

Nacimiento de la Constitución.

I. Una Constitución nace, o mediante decisión política unilateral del sujeto del Poder constituyente, o mediante convención plurilateral de varios de tales sujetos.

Una Constitución, en el sentido de un *Status* idéntico a la situación total del Estado, nace naturalmente con el Estado mismo. Ni es emitida ni convenida, sino que es igual al Estado concreto en su unidad política y ordenación social. Constitución en sentido positivo significa un acto consciente de configuración de esta unidad política, mediante el cual la unidad recibe su forma especial de existencia. Si varias unidades políticas y sujetos independientes del Poder constituyente adoptan en común, por sí mismos, una tal decisión, que fija su *Status* político y, por cierto, en concurrencia, entonces hay una Constitución pactada o

una Constitución convenida. (Ambas palabras, pacto y convención (*Vereinbarung*), quedan aquí sin diferenciar, si bien no cabe desconocer la singularidad que BINDING y TRIEPEL han dado del concepto de convención [convención como fusión de distintas voluntades de contenido igual].)

II. Ojeada histórica sobre el nacimiento de las modernas Constituciones europeas.

1. La situación política de la última parte de la Edad Media (del siglo XIII al XVI) es designada con frecuencia como "Estado de estamentos". La unidad política como tal, se había hecho problemática en la realidad y en la conciencia. La vieja constitución feudal militar se había disuelto, haciéndose independientes en gran medida los vasallos. Allí donde se formaban concentraciones estamentales (alta nobleza, baja nobleza, clero, burguesía de las ciudades), se basaban en pactos jurados de los miembros. Estos estamentos concluían pactos de múltiples clases entre sí, y con el señor del país, pero también con príncipes extranjeros. Sus pactos con el príncipe del país afectaban a la garantía de privilegios, limitaciones del poder del príncipe, e incluso con frecuencia, al derecho de resistencia armada. No pueden designarse como Constituciones de un Estado estas innumerables estipulaciones, de la misma manera que sería erróneo trasladar los conceptos del moderno Derecho político a tales relaciones medievales. El objeto propio de las Constituciones modernas, modo y forma de existencia de la *unidad* política, no era el objeto de esas estipulaciones. Con referencia al "Estado" de estamentos, no podría hablarse, ni de un Estado monista, ni de uno dualista o pluralista; a lo sumo, de un conglomerado de derechos bien adquiridos y privilegios. En numerosas cartas, capitulaciones, etc., se "afianzaban" numerosos intereses particulares. La totalidad aparece como el proceso de disolución de una unidad política antes existente. La unidad política está supuesta aún, sólo en tanto en cuanto que es ella lo que se disuelve, y a cuya costa participan en el botín grupos y organizaciones estamentales. Las estipulaciones no fundan, pues, ninguna unidad política ni contienen tampoco la decisión total sobre el modo y forma de la unidad política.

Pero los esfuerzos constitucionales del siglo XIX podían anudarse con ellas, porque limitaban y controlaban el ejercicio del poder del príncipe, siendo así posible que en las luchas constitucionales del siglo XIX no sólo hablaran de "Constituciones estamentales" los Gobiernos monárquicos, sino que también la burguesía—sobre todo, en los pequeños Estados alemanes—tomara como punto de referencia frecuentemente tales estipulaciones estamentales y viera en ellos el modelo de una Constitución.

En especial, la *Magna Carta* inglesa de 15 de julio de 1215 suele designarse como modelo y origen de las modernas Constituciones liberales. El desarrollo del Derecho político de Inglaterra tomó un curso peculiar, porque los señores feudales y estamentos de la Edad Media (alta nobleza, caballeros y burguesía inglesa) y su representación (la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes) pasaron en un proceso lento e insensible a las condiciones propias del Estado moderno. El Parlamento inglés apareció en la lucha contra el Rey como el sujeto de la unidad nacional, es decir, política, mientras que en otros países europeos era el Príncipe absoluto quien realizaba la unidad política en lucha contra los estamentos medievales. En Inglaterra podían transferirse, no mediando una aguda distinción, ideas e instituciones medievales a las modernas instituciones del Estado. Pero, aparte esto, la *Magna Carta* de 1215 es, en su consideración histórica, no más que uno de los muchos ejemplos de estipulaciones medievales entre Príncipe y señores feudales. Es un *stabilimentum* entre el Rey Juan y sus Barones, fijado en un documento probatorio (Carta). Su naturaleza jurídica ha sido entendida de muy distintas maneras. Se le ha designado como una ley, porque fué dada por el Rey, y tenía la forma de una concesión real; o como contrato de Derecho público, en la forma de concesión real (SRUBBS: *Const. Hist.*, I, pág. 569), o también como contrato de Derecho privado (BOURMY: *Études*, pág. 40); según ANSON, es tanto una *Ley constitucional* como una *Declaración de Derechos*, como un pacto entre Príncipe y pueblo! Pero como ha probado WILLIAM SHARP McKECHNIC (*Magna Carta*, 2.^a edición, Glasgow, 1914, págs. 104 y sigs.), es inexacto aplicar a relaciones medievales cualquiera de estas distinciones del moderno Derecho político. La *Magna Carta* es para McKECHNIC un *Stabilimentum*, es decir, un acuerdo o estipulación sin ningún preciso sentido de Derecho político. El que se encuentre escrita no demuestra nada en favor de una Constitución, así como tampoco algunos giros de aparente generalidad principal. El nombre "*Magna Carta*" no se explica históricamente porque contenga una ley fundamental en el sentido de las Constituciones modernas o de los modernos derechos fundamentales, sino por con-

