§ 2.

Concepto relativo de Constitución.

(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 las leyes"; por ejemplo, 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

Constitución 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 ahinco 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", etcétera. 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 encontramos 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 hubieran 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. 45.

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. 61). "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 go-

bierno 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. 46). 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. 342). 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 la fe en tales codificaciones. Las Constituciones de los distintos Estados aparecen como una serie de diversas normaciones legales de conjunto: prescripciones orgánicas sobre las autoridades más importantes del Estado, programas y directrices de carácter general, garantías de ciertos derechos y numerosas prescripciones particulares que sólo han sido inscritas en la Constitución porque se quiere sustraerlas a las cambiantes mayorías parlamentarias y porque los partidos que determinan el contenido de la "Constitución" aprovechan la ocasión para prestar el carácter de leyes constitucionales a sus postulados de partido. Por lo demás, si una tal serie de leyes constitucionales es acordada por una Asamblea constituyente convocada de intento a este fin, la unidad de las prescripciones en ella contenidas no reside en su conjunto material sistemático y normativo, sino en una *voluntad* política que, fuera de estas normas, las hace leyes constitucionales y que, como fundamento unitario suyo, emana de sí la unidad de aquéllas. En todos los países con Constituciones escritas se tiene hoy, en realidad, sólo una pluralidad de *leyes* constitucionales escritas.

Así, se aceptará en general que *Francia* tiene una Constitución escrita, una Constitución en sentido formal, y se habla de "la" Constitución del año 1875 porque en éste y en los siguientes años fueron promulgadas varias de las más importantes leyes constitucionales. Pero en las leyes constitucionales del año 1875 falta, como BARTHÉLEMY-DUEZ, págs. 39 y sigs., dice con razón, todo método, toda perfección dogmática, incluso la voluntad de ser completas y exhaustivas.

"Il n'y a pas de constitution; il y a des lois constitutionnelles". El resto descansa todo él en costumbre y tradición, y sería imposible conocer, con los textos de estas leyes constitucionales en la mano, la vida política de la República francesa y ver en ellos, ni aun siquiera en un sentido sistemático aproximado, la normación exhaustiva del Derecho político francés.

En comparación con esas leyes constitucionales francesas, la *Constitución de Weimar* es sistemática y completa en lo que afecta a su parte orgánica. Pero, en todo caso, envuelve una serie de leyes particulares y principios heterogéneos, así que tampoco cabe hablar aquí de una codificación en sentido material. También aquí se disuelve la unidad cerrada de una codificación constitucional en una suma de numerosas prescripciones particulares de índole legal-constitucional.

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

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

Según HAENEL (*Staatsrecht*, I, pág. 125, quien, por lo demás, sucumbe también aquí a la típica confusión de Constitución y ley constitucional), leyes constitucionales son "leyes externamente destacadas, a las que se atribuye una significación preeminente bajo circunstancias histórico-políticas 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: *Uber die Revision moderner Staatsverfassungen* (*Abhandlungen aus dem Stants-, 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 absurdidez 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, arts. 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. 124.

Si no exiten 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 un *Constitución* se pierde cuando la Constitución como un todo se relativiza en una pluralidad de distintas leyes constitucionales. La Constitución es, por su contenido y alcance, siempre más elevada y abarca más que cualquier ley particular. El contenido de la Constitución no era una cosa singular y destacada a causa de su más difícil reforma, sino al contrario: debía recibir la garantía de duración a causa de su significación fundamental. Esta consideración perdió peso cuando se trató, no ya de "la Constitución", sino de una o de varias de las numerosas leyes constitucionales en particular. Entonces surgió un punto de vista muy sencillo, de táctica partidista: la reforma dificultada no era ya la consecuencia de la cualidad constitucional, sino al contrario: se convertía en constitucional una prescripción para protegerla por cualesquiera razones prácticas (ajenas a cuanto tenga que ver con norma fundamental, etc.) frente al legislador, es decir, frente a las cambiantes mayorías parlamentarias. Cuando en agosto de 1926 se creó en Francia, por acuerdo de una Asamblea nacional, una llamada "Caisse autonome" para asegurar en ley constitucional ciertos ingresos a la amortización de la deuda pública y sustraerlos a los acuerdos presupuestarios de las mayorías parlamentarias, se trataba de algo efectivamente muy importante desde el punto de vista práctico, pero no "fundamental" en el viejo sentido. Si la formación de los maestros nacionales ha de regularse según las bases fundamentales de la "enseñanza superior" (art. 143, 2), la instrucción religiosa es disciplina ordinaria en las escuelas (art. 149, 1), y ha de garantizarse a los funcionarios el examen de su expediente personal (art. 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 medula 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 vigente del actual Derecho constitucional alemán tendría que añadirse el complemento: a reserva de un cambio en vía del artículo 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 art. 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 Reichrat o el cuerpo electoral han recibido en el art. 76. La competencia para reformar las leyes constitucionales, es una competencia incluída 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 esta "formal".