. Art. 123: La Constitución federal revisada, y en su caso la parte revisada de la misma, entran en vigor cuando son aceptadas por la mayoría de los ciudadanos que tomen parte en la votación y por la mayoría de los cantones (referéndum, ligado a la ratificación por los cantones).

Sobre el sentido de las palabras «como una ley ordinaria», comp. arriba, § 7, página 82.

c) Los cuerpos legisladores en vía legislativa, sin ratificación obligatoria por referéndum, pero con requisitos de mayor dificultad (como mayoría cualificada, repetición del acuerdo, etc.).

Art. 76, C. a.: «La Constitución puede ser reformada en vía legislativa ordinaria. Sin embargo, solamente pueden adoptarse acuerdos del Reichstag sobre reforma de la Constitución cuando están presentes dos tercios del número legal de sus miembros y votan en pro, al menos, dos tercios de los presentes.» También en el Reichsrat se exige

una mayoría de dos tercios para reformas constitucionales. Ya se dijo que la palabra «Constitución» es inexacta en el texto del art. 76, C. a., y que hubiera sido lo correcto decir «Leyes constitucionales».

d) En una *Constitución federal* puede darse el caso de reforma de las leyes constitucionales en vías de la legislación federal, en lugar de una reforma contractual del pacto federal. Allí donde se da esta posibilidad de reforma de la Constitución federal, la federación se aleja ya de su base federal y evoluciona hacia el Estado unitario. El carácter federal puede ser garantido en este estadio de transición mediante la exigencia de ratificación de una mayoría —simple o cualificada— de los Estados-miembros, o por el hecho de que una minoría pueda impedir la reforma.

Ejemplos: Art. V de la Constitución federal americana de 1787, arriba, en a); artículo 123 de la Constitución federal suiza de 1874, arriba, en b); art. 78, a. C. a.: «Las reformas de la Constitución se tramitan en vía legislativa. Se consideran rechazadas si encuentran en el *Bundesrat* (Consejo federal) 14 votos en contra.» Mediante esta prescripción de la Constitución bismarkiana se establecía en primer lugar una llamada «competencia de competencias» de la Federación, y en segundo lugar se reconocía el derecho de cooperación del Reichstag, y sobre todo su derecho de iniciativa, según el art. 23, a. C. a.; comp. Seydel, *Komm.*, págs. 412-3.

2. Límites de la facultad de reformar la Constitución.

Cuando está regulado en ley constitucional el procedimiento de reforma de la Constitución, se funda con ello una competencia que no se explica por sí misma. La competencia, regulada en ley constitucional, de los cuerpos legisladores para emitir leyes en las vías reguladas también por ley constitucional, es decir, la competencia legislativa ordinaria, no fundamenta por sí sola ninguna competencia para reformar también prescripciones legal-constitucionales, que precisamente son base de la competencia misma. La competencia para reformar la Constitución no es una competencia normal en el sentido de un círculo de actividades regulado y delimitado. Reformar las leyes constitucionales no es una función normal del Estado, como dar leyes, resolver procesos, realizar actos administrativos, etc. Es una facultad extraordinaria. Sin embargo, no ilimitada; pues, al seguir siendo una facultad atribuida en ley constitucional, es, como toda facultad legal-constitucional, limitada y, en tal sentido, «competencia» auténtica. En el marco de una regulación legal-constitucional no pueden darse facultades ilimitadas; toda competencia es limitada. Ni siquiera una «competencia de competencias» puede ser algo ilimitado, si no ha de quedar la expresión desprovista de sentido, y disuelto el concepto. «Competencia de competencias» es, bien entendido, otra cosa que soberanía, con la que ha sido muy confundida en la literatura jurídico-política de la Pleguerra.

La controversia sobre la competencia de competencias del Reich se explica por las singularidades de la estructura de una federación en la que estaban ligados princi-

pios constitucionales federales y unitarios, así como también monárquicos y democráticos (comp. abajo, § 30, pág. 366); Haenel, *Staatsrecht*, págs. 774 y sigs.

Los límites de la facultad de reformar la Constitución resultan del bien entendido concepto de reforma constitucional. Una facultad de «reformar la Constitución», atribuida por una normación legal-constitucional, significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo. La facultad de reformar la Constitución contiene, pues, tan sólo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc.; pero manteniendo la Constitución; no la facultad de dar una nueva Constitución, ni tampoco la de reformar, ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional; algo así como reformar el art. 76, C. a., siguiendo el procedimiento del propio art. 76 para que las reformas de las leyes constitucionales puedan tener lugar por acuerdo de simple mayoría del Reichstag.

a) *Reforma constitucional no es, pues, destrucción de la Constitución* (arriba, I, 1).

Los órganos competentes para acordar una ley de reforma de la Constitución no se convierten en titular o sujeto del Poder constituyente. Tampoco están comisionados para el ejercicio permanente de este Poder constituyente; por tanto, no son una especie de Asamblea nacional constituyente con dictadura soberana, que siempre subsiste en estado de latencia. Una reforma de la Constitución que transforme un Estado basado en el principio monárquico en uno dominado por el Poder constituyente del pueblo, no es en ningún caso constitucional. Cuando ocasionalmente se han suscitado discusiones sobre lo que hubiera procedido «desde el punto de vista jurídico» para transformar, en los comienzos de noviembre de 1918, la vieja Constitución del Imperio en una Democracia moderna por caminos legales, esto no es más que un juego sin sentido, por lo arriba expuesto y, también, por lo que se desprende del concepto justo de reforma constitucional. En vías legales no podía transformarse esta Constitución en una Constitución democrática; la renuncia voluntaria del monarca al principio monárquico hubiera significado sólo una renuncia a la lucha, haciendo posible un cambio *pacífico* del Poder constituyente. Pero no por eso el nuevo sujeto del Poder constituyente se hubiera convertido en sucesor jurídico del monarca, ya que no puede darse en esta esfera una sucesión jurídica. Y lo mismo a la inversa: una Constitución basada en el Poder constituyente del pueblo no puede ser transformada en una Constitución de principio monárquico en vías de una «reforma» o «revisión» de las leyes constitucionales. Eso no sería reforma de la Constitución, sino destrucción de la Constitución.