traste con una "Parva Carta" o "Carta foresta" de 1217 relativa a derechos de caza; el nombre originario es "Carta libertatum" o "Carta Baronum". Sólo siglos más tarde, desde el XVII, por la lucha del Parlamento inglés contra el absolutismo de los Estuardos, se le dió el sentido moderno, haciéndola origen de una Constitución liberal. Pero sería un error histórico ver en ella, aunque sólo fuera por aproximación, algo análogo a una Constitución moderna liberal o democrática. Si se garantiza en esa Magna Carta a todo "hombre libre" (*freeman*) ciertos derechos protegidos contra el abuso del poder real, eso es muy otra cosa que una moderna Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano. "Hombre libre" era entonces sólo el Barón; sólo él pasaba por *homo liber* o, incluso, sólo como *homo* (McKECHNIC, pág. 115). Así, pues, la Magna Carta históricamente no es más que un convenio de una aristocracia feudal con su señor territorial, al que renueva su homenaje como contraprestación por los derechos garantizados. La eficacia política del modelo de esta Magna Carta descansa en una idea legendaria que ciertos partidos se formaron de ella. La Carta tiene como contenido en 63 capítulos, limitaciones de la supremacía feudal del Rey, limitaciones de su supremacía judicial (ningún hombre libre puede ser hecho preso o detenido, sino por un Tribunal legal de personas de su clase o según el Derecho del país), límites del derecho de impuesto, y, sobre todo, establecimiento de un Comité de resistencia para el caso de que estas prescripciones no fueran mantenidas (comp. GNEIST: *Englische Verfassungsgeschichte*, página 240; RICHARD SCHMIDT: *Allgemeine Staatslehre*, II, 1903, págs. 490 y sigs.).

La Declaración de derechos de 1688 (*Bill of Rights*) es, por la forma, una fijación contractual entre el Príncipe de Orange llamado al trono por el Parlamento inglés, y este Parlamento. Pero el Parlamento aparece aquí como representante de la unidad política de Inglaterra. La Declaración contiene 13 preceptos contra el abuso del poder real (la no suspensión de leyes por el Rey, el no empleo de la prerrogativa real para el levantamiento de imposiciones financieras, derecho de petición de los súbditos, el no mantenimiento de ejército sin asentimiento del Parlamento, derecho de los súbditos protestantes a llevar armas, libre elección de los miembros del Parlamento, libertad de discusión y discurso en el Parlamento; comp. GNEIST, ob. cit., págs. 614 y sigs.). Aquí puede hablarse ya de determinaciones legal-constitucionales en sentido moderno, porque aquí está clara ya la idea de la unidad política y la estipulación entre Parlamento y Rey no constituye la unidad, sino que la supone en cuanto que el Parlamento actúa como representante de la unidad.

2. En la mayor parte de los Estados de Europa, la unidad política fué obra del Absolutismo monárquico. En el Imperio, sin embargo, siguieron arrastrando hasta el final de este Im-

perio, 1806, situaciones medievales; junto a ellas se formaban en el territorio del Imperio nuevas unidades políticas, Estados como Prusia, Baviera, Württemberg, Sajonia. Como totalidad, el Imperio era todavía en el siglo XVIII un compuesto heterogéneo de formaciones políticas en desarrollo y jirones políticos. HEGEL formuló esta situación de manera perfecta en su escrito de juventud *Die Verfassung Deutschlands* (1802): "El edificio estatal alemán no es otra cosa que la suma de los derechos que las distintas partes han desprendido del todo"; su "Constitución" y "Justicia" consiste en que se "cuida atentamente de que no quede ningún poder al Estado" (*Hegels Schriften zur Politik*, ed. de Lasson, págs. 13/14). Desde el siglo XVII se discutió la cuestión de si este notable conglomerado era una *mezcla* de formas de gobierno (Monarquía limitada y Aristocracia), un *status mixtus* o un *sistema* de Estados, es decir, una formación federalista. La única respuesta posible, intelectualmente honesta, la dió PUFENDORF (en el célebre escrito *De Statu Imperii Germanici*, publicado bajo el nombre de *Severinus de Mozambano*, 1667, cap. VI, § 9, ed. de Fritz Salomon, 1910, pág. 126), que esta formación es una anomalía y semejante a un monstruo. Para una consideración normativa, era un caso ideal de Estado de Derecho sobre el fundamento del precepto *pacta sunt servanda*. La Constitución consistía en numerosas estipulaciones, pactos de privilegios, capitulaciones, etc., protegidos en forma jurisdiccional mediante imperceptibles posibilidades procesales. El más distinguido y políticamente poderoso estamento del Imperio, los Príncipes electores, renovaban y aumentaban estos derechos en cada nueva elección del Emperador mediante nuevas capitulaciones electorales. Desde el siglo XVII se designaron estos pactos electorales y condiciones electorales fijadas por escrito como *leges fundamentales* (1). In-

(1) Según G. JELLINEK: *Allgem. Staatslehre*, pág. 495, el Derecho político del Imperio alemán conoce el concepto de ley fundamental (*lex fundamentalis*) desde la paz de Westfalia. Sin embargo, la palabra aparece más temprano en la literatura jurídico-política y designa la Bula de Oro de 1356, las Capitulaciones electorales de los Príncipes electores con el Emperador y las recesas (*interreg-*

cluso el ejercicio de las altas atribuciones políticas, como la declaración de exclusión de la comunidad de un Príncipe o cualquiera otro de los estamentos como condición previa para una ejecución, terminó por ser enlazado a un procedimiento procesal y a la anuencia de los demás estamentos. Ni siquiera en caso notorio de ruptura de la paz interior y resistencia abierta, podía el Emperador sin "consentimiento" de los Príncipes electores declarar fuera de la comunidad a un estamento del Imperio. Lo monstruoso de esta situación consiste, como declara con razón PUFENDORF, en que el Emperador no puede imponer nada a los estamentos contra su voluntad, pero, en cambio, estos estamentos pueden obtener y afianzar en "leyes fundamentales" cualquier ventaja para sí propios contra la voluntad del Emperador y a costa del Imperio.

