

En 1928 CARL SCHMITT publicó su **TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN**, ambicioso proyecto para establecer ese campo disciplinario como territorio independiente dotado de una estructura sistemática propia. Hasta ese momento las cuestiones constitucionales habían sido estudiadas, de manera más o menos esporádica o incidental, bien por el Derecho Político, bien por la Teoría General del Estado. MANUEL GARCIA PELAYO afirma en el epílogo a esta nueva edición que el libro no es sólo representativo de la etapa de florecimiento del pensamiento jurídico-político durante la República de Weimar, sino que también abre amplios horizontes a quienes deseen

profundizar en el estudio del Derecho Constitucional — más allá de su pura significación funcional en tanto que conjunto de técnicas frías y elementales— para comprenderlo «como una realidad viva, resultado tanto en sus ideas y en su práctica de un rico decurso histórico, al tiempo que decisión normativamente expresada y articulada sobre la modalidad de la existencia política de un pueblo». La enérgica afirmación de la autonomía de la política frente a cualquier reduccionismo, la distinción entre constitución propiamente dicha y leyes constitucionales, la posición central del concepto de decisión, la dialéctica del Estado burgués de derecho, la doctrina de la representación, la teoría de la soberanía,

la categoría de la garantía institucional, la sólida formación sociológica y la extensa cultura histórica destacan igualmente en las páginas de este innovador texto. Tal y como apuntó FRANCISCO AYALA,¹ traductor y prologoista de la primera edición castellana, publicada en 1934, uno de los grandes méritos del libro es el análisis del Estado constitucional, que aparece en la historia asumiendo el doble papel de heredero y adversario de la monarquía absoluta y que lleva en sí mismo gérmenes de disolución como consecuencia de la ruptura de la homogeneidad nacional y la puesta en marcha del principio democrático.

Carl Schmitt Teoría de la Constitución

Alianza Universidad Textos

Carl Schmitt

Teoría de la Constitución

Presentación de Francisco Ayala

Epílogo de Manuel García-Pelayo

Versión española de Francisco Ayala

Alianza Editorial

Título original:
Verfassungslehre

Primera edición en «Alianza Universidad Textos»: 1982
Segunda reimpresión en «Alianza Universidad Textos»: 1996

© Carl Schmitt
© Alianza Editorial, S.A.: Madrid, 1982, 1992, 1996
Calle Juan Ignacio Luca de Tena, 15, 28027 Madrid; teléf. 3938888
ISBN: 84-206-8057-5
Depósito legal: S. 775-1996
Compuesto en Fernández Ciudad, S. L.
Impreso en Gráficas VARONA
Polígono «El Montalvo», parcela 49
37008 Salamanca
Printed in Spain

INDICE GENERAL

PRESENTACIÓN DE FRANCISCO AYALA	13
PRÓLOGO	21

SECCIÓN PRIMERA

CONCEPTO DE CONSTITUCION

§ 1. CONCEPTO ABSOLUTO DE CONSTITUCIÓN. (<i>La Constitución como un todo unitario.</i>)	29
I. Constitución como situación total de la unidad y ordenación concreta o como forma de gobierno («forma de las formas») o como principio de la formación de la unidad política.—II. Constitución en sentido normativo («norma de las normas»).	
§ 2. CONCEPTO RELATIVO DE CONSTITUCIÓN. (<i>La Constitución como una pluralidad de leyes particulares.</i>)	37
I. Disolución de la Constitución en leyes constitucionales.—II. La Constitución escrita.—III. Reforma dificultada como característica formal de la ley constitucional.	
§ 3. EL CONCEPTO POSITIVO DE CONSTITUCIÓN. (<i>La Constitución como decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política.</i>)	45
I. La Constitución como acto del Poder Constituyente.—II. La Constitución como decisión política. Decisiones de la Constitución	

de Weimar. Significación práctica de la distinción entre Constitución y ley constitucional (reforma constitucional, intangibilidad de la Constitución, derechos fundamentales, conflictos constitucionales, juramento de la Constitución, alta traición).—III. El carácter de compromiso de la Constitución de Weimar; compromiso auténtico y seudocompromiso (compromisos de la escuela y de las Iglesias).

