La Constitución como pacto.

(El auténtico pacto constitucional.)

I. Distinción del llamado contrato social o del Estado, respecto del pacto constitucional.

Las numerosas construcciones de Teoría del Estado que fundan ésta—sea ficticiamente, sea como históricamente demostrable—en un pacto, e intentan dar así una explicación jurídica de su nacimiento, deben ser diferenciadas de los convenios o pactos que dan origen al nacimiento de una Constitución. Ambas cosas han sido confundidas con frecuencia, sobre todo en los intentos de Teoría del Estado ínsitos en las Constituciones americanas de la liberación, y en las manifestaciones de los teóricos y políticos franceses de la Revolución de 1789. Se ha ligado un cierto tipo

de Constitución con el concepto ideal de Constitución (comp. arriba, § 4, pág. 43); después, se ha identificado esta Constitución con el Estado mismo, y de esta manera, la promulgación de una Constitución, el acto del Poder constituyente, ha sido visto como fundación-constitución-del Estado. Cuando un pueblo se hace consciente por primera vez como Nación, de su capacidad de obrar, es bien comprensible una tal confusión y equiparación. Sin embargo, hay que afirmar que una Constitución, basada en un acto del Poder constituyente del Pueblo, tiene que ser algo en esencia distinto de un pacto social, un contrat social. El principio democrático del Poder constituyente del Pueblo lleva a la necesidad de que la Constitución surja mediante un acto del pueblo politicamente capacitado. El pueblo tiene que existir y ser supuesto como unidad política si ha de ser sujeto de un Poder constituyente. Por el contrario: las construcciones de un contrato social (Sozial) de sociedad (Gesellschaft) o del Estado (no hay que discutir aquí las diferencias de estos "contratos"), sirven para fundar la unidad política del pueblo. El contrato social está ya supuesto en la doctrina del Poder constituyente del pueblo, pues que su construcción se tiene por necesaria. El contrato social no es idéntico en ningún caso a la Constitución en sentido positivo, es decir, a las decisiones políticas concretas sobre modo y forma de existencia de la unidad política que adopta el sujeto del Poder constituyente, y mucho menos todavía a las regulaciones legal-constitucionales emanadas sobre la base y en ejecución de aquellas decisiones.

Ejemplo de una reciente confusión: FLEINER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, pág. 392: "La Constitución representa la ley fundamental de la vida del Estado. Es, en la Democracia (sic), la norma suprema, el fundamento del Estado, el contrat social en el sentido de Rousseau."

1. La Constitución del Estado americano de Massachussetts, que—proyectada por John Adams—ha llegado a ser típica y modelo en gran medida (comp. Ch. Borgeaud, Etablissement et Revision des Constitutions, París, 1893, página 23) dice en su preámbulo: "Si no se alcanza ya el fin del Gobierno, el pueblo puede cambiar éste. La unidad política surge de la unión voluntaria de los individuos; es el resultado de un pacto social mediante el cual la totalidad del pueblo (!) contrata con cada ciudadano, y cada ciudadano con la totalidad

de los ciudadanos, para ser regidos según leyes ciertas en interés general. Es, pues, deber del pueblo, al establecer una Constitución, prevenir tanto un modo justo de legislar como una aplicación y ejercicio imparcial y auténtico de las leyes". La totalidad de los ciudadanos está aquí supuesta como unidad política.

También en Rousseau se distingue el Contrat Social, que funda el Estado, de las Lois Politiques o fondamentales, que regulan el ejercicio del poder del Estado (comp. Contrat Social, lib. II, cap. 12). Igualmente en las discusiones de la Asamblea nacional francesa de 1789 la distinción es clara al comienzo, y sólo más tarde penetra la confusión de Contrat Social y Constitución (comp. E. Zweig, obra citada, pág. 330; Redslob: Staatstheorien, págs. 152 y sigs.).

En Kant, el pacto del "establecimiento de una Constitución civil entre los ciudadanos (pactum unionis civilis)" es una forma peculiar del pactum sociale general (por el cual se vinculan en una sociedad una multitud de hombres); la fundación de la sociedad civil es al mismo tiempo "establecimiento de una Constitución civil". La fundación (constitución) es el acto mediante el cual surge la unio civilis Se toma aquí, pues, Constitución en un sentido absoluto, y no en el sentido positivo que estamos empleando (Vom Verhältnis der Theorie zur Praxis im Staatsrecht, ed. Vorländer, pág. 86).