La última posibilidad de crear con el Imperio alemán una unidad política existencial de base nacional fué anulada con el fin de Wallenstein (1634). Wallenstein había reunido ya en 1630 la enemistad de los Príncipes electores y estamentos. El mismo Emperador estaba por motivos confesionales y legitimistas del lado de los estamentos, y no podía comprender por eso una concesión de la tolerancia religiosa, que hubiera sido condición previa de la unión estatal de Alemania, según la pensara Wallenstein. En las capitulaciones electorales de Fernando III, de 24 de diciembre de 1636, se documenta la definitiva victoria de los intereses particulares de los estamentos sobre el Emperador: ni aun en el caso de la "necesidad más extrema" estaba autorizado el Emperador a levantar impuestos sin al menos consultar antes a los Príncipes electores; aun en el caso de notoria ruptura de la paz era exigible un proceso para declarar fuera de la comunidad y hacer posible la ejecución; aun en el caso de extrema necesidad (*in extremo necessitatis casu*) tiene que oír el Emperador a los Príncipes electores (comp. CARL. SCHMITT: *Die Diktatur*, págs. 95-6).

3. En el Continente europeo, en España, Francia y en los Estados territoriales alemanes, se desarrolla el Estado moderno al hacerse "absoluto" el príncipe, es decir, mediante la supresión de los bien ganados derechos feudales y estamentales y el que-

nos) del Reichstag, por ejemplo, ARRUMÆUS: *Discursus academici de iure publico*, Jena, 1616, pág. 65, 1.007, disc. XXXIII.

brantamiento y aniquilación del principio de la *legitimidad del status quo* en que descansa aquella situación feudal. Las formaciones políticas así surgidas eran Monarquías absolutas. Consiste lo "absoluto" en que el príncipe es *legibus solutus*, es decir, que está autorizado y en condiciones de despreciar, por razones políticas, sobre las que sólo él decide, las pretensiones legítimas de los estamentos y los privilegios y convenios existentes. La palabra "Estado" designa con singular acierto la particularidad de esta moderna formación política, porque ofrece la conexión verbal y mental con la palabra *status*. Pues el *status* amplio de la unidad política relativiza y absorbe todas las otras relaciones estatuales, en particular, estamentos e Iglesia. El Estado, esto es, el *Status politico*, se convierte así en el *Status* en sentido absoluto. Este Estado moderno es soberano; su poder, indivisible. Cualidades como la de su clausura e impermeabilidad se deducen de la esencia de su unidad política. El concepto de soberanía, sobre todo, tenía una gran función en la Historia universal: la de superar la legitimidad del *status quo* (feudal y estamental) de entonces.

La primera exposición del moderno Derecho político, los *Seis libros de la República*, de BODINUS (1577), muestra con claridad este punto decisivo. Quien tiene el poder supremo es soberano, no como funcionario o comisario, sino permanentemente y por derecho propio: por virtud de su propia existencia; está ligado al Derecho divino y natural, pero no se trata de esto con la cuestión de la soberanía, sino de si el legítimo *status quo* debe ser un obstáculo insuperable para sus decisiones políticas, si alguien puede pedirle cuentas y quién decide en caso de conflicto. El soberano puede, cuando lo exijan tiempo, lugar y singularidades concretas, cambiar y quebrantar leyes. Así revela justamente su soberanía. Siempre son ideas como: anulación, casación, vulneración, dispensa, supresión de leyes y derechos existentes, las de que habla BODINUS en el capítulo sobre la soberanía (cap. 8, lib. I). En el siglo XVII este esencial punto de vista es llevado a claridad sistemática con HOBBS y PUFFENDORF: la cuestión a que se llega es siempre: *quis iudicabit*; acerca de, lo que exige el bienestar público y la utilidad común decide el soberano; en qué consiste el interés del Estado, cuándo es exigible una vulneración o abolición del Derecho existente, son cuestiones todas que no pueden ser fijadas normativamente; reciben su contenido concreto sólo mediante una decisión concreta de la instancia soberana.