Si se quisiera volver a introducir la Monarquía con arreglo a la Constitución de Weimar, se requeriría para ello, según los principios democráticos, un acto especial del Poder constituyente del pueblo, sea un acuerdo especial de una Asamblea nacional «constituyente», sea un plebiscito especial, que habría que distinguir del referéndum practicado en el marco de la Constitución de Weimar, a tenor del art. 73. Pero la nueva Monarquía estaría entonces apoyada en el Poder constituyente del pueblo; ya no sería *forma de gobierno* o política (*Staatsform*) y restablecimiento del principio monárquico, sino sólo *forma del Gobierno* (*Regierungsform*). El restablecimiento del principio monárquico sólo podría alcanzarse mediante una destrucción de la Constitución. Para esto, nada tiene que hacer el procedimiento del art. 76, C. a. No puede transformarse el postulado del art. 1.º, párrafo primero, C. a.: «El Reich alemán es una Monarquía hereditaria según el orden sucesorio de la familia Hohenzollern.» Otra cuestión distinta, psicológica, sería la de si el pueblo alemán, cuya exigencia de apariencias legales es tan fuerte como su sentido político, llevaría a cabo una supresión de la Constitución actual en vías del art. 76 antes que una destrucción de la misma intentada en vías de golpe de mano o de la revolución.

b) *Reforma constitucional no es supresión de la Constitución* (arriba, I, 2). Tampoco quedando intacto el Poder constituyente puede establecerse, mediante el art. 76, C. a., en lugar de la decisión política fundamental en que la Constitución (a diferencia de las regulaciones legal-constitucionales) consiste otra decisión política. El sistema de sufragio democrático, por ejemplo, no podría ser sustituido, siguiendo el art. 76, por un sistema de Consejos; los elementos federales contenidos hoy todavía en la Constitución del Reich no pueden ser suprimidos sencillamente, siguiendo el art. 76, de manera que el Reich alemán se convirtiera de golpe, por una «ley de reforma de la Constitución», en un Estado unitario. No sólo política, sino también jurídico-constitucionalmente, es imposible suprimir Baviera, sin más, «en vías del art. 76, C. a.», o declarar a Prusia, contra su voluntad, «zona federal» (*Reichsland — condición jurídica de Alsacia y Lorena en el viejo Imperio*). Tampoco se podría transformar por una «revisión» del art. 1.º, 1, ó 41, C. a., etc., el puesto del Presidente del Reich en el de un Monarca. Las decisiones políticas fundamentales de la Constitución son asuntos propios del Poder constituyente del pueblo alemán y no pertenecen a la competencia de las instancias autorizadas para reformar y revisar las leyes constitucionales. Aquellas reformas dan lugar a un cambio de Constitución; no a una revisión constitucional.

Incluso cuando se habla de una revisión total de la Constitución, hay que observar la distinción antes expuesta y atenerse a los límites de la facultad de revisar que de ella resulta. Considerando rigurosamente las prescripciones legal-constitucionales donde se permite semejante revisión total, cabe advertirlo así, pese a la palabra «total», aun en el propio texto de las leyes constitucionales. La Constitución francesa de 4 de noviembre de 1848 determinaba, por ejemplo, en el art. 111, que la Constitución podría ser reformada (*modifiée*), y, por cierto, «en todo o en parte» (*en tout ou en partie*); regulaba el procedimiento para esta revisión. Ninguna interpretación literal podría prestar aquí a la palabra «en tout» el significado de que en el camino legal de la revisión constitucional hubiera podido darse una Constitución nueva a capricho, acaso una Constitución monárquica de estilo napoleónico. Pues la propia Constitución

de 4 de noviembre de 1848 reconocía en su preámbulo como «definitiva» para Francia la forma de gobierno republicana; declaraba en su art. 1.º que la soberanía reside en la comunidad de los ciudadanos franceses, siendo inalienable e imprescriptible y no pudiendo usurpar su ejercicio ningún individuo ni parte del pueblo, etc. El art. V de la Constitución federal de los *Estados Unidos* prevé enmiendas, pero «ningún Estado puede ser despojado sin su consentimiento de su representación igual en el Senado», de donde se sigue que no puede ser despojado de su existencia autónoma. Según la Constitución federal suiza, art. 118, es posible en todo momento una «revisión total». Fleiner: *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, págs. 396 y sigs., no define con precisión este concepto, y sólo dice que por revisión parcial se entiende «la emisión de un nuevo artículo o la supresión o reforma de uno ya existente de la Constitución federal». Puede ser cuestionable la medida en que la revisión total, según la Constitución federal suiza, puede dar lugar a una Constitución nueva por completo (es decir, a la reforma de la decisión política sobre modo y forma de la existencia estatal), porque la Constitución suiza es puramente democrática y no puede pensarse en serio en una supresión de esta base democrática o de la forma de gobierno democrática, ni aun por una «revisión total».

Si por una expresa prescripción legal-constitucional se prohíbe una cierta reforma de la Constitución, esto no es más que confirmar tal diferencia entre revisión y supresión de la Constitución.

Ejemplo: El art. 2.º de la ley constitucional francesa de 14 de agosto de 1884: «La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de revision.»

Aún más es éste el caso cuando se prohíben expresamente las reformas que vulneren el *espíritu* o los *principios* de la Constitución.

Ejemplo: El § 112 de la Constitución noruega de 17 de mayo de 1814: «Cuando la experiencia muestre que alguna parte de la actual Constitución (*Grundlot*) = *Verfassung*; en la colección francesa de Laferrière-Batbie, pág. 391, «Loi fondamentale»; en una versión oficial que me proporcionó el Dr. Wolgast, «Constitution») del Reino de Noruega necesita ser modificada... (sigue el procedimiento). *Sin embargo, tal reforma (en el citado texto francés, «changement»; en la traducción oficial, «amendement»), no puede nunca contradecir los principios de la presente Constitución; sólo puede modificar determinadas disposiciones, sin cambiar el espíritu de la presente Constitución* («certaines dispositions qui n'en altèrent pas l'esprit»). Comp. sobre esto, Wolgast: *Die richterliche Prüfungszuständigkeit in Norwegen* (*Morgenstierne*, 1922-1923, págs. 330 y sig. El punto de vista dominante en Noruega (*Morgenstierne*) parece aceptar una competencia de comprobación judicial frente a las leyes surgidas con arreglo al § 112. Sobre la reforma constitucional de 1913 (según la cual no pueden acordarse reformas constitucionales por el Parlamento —*Storting*— sin la cooperación del Rey), F. Castberg: *Die verfassungsrechtliche Gesetzgebung in Norwegen in den Jahre 1914-1921*, *Jahrb. ö. R.*, XI, 1922, pág. 227; además, *Morgenstierne*: *Jahrb. ö. R.*, VIII, 1914, páginas 373 y sig., y Erich: *Studien über das Wesen und die Zukunft der monarchischen Staatsform*, *Blätter für vergl. Rechtswissenschaft*, 1918, Sp. 184 y sigs. Por lo que afecta a una prescripción como aquella del § 112, es también claro que ella misma no puede ser suprimida siguiendo el procedimiento de reforma constitucional.

Hasta ahora no se ha tratado en la Teoría constitucional la cuestión de los límites de la facultad de reformar o revisar la Constitución. Una excepción digna de nota es el artículo de William L. Marbury, *Harvard Law Review*, 33, 1919/20, págs. 223 y sigs.: *The limitation upon the amending Power*. Aquí se dice, con razón, que la facultad de reformar y de completar la Constitución no puede ser ilimitada, y no autoriza a suprimir la Constitución misma.