Un pacto constitucional o una convención constitucional no funda la unidad política, sino que la presupone. No es el "Covenant" en que la comunidad descansa, sino un "pacto de gobierno" en el sentido más amplio de la palabra, no entendiéndose por "gobierno" sólo el Ejecutivo, a diferencia de Legislativo y Justicia, sino el total del Hacer organizado del Estado. En la terminología de la Teoría del Estado del Derecho Natural, no es el pactum unionis, pero tampoco es un pactum subiectionis, es decir, un pacto de sumisión a un poder político existente, con las condiciones y límites para el ejercicio del poder estatal supuesto como existente.

- 2. El auténtico pacto constitucional debe distinguirse también del caso de que varios Estados concluyan entre sí un pacto mediante el cual forman un nuevo Estado-unidad, de modo que en ese nuevo Estado sucumba su anterior existencia política. Asimismo cuando, con ocasión de este pacto, se pacta la Constitución del nuevo Estado-unidad, esta Constitución, en su ulterior validez, descansa, no sobre aquel pacto, sino sobre la voluntad del Poder constituyente del nuevo Estado-unidad.
- II. Un auténtico pacto constitucional supone, al menos, dos partes existentes y subsistentes, cada una de las cuales contiene en sí un sujeto de un Poder constituyente, siendo, por tanto, una unidad política. Un auténtico pacto constitucional es, normalmente, un pacto federal.

Acerca del pacto constitucional no auténtico dentro de una unidad política, después en 2.

El pacto (de subordinación) jurídico-internacional, que después se trata en IV, 4 (pág. 84), puede ser llamado pacto constitucional tan sólo en tanto que prive a una de las partes contratantes, a favor de la otra, del derecho de libre decisión sobre modo y forma de la propia existencia política, y con ello también de una Constitución en sentido positivo.

Con el pacto federal surge una nueva Constitución. Todos los miembros de la Federación reciben un nuevo status político de conjunto, de modo que coexisten, una junto a otra, la unidad política de la Federación como tal y la existencia política de sus miembros. De las dificultades y singularidades propias de la Constitución federal se tratará en la última parte de este libro (en § 29). Aquí sólo hay que aclarar lo siguiente:

- 1. El pacto federal entre varias unidades políticas independientes es un auténtico pacto constitucional.
- 2. El "pacto constitucional" dentro de una unidad política. La idea de un semejante "pacto constitucional" se explica sólo por razones históricas y una situación especial: el "dualismo" de la Monarquía constitucional. El problema del sujeto del Poder constituyente dentro de una unidad política se soluciona desde el punto de vista de la teoría de la Constitución, según se mostró antes (§ 6, pág. 60), con un simple dilema; pueblo o príncipe; o el Pueblo como unidad política capaz de obrar, en su identidad consciente consigo mismo, o el Príncipe como representante de la unidad política. En el marco de una unidad política misma sólo cabe dar una Constitución, no pactarla, porque para que haya una auténtica convención constitucional han de existir varias unidades políticas. De aquí se sigue que las numerosas convenciones constitucionales que tuvieron lugar en Alemania durante el siglo xix no resolvían la cuestión del sujeto del poder constituyente. Significaban un compromiso que dejaba sin decidir el caso de conflicto. Cuando en una Constitución otorgada unilateralmente por el príncipe-así, pues, no pactada-, se determina que la Constitución puede ser reformada "en vías de la

legislación ordinaria", esto implica también uno de esos compromisos. Las "vías de la legislación" quiere decir aquí no otra cosa que "cooperación y anuencia de la Representación popular". De la misma manera que la Constitución no es un pacto, tampoco se convierte con esto en una ley. Pero la equivocación estaba cerca de aquella a que conduce la relativización compulsada antes (§ 2, págs. 13 y sigs.) del concepto de Constitución: Constitución = ley de reforma de la Constitución. Siempre, a partir de aquí, se llegaba a lo mismo: cooperación moderadora de la representación Nacional. Por eso, se aceptaban irreflexivamente contradicciones manifiestas. La Constitución era un pacto: no era otorgada, sino paccionada entre príncipe y Representación nacional; la Constitución era una ley en tanto que se exigía para una ley la cooperación y anuencia de la Representación popular.