4. En la *Revolución francesa de 1789* surge la Constitución moderna mixta, de elementos liberales y democráticos. Su supuesto mental es la teoría del Poder constituyente. La Teoría del Estado de la Revolución francesa pasa a ser así una fuente capital, no sólo para la dogmática política de todo el tiempo siguiente (v. EGON ZWIG, *Die Lehre vom pouvoir constituant*, página V), sino también para la construcción jurídica de carácter positivo de la moderna teoría de la Constitución. El poder constituyente presupone el Pueblo como una entidad política existencial; la palabra "Nación" designa en sentido expresivo un Pueblo capaz de actuar, despierto a la conciencia política. Históricamente, puede decirse que esta idea de la unidad política y de la nacionalidad surgió en el continente europeo como consecuencia de la sistematización política de la Monarquía absoluta, mientras que en Inglaterra era facilitado el continuo proceso desde una estructura medieval hasta la unidad nacional por el hecho de que "la condición insular suplía a una Constitución". En Francia, por el contrario, modelo clásico del moderno Estado europeo, se entendió primero teóricamente el concepto de Nación en su significación de Derecho político. Sin embargo, hay que separar en la Revolución francesa de 1789 dos fenómenos y sistemas de ideas, distintos desde el punto de vista de la Teoría de la Constitución. Por lo pronto, el pueblo francés se constituye como sujeto del Poder constituyente; se hace consciente de su capacidad política de actuar, y se da a sí mismo una Constitución bajo el supuesto, expresamente afirmado así, de su unidad política y capacidad de obrar. El acontecimiento fué tan eficaz y activo porque ahí la decisión política fundamental consistió en hacerse consciente de su condición de sujeto capaz de actuar, y en fijar con autonomía su destino político. El pueblo francés se constituye a sí mismo en cierto sentido. Al darse una Constitución realiza el acto más amplio de la decisión acerca de un modo y forma particular de existencia. El pueblo se convierte en Nación, o, lo que es igual, se hace consciente de su existencia política. Pero esto no significa que antes no existiera, ni que funde tampoco su Estado mediante la consciente intuición de su Poder constituyente. El Ser político precede al momento constituyente. Lo que

no existe políticamente, tampoco puede decidir de modo consciente. Con este acontecimiento fundamental en que un Pueblo obraba con consciencia política, se daba ya por supuesta la existencia política, y hay que distinguir el acto por el que el pueblo se da a sí mismo una Constitución, de la fundación del Estado mismo.

La segunda significación de la Revolución francesa consiste en que condujo a una Constitución del Estado burgués de Derecho, esto es, limitadora y controladora del ejercicio del poder del Estado, dando así al Estado francés un nuevo modo de ser políticamente. Cuando la Nación como sujeto del Poder constituyente se enfrenta con el Monarca absoluto y suprime su absolutismo, se coloca en su puesto de la misma absoluta manera. Lo absoluto queda subsistiendo con invariable, incluso con incrementado vigor, porque ahora el pueblo se identifica políticamente consigo mismo en su Estado. El vigor *político* de este acontecimiento condujo a un aumento del poder del Estado, a la más intensa unidad e indivisibilidad, *unité* e *indivisibilité*. Si, por contra, debe regularse, dividirse y limitarse el ejercicio del poder del Estado, esta "división de poderes" significa una supresión y abolición de todo absolutismo político, sea ejercido por un Monarca absoluto, o por la Nación absoluta, despierta a la consciencia política. La magnitud política de la Revolución francesa estriba en que, a pesar de todos los principios liberales y del Estado de Derecho, en ningún momento cesa de ser punto de partida decisivo el pensamiento de la unidad política del pueblo francés. Queda fuera de duda que todas las distinciones, divisiones, frenos y controles del poder del Estado se mueven siempre dentro del marco de la unidad política. Con esto queda también fuera de duda el carácter relativo de todas las leyes constitucionales. La Constitución no era un pacto entre príncipe y pueblo o entre cualesquiera organizaciones estamentales, sino una decisión política adoptada por la Nación, una e indivisible, para fijar su propio destino. Toda Constitución presupone esta unidad.

5. En la época de la *Restauración monárquica* (1815-1830) se intentó resucitar las ideas medievales de un pacto cerrado

entre Príncipe y Estamentos, de una *Charte*. En algunas partes de Alemania seguían en vida aún ideas y situaciones medievales. Especialmente en Estados medios y pequeños, no se distinguía entre aquellos fenómenos de estipulaciones feudales y estamentales y un acto del Poder constituyente. En todo caso, la teoría y la práctica contrarrevolucionarias intentó servirse de ideas medievales para sustraerse a las consecuencias democráticas de la unidad nacional.

El Acta federal vienesa de la Confederación germánica de 1815 determinó en el artículo 13 que en todos los Estados de la Confederación germánica "habría Constituciones estamentales". La Constitución *estamental* se contraponía aquí, en sentido medioeval, al pensamiento moderno de la *representación* de la unidad nacional del Estado, siendo utilizada como concepto opuesto a una representación nacional electiva, representante de *todo* el pueblo. Las Constituciones que correspondieron a esa prescripción del Acta federal se designan a veces como pactos o convenios. Así, la Constitución de Sajonia-Weimar-Eisenach (Carlos Augusto), de 5 de mayo de 1816, es concebida como "pacto entre Príncipe y súbditos"; según el artículo 123, sólo son posibles las reformas por pacto común entre Príncipe y Estamentos, etc. Otros ejemplos (Württemberg, 1819; Sajonia, 1831), después, pág. 73, donde se trata de la significación de tales "pactos" para la teoría de la Constitución.