- § 4. CONCEPTO IDEAL DE CONSTITUCIÓN. (*«Constitución», llamada así en un sentido distintivo y a causa de un cierto contenido.*) 58
 I. Pluralidad de los conceptos ideales, sobre todo, Libertad.—
 II. El concepto ideal de la Constitución del Estado burgués de Derecho.—III. Los dos elementos de la Constitución moderna.
- § 5. LA SIGNIFICACIÓN DE LA PALABRA «LEY FUNDAMENTAL», NORMA FUNDAMENTAL O «LEX FUNDAMENTALIS». (*Ojeada panorámica.*) 63
 I. Nueve significaciones de la palabra ley fundamental.—II. Unión de las diversas significaciones.—III. Constitución significa en el presente libro «Constitución en sentido positivo».
- § 6. NACIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN 66
 I. Una Constitución surge por decisión unilateral o convenio plurilateral. II. Ojeada histórica (1. Estado feudal y estamental de la Edad Media, sobre todo, la Magna Carta; 2. El Imperio hasta 1806; 3. El Estado del Príncipe absoluto; 4. La Revolución de 1789; 5. La Restauración monárquica, 1815-1830; 6. La Revolución de julio de 1830; 7. La Monarquía constitucional en Alemania; 8. Confederación de la Alemania del Norte, 1867, e Imperio alemán, 1871; 9. La Constitución de Weimar, 1919).
- § 7. LA CONSTITUCIÓN COMO PACTO. (*El auténtico pacto constitucional.*) 80
 I. Distinción del pacto de Estado o social respecto del pacto constitucional.—II. El pacto constitucional auténtico, como pacto federal. Pactos constitucionales no auténticos, dentro de una unidad política.—III. El pacto constitucional auténtico, como pacto de *status* (crítica del postulado *pacta sunt servanda*).—IV. Constitución y Tratados internacionales.
- § 8. EL PODER CONSTITUYENTE 93
 I. El Poder Constituyente como voluntad política.—II. Sujeto del Poder Constituyente (Dios, Pueblo o Nación, Rey, un grupo organizado).—III. Actuación del Poder Constituyente, y en particular la práctica democrática (Asamblea nacional, Convención, plebiscito).
- § 9. LEGITIMIDAD DE UNA CONSTITUCIÓN 104
 I. Especies de legitimidad.—II. Legitimidad de una Constitución no significa que la Constitución haya surgido con arreglo a prescripciones de leyes constitucionales, antes en vigor.—III. Legitimidad dinástica y democrática.

§ 10. CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA DEL PODER CONSTITUYENTE Y EN PARTICULAR, DEL PODER CONSTITUYENTE DEL PUEBLO 108

I. Permanencia del Poder Constituyente.—II. Continuidad del Estado en caso de supresión y quebrantamiento de la Constitución, siempre que subsista siquiera el mismo Poder Constituyente.—III. El problema de la continuidad, caso de que cambie el sujeto del Poder Constituyente (destrucción de la Constitución) y, sobre todo, continuidad del Reich alemán, 1918/19.—IV. Distinción entre el Poder Constituyente y toda facultad y competencia constituida.

§ 11. CONCEPTOS DERIVADOS DEL DE CONSTITUCIÓN. (*Reforma constitucional, quebrantamiento de la Constitución, suspensión de la misma, conflicto constitucional, alta traición.*) ... 115

I. Ojeada.—II. Reformas de leyes constitucionales practicadas con arreglo a las leyes constitucionales (revisión de la Constitución, enmienda); límites de la facultad de reformar la Constitución; quebrantamiento de la Constitución y actos apócrifos de soberanía; suspensión de la Constitución.—III. Conflictos constitucionales.—IV. La Constitución como objeto de ataque y de protección en el caso de la alta traición.

