

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

Sección primera

CONCEPTO DE CONSTITUCION

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* (*Hirths Annalen*, 1922-1923, págs. 330 y sig. El punto de vista dominante en Noruega (*Morgenstjerne*) 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, *Morgenstjerne*: *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, página 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.*, página 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, página 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, página 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.*, página 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.