La contradicción interna de tales intentos de Restauración monárquica consiste en lo siguiente: en primer término, los príncipes no podían pensar en renunciar a la unidad política del Estado a favor de representaciones de intereses estamentales. No podían llevar consecuentemente hasta su fin un concepto como "Estamentos" y la construcción disolvente de un pacto constitucional con esos Estamentos. Las representaciones "estamentales" no podían tener, pues, ninguna facultad de decisión. Pero si habían de significar algo para la Constitución, tenían que ser representantes políticos (no representantes de intereses estamentales): Sin embargo, los príncipes no podían reconocer a esos Estamentos como representantes de *todo* el Pueblo políticamente unificado, porque entonces habrían reconocido al Pueblo como unidad política con capacidad de obrar, al mismo tiempo que renunciaban al principio monárquico, según el cual, sólo el príncipe es el representante de esa unidad política, reuniendo en

su mano la plenitud del poder del Estado. Ambos conceptos: un pacto constitucional cerrado con los "estamentos" y el principio monárquico, resultaban inconciliables por completo. Consecuencia del principio monárquico era que el rey, por virtud de la plenitud de su poder, *emitía* una Constitución, es decir, adoptaba la decisión política fundamental en que la Constitución consistía, por acto unilateral, como sujeto del Poder constituyente, pero sin soltar con ello este Poder constituyente. La Constitución no era, pues, un pacto, sino una *Ley* emitida por el rey. Todas las normaciones legal-constitucionales de este texto afectaban sólo a atribuciones *limitadas* en principio, sólo a *competencias*, mientras que la "plenitud del poder del Estado", ilimitada e ilimitable en principio, inseparable de la unidad política, permanecía, a pesar de la Constitución, en manos del rey, cuando no la renunciaba a favor del Parlamento. En las monarquías políticamente fuertes las Constituciones "constitucionales" surgieron sobre la base de ese principio monárquico. No eran pactadas con la Representación popular, sino otorgadas. Pero, incluso allí donde fueron "pactadas", no había de ceder, en modo alguno, el principio monárquico, al menos en Alemania, por la cooperación de la representación popular en la fijación del texto de las leyes constitucionales, ni ser reconocido en modo alguno el principio democrático del Poder constituyente del pueblo (comp. después, § 7, II, pág. 74).

La *Charte* francesa de 4 de junio de 1814 es la muestra de una moderna Constitución monárquica emitida, esto es, otorgada, sobre la base del principio monárquico, es decir, del poder constituyente del Rey. Si se acepta la designación medioeval de *Charte*, es de manera característica por la situación de contradicción interna de esa Monarquía. Los pactos estamentales hubieran sido contrarios a la unidad política, una e indivisible, de Francia. En realidad, la *Charte* descansaba en el Poder constituyente del Rey, contrapuesto al Poder constituyente del pueblo.

6. En la revolución de julio del año 1830 se decidió en Francia la cuestión política de si era el Rey o el Pueblo el sujeto del Poder constituyente. La doctrina democrática del Poder constituyente del Pueblo se había introducido definitivamente. Los

representantes del Estado liberal de Derecho intentaron eludir la alternativa: o soberanía y Poder constituyente del rey, o soberanía y Poder constituyente del pueblo, hablando de una "soberanía de la Constitución" (comp. antes, § 1, II, pág. 9). Con esto no se contestaba a la cuestión; se la soslayaba y velaba tras de la idea confusa de un Poder constituyente de la Constitución. Todas las Constituciones y leyes constitucionales francesas que siguen (1848, 1851, 1875) tienen como supuesto el Poder constituyente del Pueblo.

7. En *Alemania* la revolución del año 1848 condujo, en general, hacia la llamada Monarquía constitucional, esto es, a un "dualismo" (R. MOHL) de gobierno monárquico y de Representación popular, en que ambos—monarca y representación popular—actúan como representantes de la unidad política. Semejante dualismo sólo significaba que la decisión quedaba relegada. Dentro de cada unidad política sólo puede darse un sujeto del Poder constituyente. Por eso, resulta de aquí la alternativa: o bien, el príncipe emite una Constitución sobre la base del principio monárquico con la plenitud del poder del Estado, o bien la Constitución descansa en un acto del Poder constituyente del Pueblo, es decir, en el principio democrático. Ambos principios, como fundamentalmente contrapuestos, no pueden ser mezclados. Un compromiso mediante el cual se aplace y relegue la decisión, es posible durante algún tiempo, claro está. Ambas partes, Príncipe y Representación popular, están de acuerdo en que la decisión debe ser suspendida. Pero un compromiso semejante no es por ello nunca un auténtico compromiso objetivo, sino el compromiso de fórmula dilatoria discutido antes (pág. 36). En realidad, y pese a todos los velos y elusiones, la Constitución se apoya, o en el principio monárquico, o en el democrático; o en el Poder constituyente del príncipe o en el del pueblo. El "dualismo" de estas Constituciones es insostenible. Todo auténtico conflicto abre el sencillo dilema de los principios político-formales que recíprocamente se excluyen.

Si una Constitución es emitida unilateralmente por el príncipe, si es "otorgada", descansa, sin duda, en el Poder constituyente del príncipe. Si se impide por razones políticas la forma del

otorgamiento, y se pacta la Constitución entre Príncipe y Representación popular, entonces hay un compromiso dilatorio en tanto que el príncipe no renuncie expresamente a su Poder constituyente y reconozca en su lugar el fundamento democrático, el Poder constituyente del Pueblo. Naturalmente, en las Monarquías de Alemania, nunca ha tenido lugar un tal reconocimiento del principio democrático. De aquí resultaba una situación dualística intermedia. En teoría, se disimuló esto, por cuanto que había una correspondencia con las ideas democráticas, fingiendo una "soberanía de la Constitución" y soslayando así la cuestión política esencial acerca del Poder constituyente. En la práctica, en la realidad histórica y política, era posible esta situación de una decisión aplazada en tanto que la situación política interior y exterior seguía siendo uniforme y tranquila. En el momento crítico apareció el conflicto no resuelto y la necesidad de una decisión. Hubiera sido concebible que, a lo largo de un proceso lento, un principio desplazara al otro poco a poco y sin conflicto declarado, como había ocurrido en Inglaterra. Pero los Estados del Continente europeo no se encontraban en la dichosa situación de una isla inatacable y enriquecida en medida inaudita por un gran territorio colonial.