El autor de este escrito se remite al art. V de la Constitución federal americana, que contiene ya un límite a la facultad de revisión por cuanto que ningún Estado puede ser despojado sin su asentimiento de su derecho a representación igual en el Senado. El escrito tuvo el designio práctico de dar ocasión a que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos enjuiciara la admisibilidad de la Enmienda XVIII de 1919 (prohibición de la fabricación, venta, expedición, importación y exportación de bebidas alcohólicas). Esta reforma constitucional se había tramitado en el procedimiento prescrito para tales reformas; comprobar su validez significaba, pues, fijar los límites objetivos de la facultad de reformar la Constitución. Pero el Tribunal Supremo no emprendió dicha comprobación, y aquel escrito no alcanzó su finalidad. Pero no por eso puede decirse que el intento se malograra y careciera de significado. Antes bien, dejó planteada la cuestión ante el Tribunal; comp. la exposición en Eduard Lambert: *Le gouvernement des juges*, París, 1921, págs. 112 y sigs. El pensamiento capital del escrito —que la facultad de reformar el texto, concedida por la Constitución, es limitada en principio, y la Constitución misma, como fundamento, debe ser intangible, y que es un abuso de la competencia para introducir enmiendas el emitir según el procedimiento especial leyes ordinarias, asegurándolas así contra las reformas— es exacto en todo caso, y mostrará, tarde o temprano, su significación práctica.

c) *Reforma constitucional no es quebrantamiento de la Constitución* (arriba, I, 4). En un quebrantamiento de la Constitución no se reforma la normación legal-constitucional, sino que se adopta sólo en un caso particular —quedando subsistente su validez, por lo demás, y en general— una disposición que la desvía. No sólo no se emprende una reforma de la ley constitucional, sino que precisamente se da por supuesto que ésta sigue valiendo, inalterada. Tales quebrantamientos son, por su naturaleza, medidas; no son normas y, por eso, tampoco leyes en el sentido jurídico-político de la palabra, ni, en consecuencia, leyes constitucionales. Su necesidad resulta de la situación especial de un caso concreto, de una coyuntura anormal imprevista. Cuando se adoptan tales quebrantamientos y medidas en interés de la existencia política del todo, se muestra con ello la supremacía de lo existencial sobre la simple normatividad. Quien está facultado y en condiciones de realizar tales actuaciones, obra soberanamente. Por eso en la Historia del Derecho la cuestión de la soberanía y del «absolutismo» ha sido, desde el siglo XVI, la cuestión del quebrantamiento del orden legítimo existente. El Príncipe estaba *legibus solutus*, es decir, facultado y en condiciones de adoptar, sin que se lo impidieran los límites de leyes y tratados en vigor, las medidas exigibles, según la situación de las cosas, en interés de la existencia política. Gierke (*Althusius*, pág. 281) dice sobre esto: «Naturalmente, se estaba conforme en que el legislador podía reformar y supri-

mir normas, en la misma medida que establecerlas. Sin embargo, desde comienzos del siglo XVI se suscita una viva controversia, acerca de si el legislador mismo está ligado o no a sus propias leyes o a las de sus predecesores en tanto que no hayan sido derogadas.» El legislador sólo puede, como tal, dar leyes, no quebrantarlas. Esto no cuenta para el Legislativo, sino para el soberano; significa la supremacía existencial sobre la normación. También para el moderno Estado de Derecho estos quebrantamientos ofrecen el criterio de la soberanía. La dificultad estriba aquí en que el Estado burgués de Derecho parte de la idea de que el ejercicio todo de todo el poder estatal puede ser comprendido y delimitado sin residuo en leyes escritas, con lo que ya no cabe ninguna conducta política de ningún sujeto —sea el Monarca absoluto, sea el pueblo políticamente consciente—; ya no cabe una soberanía, sino que han de ponerse en pie ficciones de distintas especies; así, ya no habrá soberanía, o, lo que es igual, la «Constitución» —más exacto: las normaciones legal-constitucionales— será soberana, etc. (comp. arriba, § 1, II, pág. 33). Pero, en realidad, son precisamente las decisiones políticas esenciales las que escapan de los contornos normativos. Entonces la ficción de la normatividad absoluta no presenta otro resultado que el de dejar en la sombra una cuestión tan fundamental como la de la soberanía. Y para los inevitables actos de soberanía se desarrolla un método de *actos apócrifos de soberanía*.

Las instancias competentes para una revisión constitucional no resultan soberanas por razón de tal competencia; esto se comprende por las anteriores explicaciones. Ni tampoco se convierten en titular o sujeto del Poder constituyente. Es igualmente imposible caracterizar como «soberano» al «procedimiento» como tal, pues con ello se crearía una nueva personificación ficticia, sin aclarar nada. Desde otro punto de vista, habría que suponer facultado al legislador para quebrantar la ley, y al legislador autorizado a reformar la Constitución, para quebrantar las prescripciones contenidas en ley constitucional. Cuando, por la necesidad política, son del caso tales quebrantamientos, se manifiesta el respeto a la Constitución en la observancia del procedimiento de reforma, sin que haya verdadera reforma del texto de la ley constitucional. En tanto que no se abuse de él, puede aceptarse que este método no contradice al espíritu de la Constitución. «Es predominantemente aceptado —como ya lo era antes de la Revolución— en concepto de procedimiento no correcto en verdad, pero tampoco precisamente inconstitucional» —según la atinada frase de Carlos Bilfinger (*AöR*, 11, 1926, pág. 174)—. También bajo la nueva Constitución se ha desarrollado una constante práctica de quebrantamiento que, en definitiva, encuentra su expresión también en la forma técnica de las leyes «de reforma de la Constitución» («previa comprobación de que se han llenado los requisitos exigidos para las leyes de reforma»). (Al mismo resultado llega H. Triepel, 33.^a Dieta de Juristas alemanes, 1924, *Verhandlungen*, pág. 48.) A pesar de eso, sería inexacto creer que toda inconstitucionalidad arbitraria podría ser admisible y quedar purificada por el camino de una ley de reforma constitucional —así, pues, en el Reich alemán, según el art. 76 de la Cons-

titudin de Weimar—, o que se ganaría algo en este punto con exigir una expresa reforma del *texto* de la ley constitucional y prohibir los quebrantamientos «tácitos» (comp. las Disertaciones —*Verhandlungen*— de la 33.ª Dieta de Juristas alemanes, 1924, sobre todo la ponencia del conde Dohna). Antes bien, es preciso tener consciencia de la distinción entre leyes de reforma de la Constitución y puros actos de soberanía, y no olvidar que, en la práctica de la Constitución de Weimar, el procedimiento del art. 76 sirve a dos fines completamente distintos: primero, como procedimiento de revisión de las leyes constitucionales, y segundo, para hacer posibles los actos apócrifos de soberanía.