SECCIÓN II

EL ELEMENTO CARACTERISTICO DEL ESTADO DE DERECHO EN LA CONSTITUCION MODERNA

§ 12. LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO BURGUÉS DE DERECHO 137

I. Distinción del elemento de Estado de Derecho respecto del elemento político de la Constitución moderna; los dos principios del Estado burgués de Derecho: derechos fundamentales (principio de distribución) y distinción de poderes (principio orgánico).—II. El concepto de Estado de Derecho y características particulares (legalidad, justicia administrativa, mensurabilidad de todas las facultades estatales, independencia del juez, forma judicial, problema de la justicia política).

§ 13. EL CONCEPTO DE LEY PROPIO DEL ESTADO DE DERECHO ... 149

I. Derecho y ley en el Estado burgués de Derecho.—II. El llamado concepto formal de ley.—III. El concepto político de ley.—IV. Significación del carácter general de la norma jurídica.

§ 14. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 164

I. Ojeada histórica.—II. Significación histórica y jurídica de la solemne Declaración de Derechos fundamentales.—III. División objetiva de los derechos fundamentales.—IV. Hay que distinguir las garantías institucionales de los derechos fundamentales.—V. Deberes fundamentales sólo pueden ser, en el Estado burgués de Derecho, deberes normados en ley constitucional.—VI. Divi-

sión de los derechos fundamentales en atención a la defensa contra delimitaciones o injerencias.

- § 15. LA DISTINCIÓN (LLAMADA DIVISIÓN) DE PODERES 186
 I. Aparición histórica de la doctrina.—II. Separación y equilibrio de poderes; esquema de su separación rigurosa; esquema de algunos contrapesos.
- § 16. ESTADO BURGUÉS DE DERECHO Y FORMA POLÍTICA 201
 I. La Constitución del Estado burgués de Derecho es siempre una Constitución mixta; las formas políticas se convierten en formas de los poderes diferenciados y divididos (Legislativo, Ejecutivo).—II. Los dos principios político-formales (identidad y representación).—III. Concepto de representación.—IV. La Constitución moderna como unión y mezcla de principios del Estado burgués de Derecho con principios político-formales.

SECCIÓN III

EL ELEMENTO POLITICO DE LA CONSTITUCION MODERNA

- § 17. LA DOCTRINA DE LA DEMOCRACIA. CONCEPTOS FUNDAMENTALES 221
 I. Ojeada sobre algunas determinaciones conceptuales.—II. El concepto de igualdad (igualdad general entre los hombres, igualdad sustancial). Definición de la democracia.
- § 18. EL PUEBLO Y LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA 234
 I. El pueblo, *antes y por encima* de la Constitución.—II. El pueblo, dentro de la Constitución (elecciones y votaciones).—III. El pueblo, junto a la regulación de la ley constitucional (opinión pública).—IV. Ojeada sobre la significación de la palabra «pueblo» para una moderna Teoría de la Constitución.
- § 19. CONSECUENCIAS DEL PRINCIPIO POLÍTICO DE LA DEMOCRACIA 246
 I. Tendencias generales.—II. El ciudadano en la democracia.—III. Las autoridades (métodos democráticos de la determinación de autoridades y funcionarios).
- § 20. APLICACIONES DEL PRINCIPIO POLÍTICO DE LA DEMOCRACIA A LOS DISTINTOS TERRENOS DE LA VIDA DEL ESTADO 252
 I. Democracia y legislación (sobre todo, referéndum e iniciativa popular).—II. Democracia y Gobierno (sobre todo, establecimiento de relaciones directas entre Gobierno y pueblo).—III. Democracia y relación internacional.—IV. Democracia y Administración.—V. Democracia y Justicia.
- § 21. LÍMITES DE LA DEMOCRACIA 268
 I. Límites del principio de identidad.—II. Límites resultantes de la naturaleza del pueblo.—III. Límites en la práctica de la

actual democracia.—IV. Crítica del postulado «la mayoría decide».