La Monarquía constitucional subsistió en Alemania hasta noviembre de 1918. La situación política y económica favorable hacía posible el poner fuera de cuenta, como cosa no-interesante, aquella alternativa de decisión. Lo que no se hallaba en la "Constitución", se dejaba sin respuesta como "no-jurídico", al mismo tiempo que se hacía formalista y relativizaba la Constitución, convirtiéndola en *ley* constitucional, de la manera antes expuesta (§ 2, pág. 13). Eso pasaba por ser "positivismo", si bien, en realidad, desde el punto de vista de la Teoría constitucional, ello no sobrepasa el estadio de la época de Luis Felipe y sus doctrinarios liberales. Esta época es designada por un juez tan moderado como LORENZO VON STEIN, como "la época del *constitucionalismo* en su más pura forma". Incluso *después* de la Revolución de 1918 trató de conservarse aún por un período la cáscara vacía de esta especie de liberalismo en la "teoría normativa del Estado" de Kelsen. Ya no era la vieja fe en la "sober-

ranía de la Razón", sino una posición llena de contradicciones: de una parte, la "Constitución" soberana; de otra parte, su relativización y disolución en distintas normaciones constitucionales reformables dentro de un cierto procedimiento. La Constitución de la Monarquía constitucional alemana contiene, ante todo, una delimitación jurídica del poder real y presenta el dualismo, típico de la Monarquía constitucional, de los dos representantes (Príncipe y Representación popular); pero el principio monárquico no fué abolido en Alemania. Aquellas atribuciones en que participa constitucionalmente la Representación popular son *limitadas* en principio; la Representación popular recibe ciertas competencias en el terreno de la legislación, mientras que, en lo demás, la "presunción" de competencia habla en favor del Monarca. La mejor formulación de la particularidad de esta Monarquía constitucional de estilo alemán se debe a MAX VON SEYDEL (*Über konstitutionelle und parlamentarische Regierung*, 1887, Disertaciones, pág. 140): "El Rey parlamentario no puede, cuando su Parlamento se niega a funcionar, remitirse a su poder"; por el contrario, el Monarca constitucional en Alemania "puede remitirse a su poder", si se presenta un conflicto serio, es decir, que afecte a la cuestión de la soberanía y del poder constituyente. El Monarca sigue siendo el sujeto de un poder *ilimitado* en principio, constituyente, y por eso no susceptible de ser comprendido dentro de una ley constitucional. Por cuanto que la cuestión alternativa de si era el Príncipe o el Pueblo quien tenía este poder constituyente no se había decidido a favor del Pueblo, había de permanecer ya, por eso mismo, en el Príncipe, en tanto que existiera su fuerza y autoridad política. Como en otros casos de suspensión de la decisión, también aquí permaneció en el anterior *status quo*: en el principio monárquico. Cuando se acentuaba entonces en la teoría del Estado que el Príncipe mismo sólo era un "órgano" del Estado, y que ni él ni el Pueblo, sino el Estado como "organismo", era soberano, esto se correspondía del modo más preciso, pese a la metáfora colectivista, con aquel método liberal que sortea la cuestión del sujeto del poder constituyente y del *representante* de la unidad política capaz de decidir, cons-

truyendo así un tercero, soberano—sea la “Constitución”, que se establece a sí misma, que por sí misma y en sí misma es soberana, como caída del cielo, sea el “organismo” soberano. El resultado teórico era el mismo. Pero en la *práctica* jurídica y jurídico-política se mostraba sin más: en caso de conflicto, quién era el sujeto del poder del Estado y el representante de la unidad política capaz de decidir: el Rey.

En el conflicto prusiano entre Rey y Dieta, 1862 a 1866, el Gobierno del Rey adoptó el punto de vista de que, no habiendo previsto la Constitución el caso de una denegación del presupuesto por la Dieta, era un caso no regulado y por ello podía el Gobierno obrar con libertad; que la Constitución tenía aquí una “laguna” y el Rey podía reclamar a su favor la presunción de competencia no-delimitada. Tales “lagunas” son siempre posibles, y es de la esencia de un conflicto constitucional el que pueda plantearse con éxito la afirmación de “caso no previsto”. Aquí se manifiesta con especial claridad el desamparo de toda clase de expresiones normativas de la “soberanía de la Constitución”. El Gobierno del Rey estaba en lo cierto, no sólo desde el punto de vista político, sino también desde el de la Teoría del Estado, cuando, en el conflicto prusiano de 1862, sostenía que se trataba de una laguna de la Constitución. La opinión típica de los maestros alemanes de Derecho político (comp. MEYER-ANSCHÜTZ, pág. 906) rechazaba la teoría bismarkiana, pero llegaba al resultado de que la cuestión no era jurídica. “*El Derecho político concluye aquí.*” ¡Las normas, pues, cuya significación y valor debía consistir en la decisión de casos de conflicto, no permitían obtener respuesta alguna! Queda así en pie: que el monarca, representante de la unidad política, podía en casos críticos, *primero*, encontrar una laguna en la Constitución, y *segundo*, decidir sobre cómo había de llenarse esa laguna. Las muchas sutilezas jurídico-políticas con que confundían esa sencilla situación de Derecho, han perdido hoy todo valor teórico y práctico. Sin embargo, es muy interesante históricamente el que concluyera el Derecho político de entonces allí donde comenzaban las cuestiones importantes y significativas del Derecho constitucional