La práctica del art. 76, C. a., ha llevado hasta hoy a emitir, sin distinción alguna, disposiciones que quebrantaban prescripciones legal-constitucionales en la forma de leyes de reforma de la Constitución, según el artículo 76, C. a. El sentimiento de la trascendencia política y jurídico-constitucional de esta práctica no parece ser muy vivo en los políticos responsables, y es comprensible que protestaran contra ello destacados maestros de Derecho político, como Hugo Preuss (*DJZ.*, 1924, Sp. 653) y H. Triepel (*DJZ.*, 1926, Sp. 845). Hubiera sido, sin duda, un acto de soberanía por encima del límite de lo usualmente admitido el que, por medio de una ley de reforma constitucional, se hubiera excluido para determinado asunto la iniciativa prevista en el art. 73, como intentó el Gobierno del Reich en la cuestión de la revalorización con el proyecto de una llamada ley de «yugulación» o «guillotina» (*Abdrosselung*) (Triepel, *DJZ.*, 1926, Sp. 845; C. Schmitt, *Volksentscheid und Volksbegehren*, 1927, pág. 17). Por el contrario, sería admisible, en vías del art. 76, C. a., una ley, por ejemplo, de interdicción de procesos pendientes de cierta especie; por ejemplo: los procesos sobre los bienes de las antiguas familias reinantes en Alemania; no hay que olvidar que, como ya se ha dicho, se trata aquí de un acto de soberanía apócrifo.

d) *Reforma constitucional no es suspensión de la Constitución* (arriba, I, 5). Con frecuencia se designa indebidamente la temporal suspensión de varias o todas las prescripciones de la ley constitucional, como suspensión «de la Constitución». La Constitución en sentido propio, esto es, las decisiones políticas fundamentales sobre la forma de existencia de un pueblo, no pueden, claro está, perder temporalmente su vigor, pero sí —y por cierto en interés de que subsistan esas decisiones políticas— las normaciones generales contenidas en ley constitucional y surgidas para llevar a ejecución tales decisiones. En especial, están sometidas a suspensión temporal las normaciones, típicas del Estado de Derecho, dirigidas a proteger la libertad burguesa. De ellas no se desprende propiamente, según mostraremos después, el principio de una forma de existencia *política* en sentido propio, sino que tan sólo contienen límites a la actividad política; tienen que aparecer, por eso, como un obstáculo de la autodefensa del Estado en los momentos de peligro para la forma de existencia política. En las perturbaciones de la seguridad y orden públicos, en tiempos de peligro, como guerra e insurrección, se suspenden esas limitaciones legal-constitucionales. Tanto

las normas contenidas en ley constitucional como las contenidas en ley ordinaria para la protección de la libertad burguesa, no sólo son quebrantadas en el caso concreto, sino, incluso, puestas fuera de vigor por un cierto tiempo, de tal manera que el freno a la actuación política en que consiste su propia finalidad y contenido, desaparece para ese tiempo.

En tales casos, se muestra con la mayor claridad que el moderno Estado constitucional está, por su estructura, integrado de dos elementos distintos: de una serie de *frenos*, característicos del Estado burgués de Derecho, frente al Poder público, y de un sistema —sea monárquico, sea democrático— de *actividad política*. Los representantes liberales del Estado burgués de Derecho ignoraron este problema y abominaron con desconfianza del estado de excepción, estado de guerra, estado de sitio, etc., cuando no se conformaban con mostrar el ejemplo de Inglaterra, país modelo de la libertad burguesa —donde, por lo demás, también se suspende en caso de tumultos el acta de Habeas Corpus de 27 de mayo de 1679—. La Constitución federal americana de 1787 prevé en el art. I, sec. IX, 2, la posibilidad de una suspensión del acta de Habeas Corpus. El primer ejemplo de suspensión de una «Constitución» lo ofrece la Constitución francesa del 22 Frimario VIII (Constitución consular de 13 de diciembre de 1799): según el art. 92 puede suspenderse la Constitución para todos los sitios en que amenacen la seguridad del Estado sublevaciones a mano armada; se llamaba a esto *suspension de l'empire de la constitution*. Tal modo de expresarse es explicable porque sólo se designaba Constitución al elemento de la misma propio del Estado burgués de Derecho (derechos fundamentales y división de poderes) (comp., arriba, § 4, pág. 58), identificándola con ella. Esto explica también el art. 130 de la Constitución belga de 1931: *La Constitution ne peut être suspendue en tout ni en partie*.

En el curso del siglo XIX se desarrolla como institución jurídica el llamado estado de sitio, guerra o circunstancias excepcionales; se suspenderán ciertas normas de la ley constitucional, en particular el derecho constitucionalmente garantizado al juez legal, libertad personal, libertad de reunión, de Prensa, etc. La protección contra injerencias de las autoridades estatales en estas esferas de libertad, decae, pues, en un volumen normado en ley. La ley prusiana sobre el estado de sitio, de 4 de junio de 1851, que según el art. 68 de la antigua Constitución imperial vale en caso de guerra para todo el Imperio menos Baviera, enumera en el § 5 los siguientes artículos que, temporalmente y por distritos, pueden ser puestos fuera de vigor: 5.º (libertad personal), 6.º (inviolabilidad del domicilio), 7.º (juez legal), 27, 28 (libertad de opinión y de Prensa), 29 (libertad de reunión), 30 (libertad de asociación), 36 (sofocamiento de los desórdenes internos y aplicación de las leyes por las autoridades civiles y, a su requerimiento, por la fuerza armada).

El art. 48, 2, 2, C. a., prevé la posibilidad de suspender en todo o en parte siete artículos de la Constitución que garantizan derechos fundamentales: 114 (libertad personal), 115 (inviolabilidad del domicilio), 117 (secreto de la correspondencia), 118 (libertad de opinión, sobre todo, de Prensa), 123 (libertad de reunión), 124 (libertad de asociación), 153 (propiedad privada).

La prescripción legal-constitucional suspendida deja de tener validez durante el tiempo de la suspensión. Los frenos y limitaciones de la actividad de las autoridades, implicados en ella, declinan ante toda autoridad competente; ni esas prescripciones legal-constitucionales, ni las normas legales que en ellas se apoyan, forman un límite a su proceder. Así, pues, la sus-

pensión no significa, ni quebrantamiento en caso concreto, puesto que no se vulnera ninguna prescripción legal válida, antes bien, la validez cesa; ni una reforma, pues pasada la suspensión, siempre temporal, vuelve a quedar en vigor, invariable, la prescripción suspendida.

En el art. 48, 2, 1, C. a., se autoriza al Presidente del Reich para adoptar *todas* las *medidas* que juzgue adecuadas para el restablecimiento de la seguridad y orden público. Este postulado contiene la regulación de una dictadura típica, pues a la esencia de ésta corresponde: *a)* que el dictador está autorizado para adoptar medidas a determinar por la situación de las cosas, medidas que no son ni actos legislativos, ni judiciales, ni tampoco son susceptibles de un procedimiento definitivamente regulado; y, además, *b)* que el contenido de la autorización no está circunscrito de antemano según el estado de las cosas, sino que depende del criterio del autorizado. No se da aquí, pues, una normación general y delegación circunscrita según el estado de las cosas; el contenido de las facultades depende tan sólo de lo que el autorizado tenga por conveniente, dada la situación (comp. arriba, § 6, II, 9, *b)*, pág. 78). En el artículo 48, 2, 2, se concede al Presidente del Reich la otra, muy distinta, facultad de suspender, esto es, *poner fuera de vigor*, los siete artículos de derechos fundamentales allí enumerados. Aquella autorización para toda clase de *medidas* exigibles según la situación de las cosas, significa sólo autorización para proceder, *para actuar*, activamente, sin atención a las limitaciones legales; para quebrantar —pero no para poner fuera de vigor— prescripciones legales. La segunda facultad del Presidente del Reich, que sobrepasa la simple facultad de proceder expeditivamente, de poner fuera de vigor prescripciones legales, está limitada a los siete artículos de derechos fundamentales enumerados en la frase 2.