§ 22.	2. LA DOCTRINA DE LA MONARQUÍA	274
	I. Fundamentaciones de la Monarquía (teocrática, patriarcal, patrimonial, de funcionarios y cesarista).—II. Significación de las diversas justificaciones de la Monarquía para la Teoría de la Constitución.—III. La posición del Monarca en la Constitución moderna.—IV. El Presidente en una Constitución republicana.	
§ 23.	3. ELEMENTOS ARISTOCRÁTICOS EN LAS CONSTITUCIONES MODERNAS DEL ESTADO BURGUÉS DE DERECHO	284
	I. El principio aristocrático como medio de la distinción de poderes.—II. Idea y justificación del sistema bicameral.—III. Los tipos históricos del sistema bicameral (Cámara Alta, Cámara de Señores, Senado, Cámara de Estados).—IV. Competencia y facultades de la Cámara Alta.	
§ 24.	4. EL SISTEMA PARLAMENTARIO	294
	I. Pluralidad de sentidos de la palabra «parlamentarismo», sobre todo, las cuatro subespecies (sistema presidencial, de Parlamento, de Premier y de Gabinete).—II. Los fundamentos ideales del sistema parlamentario (situación histórica de la burguesía, ilustración y propiedad, discusión pública).—III. Consecuencias de los pensamientos fundamentales del sistema parlamentario (representación, publicidad, discusión).	
§ 25.	OJEADA HISTÓRICA SOBRE EL DESARROLLO DEL SISTEMA PARLAMENTARIO	308
	I. Datos más importantes del proceso histórico en Inglaterra.—II. El proceso en Francia y Bélgica.—III. El proceso en Alemania.	
§ 26.	OJEADA SOBRE LAS POSIBILIDADES FORMALES DEL SISTEMA PARLAMENTARIO	323
	I. Puntos de vista decisivos: coincidencia de Parlamento y Gobierno.—II. Medios para lograr la coincidencia.—III. «Casos» de responsabilidad parlamentaria («casos de Gabinete»).	
§ 27.	EL SISTEMA PARLAMENTARIO DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR	326
	I. La unión de las cuatro subespecies.—II. Ojeada.—III. La práctica del sistema parlamentario de la Constitución de Weimar: 1. La confianza del Reichstag (artículo 54, C. a., 1 y 2); 2. «El canciller fija las directrices de la política», art. 56.	
§ 28.	LA DISOLUCIÓN DEL PARLAMENTO	336
	I. Clases de disolución (monárquica, presidencial, ministerial, autodisolución, disolución por iniciativa popular). El derecho de disolución del Presidente del Reich.	

SECCIÓN IV

TEORIA CONSTITUCIONAL DE LA FEDERACION

§ 29. CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LA FEDERACIÓN	345
I. Ojeada sobre las clases de relaciones y uniones interestatales (<i>comunidad internacional</i> , relaciones particulares, alianza, federación).—II. Consecuencias de la determinación conceptual de la Federación (pacificación, garantía, intervención, ejecución).—III. Las antinomias jurídicas y políticas de la Federación, y cómo se suprimen por el requisito de homogeneidad.	
§ 30. CONSECUENCIAS DE LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LA FEDERACIÓN	360
I. Toda Federación tiene, como tal, una existencia política con un <i>ius belli</i> independiente.—II. Toda Federación es, como tal, sujeto, tanto de Derecho internacional, como de Derecho político.—III. Toda Federación tiene un territorio federal.—IV. Representación federal, instituciones y autoridades federales, competencia federal.—V. Empresas de alta traición contra la Federación.—VI. Democracia y federalismo (en particular, artículo 18, C. a.).	
EPÍLOGO, POR MANUEL GARCÍA-PELAYO	373

El presente trabajo no es ni un comentario, ni una serie de disertaciones monográficas, sino el intento de un sistema. En Alemania tiene hoy la Constitución de Weimar destacados comentarios y monografías, cuyo alto valor en la teoría y la práctica es reconocido, y no necesitan más elogio. Es necesario, empero, afanarse además por erigir también una Teoría de la Constitución y considerar el terreno de la Teoría de la Constitución como rama especial de la Teoría del Derecho público.