8. La Constitución de la Confederación de Alemania del Norte, de 26 de julio de 1867, daba por supuesta esta situación constitucional en los Estados federados (la pequeña singularidad de las tres ciudades hanseáticas no merece atención aquí), como también la Constitución del Imperio de 16 de abril de 1871. La homogeneidad correspondiente a toda Federación auténtica descansaba, primero, en la comunidad nacional del pueblo alemán;

después, en la esencial igualdad de las situaciones constitucionales de los Estados-miembros de la Federación. La Constitución federal es un pacto constitucional de las unidades políticas, que se unen en una Federación. Pero, además de esto, es *pactada* también con una Representación popular, el Reichstag, surgida de elecciones generales. Sobre su construcción jurídica, comp. después, § 7, II, pág. 73.

9. Con la Revolución de 1918 se introduce prácticamente en Alemania la doctrina democrática del poder constituyente del pueblo. La teoría constitucional, sin embargo, permanece hoy todavía (1927) por completo dentro del círculo de ideas de la preguerra. El constitucionalismo liberal, que había sido afirmado como un método de evasión formalista frente al poder constituyente del Rey, ha sido proseguido, sólo por fuerza de la costumbre, en presencia de la democracia constitucional.

a) En el lapso de 10 de noviembre de 1918 a 6 de febrero de 1919 (reunión de la llamada Asamblea Nacional Constituyente) ejerció el *gobierno provisional* un "Consejo de Comisarios del Pueblo" de seis, y desde diciembre de 1918, cinco personas, bajo la vigilancia de los Consejos de trabajadores y soldados. Los Comités formados bajo el nombre de "Consejos de trabajadores y soldados" eran reconocidos como poseedores del poder político, y se mantuvieron hasta la reunión de una Asamblea elegida por todo el pueblo alemán con arreglo a preceptos democráticos para acordar las leyes constitucionales.

En la sentencia del Tribunal del Reich de 8 de julio de 1920 (*Gaceta del Tribunal del Reich*, t. 100, pág. 26), se dice: Con arreglo al decurso histórico del lapso de 7 de noviembre de 1918 a 6 de febrero de 1919, "no puede desconocerse que ya en 10 de noviembre de 1918 se había establecido un nuevo Gobierno del Reich que, sobre el cimiento local de los Consejos de trabajadores y soldados, tenía su cúspide en el Consejo de Comisarios del Pueblo. El establecimiento se logró por vías violentas, pero no encontró resistencia en el Poder anterior... Así, pues, el nuevo Gobierno se estableció sin lucha considerable, y se mantuvo inatacado en esta situación de poder, hasta que traspasó voluntariamente sus facultades en la Asamblea nacional". En la sentencia de 4 de abril de 1922 (*Gaceta del Trib. del Reich*, t. 104, pág. 258) con referencia a *Trib. del Reich en*

materia penal, t. 53, pág. 65; t. 54, págs. 149 y 152, deja indecisa la cuestión de "si Alemania formaba una República de Consejos en los primeros meses después de la revolución".

Este lapso de noviembre 1918 a febrero 1919 no puede ser considerado como si hubiera existido una nueva, especial Constitución del Reich alemán para tres meses, y el Reich alemán hubiera tenido, de 9 de noviembre de 1918 a 11 de agosto de 1919, tres o acaso cuatro Constituciones: la monárquica del primitivo Imperio, hasta 9 de noviembre de 1919; después, una República de Consejos; después, la Constitución democrática provisional de la Asamblea Nacional de Weimar, de 10 de febrero de 1919, y por último, la Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919. Más bien existió en aquellos tres meses, hasta 6 de febrero de 1919, un Gobierno provisional en el sentido del Derecho constitucional democrático. En toda revolución tiene que formarse un tal Gobierno hasta que se produzca la nueva decisión política del sujeto del poder constituyente. Sólo de modo no riguroso puede designarse como nueva Constitución el lapso intermedio, y sólo en tanto que con la revolución triunfante se introduce naturalmente una nueva situación, un nuevo "Status" (comp. antes, § 1, página 6). Los Consejos de obreros y soldados de aquellos tres meses, sin embargo, se consideraron a sí mismos sólo como Gobierno provisional, y traspasaron de buen grado todo su poder a la Asamblea Nacional, tan pronto como se reunió.

Los Consejos de trabajadores y soldados fueron reconocidos como "Gobierno". Bajo su inspección continuó el aparato administrativo del Estado, con sus funcionarios, el despacho de los asuntos. No ocurrió, como en el año 1793 en Francia, bajo los jacobinos, o el 1918 en Rusia, con los bolchevistas, anular toda la situación administrativa y "destrozar la vieja máquina del Estado" para edificar una organización nueva por completo. La "máquina" subsistió en dirección cambiada; esta última fué recogida por el Consejo de Comisarios del Pueblo. Un convenio de 23 de noviembre de 1918, que tuvo lugar entre el Consejo ejecutivo del Consejo de trabajadores y soldados del Gran-Berlín (representante provisional de los Consejos de trabajadores y soldados de Alemania) y el Consejo de Comisarios del Pueblo, determinó: que el Poder político quedaba en manos de los Consejos de trabajadores y soldados de la República Socialista Alemana; el Consejo ejecutivo berlinés debía ejercitar sus funciones

hasta la reunión de una Asamblea de delegados de los Consejos de Alemania; El Consejo de Comisarios del Pueblo se hacía cargo del "Ejecutivo". Esto no es una *Constitución* o documento constitucional, como lo ha llamado W. JELLINEK, *Jahrb. d. öffentl. Rechts*, IX, 1920, pág. 21, sino regulación del Gobierno provisional. Mediante las resoluciones del Congreso general de trabajadores y soldados de Alemania de 16-18 de diciembre de 1918 se puso en claro que estos Consejos de trabajadores y soldados se consideraban sólo como Gobierno provisional en el sentido del Derecho constitucional democrático.