Contra esta interpretación del art. 48, 2, C. a., se dirige una doctrina, expuesta por Richard Grau y defendida con mucha energía y agudeza de juicio, de la «intangibilidad de la Constitución» (*Die Diktatur des Reichspräsidenten*, Berlín, 1923; *Verhandlungen des Deutschen Juristentages*, 1925; *Gedächtnisschrift für Emil Seckel*, 1927, págs. 430 y sigs.). Se apoya en el pensamiento, por entero acertado, de que la Constitución tiene que ser intangible, incluso frente a una amplia dictadura comisoria, pensamiento que, por lo demás, no puede impugnar razonablemente nadie. La cuestión no está en si la Constitución es intangible —lo que resulta evidente—, sino en qué debe entenderse aquí por «Constitución». El punto de vista de R. Grau permanece por entero en la ya discernida confusión, aceptada sin crítica, entre *Constitución* en sentido propio y cualquier prescripción contenida en *ley constitucional*. La dictadura comisoria del Presidente del Reich sirve, según el art. 48, a la finalidad de preservar y defender la *seguridad y orden público*, es decir, la Constitución existente. Protección de la Constitución y protección de cualquier prescripción legal-constitucional, son cosas tan distintas como intangibilidad de la Constitución e intangibilidad de cualquier prescripción legal-constitucional. Si toda prescripción legal-constitucional fuera «intangible», incluso frente a facultades excepcionales, esto tendría por consecuencia sacrificar la protección de la Constitución en un sentido sustancial y positivo a la protección de la ley constitucional en un sentido relativizado y formal. Se cambiaría así la finalidad del art. 48, 2, en su contraria: no la Constitución, sino la prescripción legal-constitucional concreta sería «intangible» y, por tanto, constituiría un obstáculo insuperable para una protección eficaz de la Constitución.

III. *Conflictos constitucionales*. El concepto de conflicto constitucional sólo puede alcanzarse a base de un concepto bien entendido de Cons-

titución. No toda reclamación de un interesado, por causa de cualquier violación de una prescripción legal-constitucional, es un conflicto constitucional en el sentido propio, o, como dice Haenel (pág. 567), en el «sentido eminente» de la palabra.

1. Un conflicto constitucional no es una reclamación constitucional, es decir, un medio jurídico general del individuo a través del cual se confirma, frente a un acto de las autoridades, una violación de derechos protegidos en ley constitucional.

Ejemplo de reclamación constitucional: Constitución federal suiza de 4 de mayo de 1874, art. 113, cif. 3: sobre las «reclamaciones relativas a violación de derechos constitucionales de los ciudadanos» juzga el Tribunal federal. Pero según la ley orgánica de 22 de marzo de 1893, art. 178, cif. 1, puede ser reprimida ante el Tribunal federal con la reclamación del art. 113, sólo una violación de un derecho constitucionalmente protegido, comenzada por un *Cantón* o una autoridad *cantonal* (no federal). Pero, por lo demás, apenas si hay limitación. Todo acto de autoridad, una ley cantonal, una sentencia judicial o un acto administrativo puede ser impugnado por cualquier habitante con capacidad, nacional o extranjero, con la afirmación de que encierra una violación del Derecho objetivo de la Constitución federal o de una Constitución cantonal. También se encuentra protegido el individuo contra la violación de derechos fundamentales (sobre todo, derechos individuales importantes) cuando estos derechos estén garantizados sólo por ley ordinaria. El enjuiciamiento de la reclamación puede hacerse sobre una ley ordinaria. De esta manera, es controlada toda la actividad cantonal por el Tribunal federal. Sobre todo, el tan discutido art. 4.º de la Constitución federal suiza (todos los suizos son iguales ante la ley) ha hecho posible exigir la reposición de un derecho subjetivo del reclamante, vulnerado (*Aktivlegitimation*), sino que se da también el recurso jurídico en defensa del Derecho objetivo (la llamada *Reflexwirkung*), Fleiner, págs. 445/6. Esta reclamación constitucional general se designa como «recurso jurídico-político». No sólo tiene la significación de una protección jurídica del individuo, sino también un sentido jurídico-político, y, por cierto, para el Estado federal. Cuando Fleiner, pág. 443, sostiene que la antes citada limitación de la ley orgánica de 1893 (recurso contra actos cantonales, no federales) es inconstitucional, hay que hacer notar que en esta limitación se muestra la *ratio* específica de la prescripción en el sentido jurídico-político federal.

2. En la doctrina jurídico-política alemana, la palabra «litigio constitucional» debe su sentido especial a dos circunstancias particulares.

a) La estructura de una Constitución *federal* donde no se distingue si se trata de una Confederación o de un Estado federal. La Federación, como tal, tiene un interés político y jurídico-político en los litigios constitucionales surgidos en el seno de un Estado-miembro, interés que es distinto del que existe en las reclamaciones constitucionales y del interés general de inspección. En el desarrollo histórico-jurídico del Derecho político federal alemán, esto ha llevado a instituciones especiales en el curso del siglo XIX. Toda Federación se apoya en el principio de la homogeneidad de sus miembros; en particular, la Constitución de los Estados-miembros necesita presentar un *mínimum* de homogeneidad (comp. abajo, § 29). Por consiguiente, toda Federación tiene unos ciertos derechos de intervención, un

derecho de «mediación», como se llamó en la Federación alemana, mientras que, por el contrario, los Estados-miembros trataban de impedir en lo posible, en interés de su independencia, tal mediación. De aquí resulta una regulación especialmente establecida para los litigios constitucionales en el seno del Estado-miembro; pueden ser resueltos por la mediación de la Federación, por un tribunal arbitral o por Tribunal, o bien en vías de la legislación federal. Un auténtico litigio constitucional en el seno de un Estado-miembro no tiene que interesar desde luego, pero sí bajo ciertos supuestos, a la Federación, convirtiéndose así en un asunto federal. Así se explica que el concepto de litigio constitucional fuera introducido en el Derecho político alemán por un acuerdo de la Asamblea federal alemana de 30 de octubre de 1834.