Este importante y autónomo sector de la Literatura no ha experimentado cultivo alguno en la generación última. Sus cuestiones y materias fueron discutidas, más o menos esporádica e incidentalmente, bien en el Derecho político, con muy diversos temas del Derecho público, o bien en la Teoría general del Estado. Esto se explica históricamente por la situación del Derecho político en la Monarquía constitucional, quizás también por la peculiaridad de la Constitución de Bismarck, cuya genial concepción reunía sencillez elemental y complicada torpeza; pero, sobre todo, por el sentimiento de seguridad política y social de la Pleguerra. Una cierta concepción del «Positivismo» sirvió para desplazar cuestiones fundamentales de la Teoría constitucional desde el Derecho político hacia la Teoría general del Estado, donde encontraban una situación poco clara entre teorías políticas en general y temas filosóficos, históricos y sociológicos. Sobre esto debe recordarse aquí que también en Francia se ha desarrollado tarde la Teoría de la Constitución. En el año 1835 se creó (para Rossi) una Cátedra de Derecho constitucional en París, que, sin embargo, fue suprimida en 1851 (después del golpe de Estado de Napoleón III). La República creó una nueva Cátedra en 1879; pero todavía en 1885 se quejaba Boutmy (en sus Etudes de Droit constitutionnel) de que la rama más importante del Dere-

cho público estuviere abandonada en Francia y no la enseñase ningún autor reconocido. Hoy encuentra su expresión la singularidad de esta parte del Derecho público en nombres famosos, como Esmein, Duguit, Hauriou... Es de esperar que la consideración científica de la Constitución de Weimar lleve también en Alemania a la formación de una Teoría constitucional, si no impiden trastornos políticos interiores y exteriores el tranquilo y coordinado trabajo. Los escritos de Derecho público de los últimos años, y sobre todo las publicaciones de la Unión Alemana de Profesores de Derecho político, dejan reconocer ya esta tendencia. Si la práctica de una comprobación judicial de la constitucionalidad de las leyes sigue desarrollándose —como es de esperar, dada la actual posición del Tribunal del Reich—, esto conduciría también a ocuparse del aspecto teórico-constitucional de todas las cuestiones jurídicas. Por último, séame dado aducir que también las experiencias que he podido hacer desde 1919 en clases, prácticas y exámenes confirman esta visión de la Teoría constitucional como un territorio independiente del Derecho público, que requiere ser tratado por sí mismo. Ya mismo podría ser, en verdad, Teoría de la Constitución una parte de las lecciones universitarias sobre Teoría general del Estado (Política).

Como aquí sólo ha de proyectarse un sencillo compendio, no es del caso agotar monográficamente las distintas cuestiones del Derecho político y enumerar bibliográficamente la literatura. Tanto en los Comentarios a la Constitución de Weimar de Anschütz y de Giese, como en el compendio de Derecho político del Reich y de los Países, de Stier-Somlo, se encuentran, por lo demás, buenos cuadros de conjunto; de aquí que no sea necesario repetir una enumeración de títulos de libros. En una exposición científica son indispensables, es cierto, citas y compulsaciones. Sin embargo, aquí se han concebido, ante todo, como ejemplos, y deben aclarar la posición de ciertas cuestiones particulares en el sistema de la Teoría constitucional. Se procura siempre, más que nada, una línea clara y comprensible, sistemática. Hay que acentuar que actualmente en Alemania parece faltar la conciencia sistemática, y ya hasta en las colecciones científico-populares (cuya justificación sólo puede consistir en la sistemática más estricta) la Constitución es tratada «en forma de comentario libre», es decir, de notas a los distintos artículos. Frente a los métodos de comentario y glosa, pero también frente a la dispersión en investigaciones monográficas, quiero dar aquí un marco sistemático. Con ello no se contestan todas las cuestiones del Derecho político, ni todas las cuestiones de la Teoría general del Estado. Pero podría significar un esclarecimiento desde ambos lados, en los principios generales como en algunas cuestiones particulares, para desarrollar, en caso de verdadero logro, una Teoría de la Constitución en el sentido que aquí se entiende.

