

§ 10.

Consecuencias de la doctrina del Poder constituyente y, en particular, del Poder constituyente del pueblo.

I. *Permanencia del Poder constituyente.* El Poder constituyente se ejercita mediante el acto de la decisión política fundamental. La ejecución y formulación de ésta puede abandonarse a encargados especiales, por ejemplo, a una llamada Asamblea na-

cional constituyente. También puede existir, a base de las normas legal-constitucionales así surgidas, un dispositivo legal-constitucional para "reformas" o "revisiones" de leyes constitucionales. Pero el Poder constituyente mismo debe ser distinguido de éstas. No es susceptible de traspaso, enajenación, absorción o consunción. Le queda siempre la posibilidad de seguir existiendo y se encuentra al mismo tiempo y por encima de toda Constitución, derivada de él, y de toda determinación legal-constitucional, válida en el marco de esta constitución.

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

La Constitución francesa de 24 de junio de 1793 formuló el principio democrático del Poder constituyente del pueblo en el artículo 28: "Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, de reformar y de cambiar su Constitución" (*Un peuple a toujours le droit de révoir, de réformer et de changer sa Constitution*); literalmente igual, el proyecto de la Constitución girondina de 1793, art. 93. En esta formulación es de singular interés que no sólo contiene el derecho a las revisiones constitucionales, sino también a las supresiones.

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

Donde subsiste un Poder constituyente hay siempre por eso también un *mínimum* de Constitución que no necesita ser afectado por el quebrantamiento de leyes constitucionales, revolución y golpes de Estado, en tanto permanezca al menos el fundamento

de la Constitución, el Poder constituyente, sea del rey, sea del pueblo. La práctica de los plebiscitos napoleónicos (arriba, § 8, III, 4 d, pág. 99) descansaba en el principio democrático del Poder constituyente del pueblo; las violaciones constitucionales podían así ser corregidas fácilmente por el asentimiento del pueblo. En todo caso, hay que distinguir ya con claridad la supresión o quebrantamiento de las *leyes constitucionales*, la supresión de la *Constitución*, es decir, de las decisiones políticas fundamentales, y la supresión del *Poder constituyente* (del rey o del pueblo). La supresión revolucionaria de una Constitución puede designarse en ciertas circunstancias con algún derecho como simple reforma constitucional; pero, claro está, en el supuesto de la permanencia del sujeto del Poder constituyente.

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

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

1. Una Constitución que surgió como acto del Poder constituyente deriva de este Poder, y por eso no puede portar en sí misma la continuidad de la unidad política. Aun menos pueden producir tal continuidad normaciones legal-constitucionales que se apoyan en el basamento de esta Constitución, y sólo significan

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

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

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

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

Así, continúa en vigor la determinación del artículo 75 de la Constitución francesa del año VIII (1799) sobre la anuencia del Gobierno para la persecución judicial de funcionarios de la Administración a pesar de todas las supresiones y quebrantamientos constitucionales sobrevenidos entre tanto; sobre esto, ESMEIN-NÉZARD, págs. 580-81. En las Constituciones alemanas de la Monarquía constitucional, nacidas a consecuencia de la revolución de 1848, se da una con-

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

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

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

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

Así, continúa en vigor la determinación del artículo 75 de la Constitución francesa del año VIII (1799) sobre la anuencia del Gobierno para la persecución judicial de funcionarios de la Administración a pesar de todas las supresiones y quebrantamientos constitucionales sobrevenidos entre tanto; sobre esto, ESMEIN-NÉZARD, págs. 580-81. En las Constituciones alemanas de la Monarquía constitucional, nacidas a consecuencia de la revolución de 1848, se da una con-

tinuidad sobre la base del principio monárquico. También aquí siguen valiendo, por eso, las anteriores leyes, órdenes de gabinete, etc., sin recepción especial.

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

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

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

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

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

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

Pero corresponde precisamente a la lógica de una Constitución democrática el aceptar también en tales casos una continuidad. Pues la doctrina democrática no conoce consecuentemente otra Constitución legítima que la que se apoya en el Poder constitu-

yente del pueblo. Por eso, es posible referir a la voluntad expresa o tácita del pueblo toda Constitución que haya regido, cualquiera que sea la clase de *gobierno*, es decir, la forma del ejercicio de esta voluntad. En otro caso, según esta doctrina, no hay Estado ni unidad política, sino un absurdo aparato de Poder, un sistema de despotismo y tiranía.