Mediante este acuerdo federal (protocolos de la Asamblea federal alemana de 1834, páginas 927 y sigs.), se obligan los miembros de la Federación, para el caso de que en un Estado-miembro «surjan equívocos entre el Gobierno y los Estamentos sobre interpretación de la Constitución o sobre los límites de la cooperación concedida a los Estamentos en el ejercicio de ciertos derechos del Monarca —esto es, por denegación de los medios exigibles para ejecutar uno de los deberes federales que corresponden al Gobierno en la Constitución del País—, y una vez intentados sin éxito todos los caminos constitucionales y compatibles con las leyes», a provocar la decisión arbitral de tales litigios antes de intentar la mediación federal; comp. Zachariae: *Das deutsche Bundesrecht*, II, 1854, § 279, pág. 770; G. v. Struve: *Das öffentliche Recht des deutschen Bundes*, II, 1846, pág. 39.

b) La estructura de la *Monarquía constitucional* en Alemania, que representa una situación intermedia entre el principio monárquico y el democrático, y permite tratar al Gobierno y a los Estamentos, al Príncipe y a la Representación popular, dualísticamente, como dos partes colocadas una frente a otra, y cuyas relaciones se regulan por la Constitución. La Constitución puede ser considerada de este modo como un pacto (comp. arriba, § 7, II, 2), cuyas partes son: Gobierno y Representación popular. Los litigios constitucionales entonces se determinan, no sólo por el objeto (la Constitución), sino también por las partes: Gobierno y Representación popular.

No es problema el que el acuerdo federal de 1834 fijara la expresión en un solo sentido, designando tan sólo como litigio constitucional un litigio entre Gobierno y Representación popular. La Constitución del Imperio de 1871 emplea la palabra en el art. 76, 2, con el mismo sentido.

«Los litigios constitucionales, en aquellos Estados federados en cuya Constitución no se determine una autoridad para decidir tales litigios, serán allanados amigablemente a petición de una de las partes por el *Bundesrat* (Consejo federal) o, de no lograrlo, serán llevados para su solución a la Legislación del Imperio.» La práctica del *Bundesrat* se correspondió con el concepto de litigio constitucional basado en la Historia, así como también la opinión dominante de los maestros de Derecho político; comp. Laband: *Staatsrecht*, I, pág. 261; Seydel: *Komm.*, pág. 407; Haenel: *Staatsrecht*, I, pág. 568 (al menos para la regla general; sólo bajo supuestos extraordinarios quiere

darle al ciudadano particular o al miembro de Cuerpos representativos no constituidos, un derecho a plantear litigios constitucionales).

La Constitución de Weimar determina en el art. 19 que los litigios constitucionales en el seno de un país serán decididos por un Tribunal de justicia política (*Staatsgerichtshof*). La erección de este Tribunal ha tenido lugar según la ley del Reich de 9 de julio de 1921 (*Gac. Leg. del Reich*, pág. 905). La determinación del art. 19, C. a., se encuentra por completo dentro de la línea evolutiva del Derecho político federal alemán. No introduce una inspección federal al modo de la reclamación constitucional suiza, sino que presupone el concepto jurídico-alemán de litigio constitucional. En las deliberaciones de la Constitución de Weimar esto aparece inequívocamente (*Prot.*, pág. 411. Zweigert, consejero secreto del Ministerio de Justicia del Reich, contra el punto de vista de Kahl, que designa como litigio constitucional todo litigio cuyo objeto sea la Constitución, aun cuando no tenga lugar entre el Gobierno y la Representación popular.)

3. La interpretación de las palabras «litigios constitucionales» en el artículo 19, C. a., ha conducido ya en la literatura jurídico-política a opiniones que se alejan mucho del proceso histórico de tales palabras.

La concepción histórica en el más riguroso sentido se encuentra representada en una disertación sostenida en Kiel por Dose: *Die Zuständigkeit des Staatsgerichtshofes zur Entscheidung von Verfassungsstreitigkeiten*, 1923. Según una concepción opuesta, todo ciudadano puede ser parte y reclamante: Poetzsch: *Komm.*, pág. 106 («siendo completamente indiferente quien actúe como parte»); el mismo, *AöR.*, 42, págs. 91 y sigs. (pero con reserva para la cuestión de los derechos fundamentales); Anschütz: *Komm.*, pág. 106; Giese: *Komm.*, pág. 101 («así como ciudadano»). Según un tercer punto de vista, sólo los órganos supremos del Estado o partes de ellos deben poder plantear una demanda: W. Jellinek: *Verfassung und Verwaltung (Staatskunde)*, II, 1925, pág. 29). La práctica del Tribunal de Estado del Reich alemán va muy lejos hasta ahora en el reconocimiento de la capacidad para interponer recurso. Se han reconocido, por ejemplo, como partes: fracciones del Landtag contra el Gobierno del País (decisión del Tribunal provisional de Estado de 12 de julio de 1921; comunicada *AöR.*, 42, pág. 79, con observaciones muy valiosas por Poetzsch, y decisión de 21 de noviembre de 1925, *RGZ*, t. 112, pág. 1*); el grupo local de Nassen, que fue antes de nobles del Imperio, contra el Ministerio prusiano, decisión de 10 de mayo de 1924 (*RZG.*, pág. 1*, pág. 5*): «Los reclamantes afirman, pues, tener un derecho de legislación autónoma por lo que se refiere a sus bienes y relaciones de familia, que no descansa sólo en una delegación del poder estatal del País... El litigio sobre existencia y volumen de tal derecho supone un litigio constitucional en el sentido del art. 19 de la Constitución del Reich»; Municipios (*DJZ.*, 1922, sp. 427), etc.

La interpretación histórica tradicional, con su limitación del litigio constitucional a un litigio entre Gobierno y Representación popular, no puede ya subsistir en su antigua simplicidad. Sólo era posible en tanto que podía concebirse la Constitución —con un dualismo característico de la Monarquía constitucional— como un pacto entre Príncipe y Estamentos, Gobierno y Representación popular. En una Constitución democrática pura, dada

por el pueblo en virtud de su Poder constituyente, no son posibles ya tales relaciones de pacto ni, por lo tanto, esos papeles de parte contratante. Por otra parte, es preciso indicar que no todo litigio de cualquiera interesado acerca de cualquier prescripción legal-constitucional debe ser considerado como litigio constitucional, y que también conviene distinguir aquí la Constitución de las distintas prescripciones legal-constitucionales. No ha de darse, pues, una posibilidad ilimitada de acciones populares de toda clase a favor de todo ciudadano, o acaso de todo «ciudadano del mundo». El artículo 19, C. a., no tiene el sentido de que deba confiarse a los ciudadanos en general la defensa de la Constitución.

Ha habido Constituciones que han confiado con toda generalidad la protección y defensa de todos los derechos constitucionales a los ciudadanos. Así, el art. 110 de la Constitución francesa de 14 de noviembre de 1848: «*L'Assemblée nationale confie le dépôt de la présente Constitution et les droits qu'elle consacre, à la garde et au patriotisme de tous les français.*» Cuando al Presidente de la República Luis Napoleón se le reprochó haber vulnerado de modo flagrante, en interés del Papa, los derechos constitucionales de la Representación popular con ocasión de la República romana, una minoría de los partidos de izquierda intentó, en 12 de junio de 1849, llamar a las armas a la población de París invocando ese art. 110 de la Constitución. El intento se malogró de manera especialmente lamentable (sobre esto, Emilio Burgeois y E. Clermont: *Rome et Napoléon*, III, París, 1907, págs. 190/1).