Como cosa principal se presenta la Teoría de la Constitución del Estado burgués de Derecho. En eso no se puede hallar ningún reparo contra el libro, pues esta especie de Estado es todavía hoy el dominante en general, y la Constitución de Weimar corresponde a su tipo. Por eso parece también adecuado remitirse en los ejemplos, ante todo, a los moldes clásicos.

sicos de las Constituciones francesas. Claro que aquel tipo no puede, en manera alguna, elevarse a dogma, ni ser ignorados su condicionamiento histórico y su relatividad política. Corresponde, por el contrario, a los temas de una Teoría de la Constitución el demostrar que muy diversas fórmulas y conceptos tradicionales dependen por entero de situaciones anteriores, y no son ya viejos odres para el vino nuevo, sino sólo etiquetas anticuadas y falsas. Numerosas ideas dogmatizadas del actual Derecho público radican por completo en la mitad del siglo XIX y tienen el sentido (hace tiempo disipado) de servir a una integración. Quiero valorar aquí este concepto fecundamente elaborado para el Derecho político por Rodolfo Smend, con el fin de indicar sencillamente las circunstancias de un suceso: entonces, en el siglo XIX, cuando surgieron las definiciones todavía hoy aportadas de ley y otros importantes conceptos, se trataba de la integración de una cierta clase social, la burguesía instruida y rica, en un cierto Estado que entonces existía, la Monarquía más o menos absoluta. Hoy, con una situación de hecho completamente diferente, aquellas fórmulas pierden su contenido. Se me responderá que también los conceptos y distinciones de mi trabajo dependen de la situación de la época. Pero ya sería una gran ventaja que, al menos, se afirmaran en el presente y no supusieran una situación hace tiempo desaparecida.

Una singular dificultad de la Teoría constitucional del Estado burgués de Derecho consistiría en que el elemento de la Constitución propio de este tipo de Estado se encuentra hoy todavía confundido con la Constitución toda, si bien no puede bastarse a sí mismo, en realidad, sino que concurre con el elemento político. El equiparar —en pura ficción— los principios del Estado burgués de Derecho con la Constitución ha llevado a dejar desatendidos, o desconocer, fenómenos esenciales de la vida constitucional. La manipulación del concepto de soberanía bajo estos métodos de ficciones y desconocimientos es lo que más ha sufrido. En la práctica se desarrolla el empleo de actos apócrifos de soberanía, para los que es característico que autoridades o cargos del Estado, sin ser soberanos, realicen actos de soberanía ocasionalmente y bajo tolerancia tácita. Los casos más importantes se citan en su sitio (págs. 123, 175, 181), a lo largo de la siguiente exposición. Una discusión detallada de este tema correspondería a la Teoría de la soberanía y, por tanto, a la Teoría general del Estado. También las consideraciones acerca de la Teoría de la soberanía de H. Heller (Die Souveränität, Berlín, 1927) afectarían a temas de la Teoría del Estado y deben por eso intentarse en otro orden de estudios. Aquí sólo había que tratar de lo pertinente a la Teoría de la Constitución en sentido propio. La Teoría de las formas de Gobierno en general, así como la Teoría de la Democracia, Monarquía y Aristocracia en particular, debe limitarse, por la misma razón, en el campo de lo ajeno a una Teoría de Constitución (a diferencia de una Teoría del Estado). Por lo demás, ya en esta delimitación se sobrepasa el volumen del libro que la Editorial había previsto.

