

§ 1.

Concepto absoluto de Constitución.

(La Constitución como un todo unitario.)

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

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

La significación teórico-constitucional de tales acepciones se desprende de la investigación conceptual que sigue; comp. la ojeada sobre las distintas significaciones de *lex fundamentalis*, "norma fundamental" o "ley fundamental", más adelante, § 5, pág. 47.

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 (*πολις*) o de un territorio. La ordenación afecta al dominio en el Estado y a su articulación; por su virtud, hay en él un dominador (*κόρυς*) pero a aquélla le compete la finalidad (*τέλος*) viva de esta ordenación, contenida en la particularidad real de la concreta formación política (*Política*, libro IV, cap. I. 5). Si se suprime esta

Constitución, cesa el Estado; si se funda una Constitución nueva, surge un nuevo Estado. ISÓCRATES (*Areópago*, 14) llama a la Constitución alma de la Polis. (φύχη 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 quieren 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, estado, 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, I, 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 HOBBS (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 al 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 principatumum*). Es 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 a 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 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 del 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. 61). 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. 250). 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 calidades; 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 ("*hors de la Constitution ils ne son rien*", nota 12 al t. I, cap. 6 de la *Démocratie en Amérique*).

La teoría del Estado de H. KELSEN en tantos libros repetida (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, desarrollo de la *Lehre vom Rechtssatz*, 2.ª ed., 1923; *Das Problem des Souveränität aund 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 que y sobre cualquier *ser* político, porque son *justas y razonables* y por eso envuelven un Deber-ser auténtico, independiente de la realidad del Ser, es decir, de la realidad jurídico-positiva. De aquí se deducía una normatividad; aquí se podía hablar de sistema, orden y unidad. En Kelsen, por el contrario, sólo valen las normas *positivas*, es decir, aquellas que *realmente* valen; no valen porque en justicia *deban* valer, sino sólo porque son *positivas*, sin consideración a cualidades como razonabilidad, justicia, etc. Aquí cesa de repente el *deber ser* y desaparece la normatividad; en su lugar aparece la tautología de unos simples hechos: una cosa vale, cuando vale y porque vale. Esto es "positivismo". A quien sostenga en serio que "la" Constitución debe valer como "norma fundamental", y toda otra validez derivar de ella, no le es lícito el tomar como fundamento de un puro sistema de puras normas prescripciones concretas cualesquiera, porque hayan sido establecidas por un determinado órgano (*Stelle*), sean reconocidas y por ello designadas como "positivas", y así, sólo resulten eficaces de hecho. Sólo de preceptos sistemáticos justos en sí mismos por virtud de su razonabilidad o justicia, sin consideración a la validez "positiva" de consecuencias normativas, se puede derivar una unidad u ordenación normativa.

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

(1) Sobre el contraste de fuerza (*potestas*) y *auctoritas*, comp. la observación al § 8, pág. 86.

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

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

3. Las representaciones de la Constitución como una unidad normativa y cosa absoluta, se aclaran históricamente por una época en que la Constitución era entendida como codificación ce-

rada. 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 *ley constitucional en concreto*.