La Constitución de Weimar concede al ciudadano particular un derecho de petición (art. 126, C. a.); ofrece a minorías de ciudadanos la posibilidad de suscitar un referéndum en vías de la iniciativa popular (art. 73, 2) o de introducir un procedimiento de legislación por referéndum (art. 74, 3). Pero no conoce ni una acción popular de carácter general basada en la violación de una ley constitucional, ni un derecho del individuo a la resistencia armada. Del principio de la Democracia no se desprende nada a favor de una facultad general de demandar o de un recurso de reposición a beneficio del individuo.

La inseguridad —la confusión, puede decirse— al delimitar los papeles de parte en los litigios constitucionales tiene como última razón el que la Constitución de Weimar, como toda Constitución moderna, está compuesta de elementos liberales (del Estado de Derecho) y democráticos (políticos) —comp. abajo, § 16—. Una concepción liberal-individualista pura, que menospreciara todos los elementos estructurales político-específicos (sea monárquicos, sea democráticos, sea federales) de la Constitución, daría, si se aplicaba de manera consecuente, una acción jurídica contra el Estado, en cualquier caso de violación de Derecho objetivo, a todo hombre, y no sólo a todo ciudadano. Con esto, el Tribunal de Estado se convertiría en un Tribunal *sobre* el Estado y *contra* el Estado; toda violación de una ley sería también al mismo tiempo una violación de la Constitución. La limitación de los litigios constitucionales dentro de un país se hace entonces ininteligible y tiene que parecer, como dice W. Jellinek (ob. cit., pág. 29)

«raro» que no esté prevista una instancia para decidir los litigios constitucionales en el Reich.

Frente a esto se afirma: «No todo litigio sobre el sentido de un artículo de la Constitución es un litigio constitucional. Depende de los sujetos litigantes» (R. Thoma, *AöR*, 43, pág. 283). Un Tribunal de justicia política para decidir litigios constitucionales, sólo debe decidir sobre aquellos litigios que afecten a la Constitución, pero no a las particularidades de las leyes constitucionales. Como partes de un tal litigio, sólo son de considerar «órganos capitales» de la Constitución (como dice Haenel, pág. 92), es decir, sólo aquellos órganos supremos que existen para la organización y ejecución inmediata de las decisiones políticas en que la Constitución consiste, y sobre todo, como hasta ahora, Parlamento y Gobierno; y junto a ellos, otros órganos supremos, según la peculiaridad de la organización política. Sólo estos órganos capitales pueden vulnerar inmediatamente la Constitución, y sólo entre ellos puede darse un litigio constitucional auténtico. Si la práctica actual del Tribunal de Estado ha extendido más la capacidad para ser parte litigante, y, sobre todo, ha reconocido como parte a minorías de los Landtage, se puede admitir esa extensión como costumbre de Derecho constitucional. Por el contrario, la sentencia de 10 de mayo de 1924 (*RGZ.*, 111, pág. 5*), que trata como parte a un grupo local de antiguos nobles imperiales, va de seguro demasiado lejos.

4. Cuestión distinta es la de en qué medida sea recomendable resolver en un procedimiento de forma judicial las dudas y diferencias de opinión sobre la interpretación de leyes constitucionales. Para decidir tales cuestiones dudosas, sobre todo, la de si una ley o una ordenanza son compatibles con las prescripciones contenidas en la ley constitucional, puede ser previsto un procedimiento especial de forma judicial, en el que decida un Tribunal, que puede designarse «Tribunal de Estado» o también «Tribunal constitucional».

Una ley checoslovaca de 9 de marzo de 1921 determina que un «Tribunal constitucional» decidirá exclusivamente acerca de si una ley o una ordenanza de necesidad contradicen a la Constitución. Un «Tribunal de justicia constitucional» prevé la Constitución federal austríaca de 1.º de octubre de 1920, arts. 139, 140. Para el Reich alemán, comp. las propuestas de Triepel en la 33.ª Dieta de Juristas alemanes, *Disertaciones*, Berlín, 1925, pág. 64; además, W. Jellinek: *Publicaciones de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Político*, 1925, cuad. 2, págs. 38 y sigs., y el proyecto de una ley sobre comprobación de la constitucionalidad de leyes y ordenanzas del Reich, impreso en el artículo de R. Grau, *AöR.*, nueva serie, 11, 1926, págs. 287 y sigs. Según el § 1 de este proyecto, decide el Tribunal de Estado del Reich alemán (en lugar del § 18, núm. 1, de la ley sobre el Tribunal de Estado de 9 de julio de 1921) sobre dudas y divergencias de opinión acerca de si una «prescripción del Derecho del Reich se encuentra en contradicción con la Constitución del Reich». Reichstag, Reichrat o Gobierno del Reich pueden apelar a la decisión del Tribunal de Estado. R. Grau distingue entre un auténtico Tribunal de Estado (que «está llamado, en ejercicio de la independencia judicial, a encauzar el viento y la tormenta en medio de factores políticos») y un Tribunal constitucional, que «ha de resolver en términos generales las

cuestiones de Derecho constitucional, en concepto de *persona de confianza* de la Constitución, y en lugar de otro Tribunal cualquiera».

Para el Reich alemán, podía haberse dispuesto, naturalmente, y por cierto mediante una ley de reforma de la Constitución, que cualesquiera autoridades, asociaciones o ciudadanos particulares tuvieran la posibilidad de provocar la decisión de un Tribunal acerca de si una ley o una ordenanza tropezaba con una determinación de la Ley constitucional de Weimar. En los muchos casos de duda a que dan lugar las prescripciones legal-constitucionales de ese texto, es comprensible recomendar la creación de un Tribunal de interpretación constitucional como hicieron el conde Dohna y H. Triepel en la 33.^a Dieta de Juristas alemanes (1924) y Anschütz y Mende en la 36.^a Dieta de Juristas alemanes (1926). Una pretensión semejante fue suscitada ya, frente a la condición equívoca de las antiguas Constituciones de la Monarquía constitucional, por Rodolfo Gneist (*Der Rechtsstaat*, 1872), como exigencia del Estado de Derecho. Pero semejante Tribunal, con la misión de decidir todos los litigios de interpretación de las leyes constitucionales, sería en realidad una alta instancia política, por cuanto también —y sobre todo— tendría que decidir aquellas dudas y divergencias de opinión que resultan de las singularidades de los compromisos dilatorios (arriba, § 3, III, pág. 52), y por cierto, teniendo que adoptar la decisión objetiva aplazada por el compromiso. Por eso, sería ya hoy inaccesible en el Reich alemán el camino de una ley de reforma constitucional, según el art. 76, C. a., para erigir un Tribunal semejante.