b) La *Asamblea Nacional* reunida en 6 de febrero de 1919, en Weimar, y elegida según postulados democráticos (sufragio universal, igual y directo), ejerció el poder constituyente del pueblo alemán y formuló el contenido de la decisión política del pueblo alemán, así como las normas constitucionales necesarias para su ejecución. Ella no era sujeto o titular del poder constituyente, sino sólo su comisionado. Hasta la emisión de esas leyes constitucionales, no estaba ligada a otros límites jurídicos que a los que resultaban de la decisión política de conjunto del Pueblo alemán. Por lo demás, ella era el único poder constituido de su unidad política. En tanto que no estuvo concluida su misión, la normación legal-constitucional, no existían para ella límites legal-constitucionales. La que suele llamarse *Constitución provisional* del Reich, emitida por ella poco después de su reunión (ley sobre el Poder provisional del Reich, de 10 de febrero 1919), hubiera podido ser cambiada y vulnerada en todo tiempo, por simple mayoría de esa Asamblea, como cualquier Reglamento de la Cámara. En la terminología de la Teoría constitucional del Estado burgués de Derecho, esta situación de la concentración en un único órgano de todos los poderes del Estado se denomina "dictadura". La peculiar situación de una Asamblea "constituyente" que se reúne tras la abolición de las anteriores leyes constitucionales, puede designarse con la mayor propiedad "dictadura soberana". Sólo es explicable desde las ideas fundamentales del Derecho constitucional democrático. Mientras tanto no haya entrado en vigor la nueva formulación de leyes constitucionales, la Asamblea obra como única magistratura constitucional de la unidad política y único representante del Estado. Todo lo que hace es emanación inmediata de un poder político que inmediatamente se le ha transmitido, no frenado por ninguna división

de poderes o control constitucional. Puede adoptar, pues, sin otra limitación que aquella que él mismo se imponga, todas las medidas que le parezcan exigibles según la situación de las cosas, como corresponde al contenido característico de la *dictadura*. No tiene una *competencia*, estrictamente hablando, es decir, en el sentido de un círculo, delimitado y regulado de antemano, de atribuciones. El volumen de las facultades de su poder y de su encargo depende, por entero, de su criterio; también esta vinculación de facultad y criterio del facultado es una nota de la *dictadura*. Pero como falta todo marco de una normación legal-constitucional, esta dictadura no es comisoria, es decir, limitada por leyes constitucionales ya existentes y formuladas, sino soberana. Pero, por otra parte, sigue siendo dictadura, *encargo*. No es, por tanto, el soberano mismo, sino que obra siempre en nombre y por encargo del Pueblo, que puede en todo momento desautorizar a sus comisionados, por medio de una acción política.

En el § 1 de la ley sobre el poder provisional del Reich, de 10 de febrero de 1919, la Asamblea nacional alemana ha indicado como su tarea propia la de "acordar la futura Constitución del Reich, así como también otras leyes urgentes". A esto hay que observar que no sólo podía acordar *leyes* urgentes, sino adoptar todas las *medidas* exigibles según la situación de las cosas. En la expresión "leyes urgentes" se ve ya que, con atención al contenido, incluso estas leyes eran concebidas, en parte, sólo como medidas. De este modo, la distinción jurídica de leyes y medidas, que tan viva fué en la Revolución francesa, se confundió y olvidó en Alemania por un "concepto formal de ley" (comp. después. § 13, III, pág. 169).

c) La Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919 entró en vigor en 14 del mismo mes. Con ello concluyó la posición de la Asamblea nacional como Asamblea "constituyente" con dictadura soberana. Había ahora sólo un Reichstag sobre la base de la nueva Constitución, con competencias reguladas y circunscritas por las leyes constitucionales, como un organismo constitucional al igual de otros y junto a ellos.

La Comisión de investigación del Reichstag, establecida en 20 de agosto de 1919 con la misión de fijar, suscitando todas las pruebas, las causas de la ruptura, prolongación y pérdida de la guerra, posibilidades de paz malogradas, etcétera, estaba ya sometida a los límites de las leyes constitucionales, y sólo podía moverse en el marco de las atribuciones marcadas por el artículo 34, C. a.; sobre esto, ERICH KAUFFMANN: *Untersuchungsausschus und Staatsgerichtshof*, Berlín, 1920, págs. 18 y sigs.

La Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919 se apoya en el Poder constituyente del pueblo alemán. La decisión política más importante se halla contenida en el preámbulo: "El pueblo alemán se ha dado esta Constitución", y en el art. 1, 2: "El poder del Estado emana del pueblo." Estas frases indican como decisiones políticas concretas el fundamento jurídico-positivo de la Constitución de Weimar: el Poder constituyente del Pueblo alemán como Nación, esto es, unidad con capacidad de obrar y consciente de su existencia política.