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

2. *Continuidad del Reich alemán 1918/19.* Cuando un Estado descansa sobre una base nacional y el pueblo tiene una voluntad consciente de existencia política a base de esa unidad nacional, es siempre posible considerar esa voluntad como la base adecuada de *toda* Constitución del Estado. Aquí puede encontrarse con facilidad una correspondiente construcción del Poder constituyente del pueblo. El Imperio alemán de la Constitución de 1871 puede ser considerado como un Estado que se apoyaba en la voluntad nacional del pueblo. No era sólo una federación de los Estados-miembros, sino, como acertadamente dice ANSCHÜTZ (*Kommentar*, pág. 2), "ante todo, también el Estado alemán como Estado total, como comunidad nacional". El pueblo alemán tenía en todo caso la voluntad de unidad política sobre base nacional cuando todavía no tenía la voluntad de abolir el principio monárquico y darse a sí mismo, exclusivamente por virtud de propia decisión política, una Constitución. Que la situación constitucional tal como existió desde 1871 tenía el asentimiento del pueblo alemán no ofrece duda después de la aclamación de la guerra de 1870 y de la fundación del Imperio de 1871; además (comp. arriba. § 7. pág. 64), esta Constitución fué pactada con un Reichstag elegido por el pueblo alemán. Aquí, pues, la correspon-

diente construcción de un fundamento democrático no es una ficción, aun cuando no fuera reconocido en modo alguno el Poder constituyente del pueblo alemán en la Constitución de 1871, y en las Monarquías constitucionales de los distintos Estados se diera como supuesto en realidad el principio monárquico. Esta voluntad de unidad política sobre base nacional del pueblo alemán subsiste después de noviembre de 1918 y alcanza a establecer una continuidad de base democrática del Reich alemán de la Constitución de Weimar, 1919, con el de la Constitución de 1871.

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

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

Inexacto por eso: F. SANDER, *Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung*, Zeitschr. f. öffentliches Recht, I, 1919, págs. 132 y siguientes; RAUSCHENBERGER, *Staatsstreich und Revolution*, 1920, págs. 13 y siguientes; STIER-SOMLO, *Grundriss*, I, págs. 53-55.

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

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

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

Esta fundamentación hubiera sido certera, de estar resuelta sin lugar a dudas la cuestión del Poder constituyente en la anterior situación constitucional, y de no haber sido ya el Imperio alemán de la Constitución de 1871 una forma de la unidad nacional del pueblo alemán. Pero, así, es posible que en la nueva Constitución, democrática, se considere único punto de vista adecuado el de que hay una continuidad del Pueblo alemán y de su voluntad de unidad política sobre base nacional. Por eso hay que

contestar afirmativamente a la cuestión de la continuidad. El pueblo alemán no quiere negar con la Constitución de Weimar su identidad con el pueblo alemán de la Constitución de 1871; quiere renovar su Reich, como se dice en el preámbulo de la Constitución de Weimar, pero no fundar un nuevo Reich. Precisamente por ser una Constitución democrática, no funda la nueva un nuevo Estado alemán. Significa sólo que un pueblo que creía hasta ahora no poder existir políticamente sino a base del principio monárquico, cuando desaparece políticamente ese principio, continuó su existencia por virtud de propia decisión política, mediante una Constitución que se da a sí mismo.

En la historia de la elaboración de la Constitución de Weimar aparece esto del modo más vigoroso en las manifestaciones de F. NAUMANN y H. PREUSS (*Prot.*, págs. 24-25). PREUSS habla incluso sólo de simple reforma constitucional (comp. arriba, § 10, I, pág. 107; además, K. BEYERLE (*Prot.*, pág. 25): "Continuamos el viejo Reich." E. VERMEIL, *La Constitution de Weimar*, Estrasburgo, 1923, págs. 66, 273, alaba a WITTMAYER, es cierto, por el buen sentido democrático demostrado con su tesis de la discontinuidad, pero está obligado a consignar que precisamente también los demócratas quisieron en Weimar la continuidad.

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

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

Sería por eso inadmisibile, mientras la Constitución de Weimar permaneciera en vigor, sancionar sencillamente por un referéndum, según el art. 73, C. a., cualquier quebrantamiento de

las leyes constitucionales. El pueblo tiene sólo facultades legal-constitucionales, según el art. 73, y no más altas que las del Reichstag. Tampoco éste le está subordinado. Una ley surgida en vías del referéndum del art. 73, C. a., puede ser derogada por una ley surgida mediante simple acuerdo mayoritario del Reichstag (ANSCHÜTZ, *Komm.*, pág. 224), etc.

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

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

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