Separar aquí las cuestiones jurídicas de las políticas, y creer que un asunto jurídico-político puede despolitizarse, sería una turbia ficción. Anschütz (*Disertaciones de la Dieta de juristas alemanes*, 1926, Berna, 1927, pág. 13) quiere que se traspase a un Tribunal de Estado para el Reich alemán la decisión de todos los litigios sobre interpretación y aplicación de la Constitución del Reich, pero le parece «cosa clara» que el Tribunal habría de decidir sólo cuestiones jurídicas, en contraposición a cuestiones políticas. «No creo —dice— que en este punto haya que observar ninguna otra cosa.» Temo que, por el contrario, la cuestión comience en este punto. Por eso, en lugar de un Tribunal con su apariencia de formas judiciales, decide con más dignidad una instancia política, algo así como un «Senado», al modo de las Constituciones napoleónicas, que preveían un llamado *Sénat conservateur* para defensa de la Constitución —por ejemplo, título II de la Constitución del año VIII (1799), arts. 15 y sigs.; título VIII del Senado-consulta del año XII (1803), arts. 57 y sigs.; título IV de la Constitución de 14 de enero de 1852, art. 29; art. 26 del Senado-consulta de 14 de marzo de 1867. Si no, existe el peligro de que, en lugar de llevar el Derecho a la política, se lleve la política a la Justicia, socavando su autoridad.

IV. *La Constitución, como objeto de ataque y defensa en el caso de alta traición.* Las determinaciones del Derecho penal sobre la alta traición tienen por objeto en lo esencial la defensa de la Constitución. Las figuras de Derecho penal que constituyen alta traición hablan, ante todo, de un ataque a la «Constitución»; junto a esto, hay otros objetos de ataque, como la persona del príncipe o el territorio del Estado, con significación general.

En un Estado basado sobre el principio monárquico, y en que, por lo tanto, el monarca es, de por sí, un ataque a la Constitución misma. El caso más importante de alta traición, sin embargo, es la llamada alta traición contra la Constitución en sentido estricto, acto que suele delimitarse hoy diciendo que alta traición es una empresa dirigida «a cambiar violentamente la Constitución».

Así, § 81, cif. 2, del Código penal alemán de 1871: «Quien intente cambiar por la violencia la Constitución de la Federación alemana o de uno de los Estados...»; § 86 del proyecto del Reichstag de 1917: «Quien cambie por la fuerza o amenazando con la fuerza la Constitución del Reich o de un País...»; igualmente, § 85 del proyecto del Reichstag de 1926 (comp. la exposición sinóptica de los proyectos de leyes penales alemanas de Leopoldo Schäfer, Mannheim, 1927, págs. 62/3).

En la literatura jurídico-penal para la tipificación de este hecho de «cambiar la Constitución» puede verse que aquí no se puede entender por Constitución toda ley constitucional, y que el llamado concepto formal de Constitución conduce a un verdadero absurdo. Se designan ahí como Constitución sólo las «instituciones fundamentales del Estado» o «los fundamentos de la vida política»; se acentúa con razón que «no todo ataque al documento constitucional, no toda vulneración de un postulado de la Constitución» representa una alta traición contra la Constitución. «La alta traición contra la Constitución es anterior a todo documento constitucional, y nuestras Constituciones contienen postulados de importancia diversa» (Binding). Por eso se encuentran en las prescripciones jurídico-penales antiguas relativas a la alta traición otras tipificaciones del hecho que definen el fenómeno mejor que la equívoca palabra «cambiar la Constitución». El Derecho territorial general de Prusia, por ejemplo, parte II, 27, § 92, modelo de las posteriores prescripciones conceptuales, denomina alta traición a la empresa «dirigida a lograr una *revolución* violenta de la Constitución del Estado». Otras prescripciones jurídico-penales hablan de *suprimir* la Constitución, *derribarla* en todo o en parte o derogar sus *elementos capitales*, etc. También aquí se muestra la necesidad de distinguir la Constitución en sentido positivo y sustancial de las distintas disposiciones legal-constitucionales.

La literatura jurídico-penal es de una sola opinión en este punto: F. van Calker, en la *Exposición comparativa del Derecho penal*, parte especial, 1906, pág. 19; v. Liszt, 20.^a ed., pág. 551; Frank: *Comentario núm. 2 al § 81/2*; sobre todo, K. Binding: *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, parte especial, II, 2, pág. 435; Conde Dohna: *Deutsche Jur. Ztg.*, 1922, sp. 81/82 (sobre el proyecto de una ley de adaptación): «Sólo puede separarse con seguridad la alta traición, como hecho cerrado en sí mismo, de otros ataques no tan cualificados a órganos del Estado, cuando se afirma que en el primer caso necesita estar dirigida la intención a cambiar la *estructura* jurídica del Estado.» Más literatura en la disertación sostenida en Heidelberg por H. Anschütz: *Des Verfassungsbegriff des Tatbestandes des Hochverrats*, 1926, págs. 28 y sigs. (manuscrito). El Tribunal del Reich (*Sachs. Arch.*, III, pág. 366), intenta, con razón, distinguir: «Hay que alejar la idea de que la ley (la ley penal), cuando habla de Constitución, se refiere al documento constitucional; no todas las

determinaciones contenidas en éste pueden ser objeto de una violación de la Constitución. No todo intento de suprimir un órgano constitucional representa un ataque a la Constitución. Antes bien, son objeto de ataque sólo aquellos elementos de la Constitución que forman los *fundamentos de la vida política del Estado*, y éstos, por lo demás, sin que importe que su regulación esté o no contenida precisamente en el documento constitucional.»

Alta traición es, pues, tan sólo, un ataque a la Constitución entendida en el sentido *positivo* que aquí se ha expuesto (§ 3, pág. 45). Cuestión distinta es la de si no resultarán otras diferenciaciones *dentro del hecho típico de la alta traición* a consecuencia de la distinción necesaria entre destrucción y supresión de la Constitución (arriba, pág. 115). Tal como suele definirse el concepto en la teoría y práctica penal de hoy, sólo pueden tener efectividad esas distinciones en el cuadro de la *medida* de las penas. Aquí, por lo demás, aparecen con gran vigor. Pues en una Constitución democrática no es lo mismo, claro está, una empresa dirigida a poner en movimiento el Poder constituyente del pueblo —que en definitiva es una llamada al pueblo, cuyo Poder constituyente puede estar ahogado por un aparato de organizaciones y competencias—, que si se trata de suprimir este Poder constituyente, siendo finalidad de la alta traición restaurar el principio monárquico o establecer una dictadura del proletariado. Igualmente, ha de enjuiciarse de distinto modo en una monarquía el tratar de establecer el principio democrático en lugar del monárquico y el intentar un golpe de Estado al servicio de la política del monarca dentro del marco de la monarquía. La esencia de todas estas distinciones consiste en que un concepto como «Constitución» no puede ser disuelto en normas y normatividades. La unidad política de un pueblo tiene en la Constitución su forma concreta de existencia. Delitos como alta traición o traición al país protegen la existencia política, no las formalidades previstas para revisar la Constitución, ni cualesquiera otras vigencias o normas. En consecuencia, ante hechos como alta traición o traición al país no puede justificarse nunca el ataque a la Constitución a base de que cualquier obligación internacional o norma ponga al Estado o a las autoridades estatales en situación de injusticia. Antes de toda norma, se encuentra la existencia concreta del pueblo políticamente unido.