Durante la impresión aparecieron una serie de escritos y artículos de singular interés para el tema de una Teoría de la Constitución, y cuyo gran número demuestra que cada vez destaca más la Teoría de la Constitución como aspecto específico del Derecho político. Las disertaciones de la Dieta de 1927 de los profesores alemanes de Derecho político son citadas según el informe de A. Hensel en el Archiv des öffentlichen Rechts, t. XIII, nueva serie, págs. 97 y sigs., porque la publicación completa (cuaderno 4 de las publicaciones de la Unión alemana de Profesores de Derecho político, en W. de Gruyter) sólo aparece en diciembre de 1927. Durante la impresión han llegado a mi conocimiento los siguientes trabajos que, al menos, quiero citar aquí: Adolfo Merkel: Allgemeines Verwaltungsrecht (en J. Springer); Walter Jellinek: Verwaltungsrecht (en J. Springer); O. Koellreutter, artículo «Staat», en el Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, editado por Stier-Somlo y A. Elster; los artículos de G. Jèze: «L'entrée au service public» (Revue du Droit Public, XLIV); Carré de Malberg: La Constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875; Berthélemy: «Les lois constitutionnelles devant les juges» (Revue Politique et Parlementaire, CXXX, II/III, y W. Scheuner: «Über die verschiedenen Gestaltungen des parlamentarischen Regierungssystems (Archiv des öffentlichen Rechts, XIII). Para enero de 1928 se anuncia una nueva edición del Kommentar zur Reichsverfassung, de Poetzsch-Heffter (en O. Liebmann); por desgracia, no era posible aportar aún la nueva obra de este destacado jurista. Además, está anunciado un libro de Rodolfo Smend sobre cuestiones de Teoría constitucional. Yo he intentado en mi actual trabajo enfrentarme con sus anteriores publicaciones, y en la confrontación he experimentado la riqueza y honda fecundidad de sus pensamientos. Por eso, lamento de manera singular no conocer y poder valorar la esperada exposición de Teoría constitucional.

Carl SCHMITT

Bonn, diciembre, 1927.

ABREVIATURAS

C. a. = Constitución alemana de 11 de agosto de 1919 (Constitución de Weimar).

a. C. a. = Antigua Constitución alemana del Imperio, de 16 de abril de 1871 (Constitución de Bismarck).

Prot. = Informe y protocolos de la Comisión octava de la Asamblea Nacional Constituyente alemana (Informes, número 21) sobre el proyecto de una Constitución del Reich alemán (Carl Heymanns: *Verlag*, Berlín, 1920).

AöR. = *Archiv des öffentlichen Rechts.*

JöR. = *Jahrbuch des öffentlichen Rechts.*

JW. = *Juristische Wochenschrift.*

Las referencias a obras conocidas (como Anschütz, *Kommentar*; Poetzsch, *Kommentar*; Giese, *Kommentar*; Wittmayer, *Weimarer Reichsverfassung*; Meyer-Anschütz, etcétera), así como las demás citas, no requieren mayor aclaración. L. Duguit, *Manuel de Droit constitutionnel*, se cita ocasionalmente, no según la edición más moderna (1923), sino según la primera (1907), a causa de las exposiciones históricas explicativas.

Sección Primera

CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

§ 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 invariable; 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 aquella 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 funcione 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 *debido*. 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 contrapone 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 ordenationis principatum*). 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 puridad, 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 rients*», 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 Voelkerrechts*, 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 qué 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 a 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,²⁾ 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, *prohibe* 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 a «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 ulteriores 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 ulteriores 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-

riedad 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 valiendo 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 mismo 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 Martín 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 Martín 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 la *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 inessential 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.

§ 4

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 Newhampshire): «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 prescinde 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.

§ 5

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.).