Ejemplos de "convenios" constitucionales (que no excluyen ordinariamente que se designe la Constitución, a pesar de ello, como "dada por el Príncipe"): Constitución de Würtemberg de 25 de septiembre de 1819: "... se ha llegado, por fin, mediante decisión soberana y contradeclaración de todos los súbditos, a una perfecta unión bilateral sobre los siguientes puntos: ..."; la Constitución de Sajonia de 4 de septiembre de 1831: "... por la presente se hace saber que Nos ... hemos ordenado, con el consejo y anuencia de los Estamentos, la Constitución de Nuestro País al siguiente tenor". Con frecuencia, la Constitución es ordenada por el Príncipe, pero las reformas y aclaraciones están ligadas al consentimiento de los "Estamentos" o "Cámaras", p. ej.: Gran Ducado de Hessen, Constitución de 15 de diciembre de 1820, preámbulo y artículo 110. Ejemplo de una Constitución unilateralmente emitida por el Príncipe con la determinación de que la Constitución puede "cambiarse en vía legislativa ordinaria": Constitución (otorgada) prusiana de 31 de enero de 1850, artículo 106.

3. En la fundación de la Federación norteamericana y en la del Imperio alemán tuvo lugar un auténtico convenio constitucional, un pacto federal, con uno de los convenios constitucionales no auténticos, de política interior, discutidos en 2. El publicandum de 26 de julio de 1867, relativo a la Constitución de la Federación de la Alemania del Norte (Gaceta Federal Legislativa, página 1; Triepel: Quellensammlung, 4.ª ed., pág. 333) dice: "Convenida la Constitución de la Federación de la Alemania del Norte por Nos (el Rey de Prusia), Su Majestad el Rey de Sajonia,

Su Alteza real el Gran Duque de Hessen, etcêtera, con el Reichstag convocado a ese fin", etc. Aquí hay que distinguir el pacto federal concluído entre los Estados federados (Prusia, Sajonia, Hessen, etc.) y el convenio (un pacto constitucional no auténtico) realizado entre la Federación y la Representación popular. En tanto que existían dentro de los distintos Estados-miembros de la federación pretendidos pactos o convenios constitucionales no auténticos. La terminología del año 1867, no tenía ya hacía tiempo el sentido de anudar con ideas medievales de pactos estamentales, sino sólo la significación política de que la Constitución no había de ser otorgada; era una concesión a las ideas modernas que tenía por resultado dicho compromiso no auténtico, pero muy discreto en tiempos tranquilos, o acaso felices. En ningún caso podía reconocerse un Poder constituyente del pueblo alemán. Pero el que fuera posible un compromiso significaba algo como un reconocimiento, aunque poco claro y a medias, del Poder constituyente del pueblo, y con él, del principio democrático. Lo débil de esta contradictoria falta de claridad se mostró teoréticamente en problemas insolubles, como el de la proporción de elementos federales (es decir, de auténtico pacto) y elementos legal-constitucionales en la Constitución del Imperio; en la práctica política se mostró ante situaciones críticas, como en la guerra mundial desde el verano de 1917, cuando comenzó el Reichstag a ganar influjo sobre el Gobierno del Reich.

4. Para una Constitución federal de base democrática, es decir, con Poder constituyente del Pueblo, resulta una dificultad del hecho de que la Federación supone una cierta paridad, una homogeneidad sustancial en sus miembros (después, § 30, III). Pues la igualdad nacional del pueblo en los distintos Estados-miembros de la Federación conduce con facilidad, cuando el sentimiento de la unidad nacional es bastante fuerte, a contradicciones con el pensamiento de la Constitución federal. Pues es consecuencia del principio democrático el que el Poder constituyente del pueblo, en el caso de una unidad política, con igualdad nacional y conciencia nacional del pueblo, rompa los límites de los distintos Estados dentro de la Federación y coloque, en lugar del convenio

constitucional federal entre los Estados-miembros, un acto del Poder constituyente del pueblo uno (después, pág. 447).

La Constitución del Reich alemán de 11 de agosto de 1919 descansa en un acto tal del Poder constituyente del pueblo alemán. No es, pues, un pacto, y, por lo tanto, tampoco una Constitución federal. La Constitución del Imperio de 16 de abril de 1871, por el contrario, dejaba abierta la cuestión, según el compromiso en que estaba apoyada. La inevitable consecuencia no ha quedado, claro está, inadvertida. Con singular claridad y paladinamente—en todo caso, más desde un punto de vista filo-sófico-jurídico que jurídico-político—dice Bierling (Juristische Principienlehre, II, Friburgo, 1898, págs. 335 y sigs.) que la fundación de la Federación de la Alemania del Norte y del Imperio alemán debe ser referida "en su eficacia o validez jurídica, al inmediato reconocimiento de toda la población de la comunidad superior así constituída". En las elecciones al Bundestag (Cámara federal) y, respectivamente, al Reichstag, se encontraría contenido de antemano ese reconocimiento. "La normación jurídica misma se ha realizado en formas que aparecen desde una cierta dirección-en parte, desde el punto de vista del Derecho internacional; en parte, desde el del Derecho político interno-como de negocio jurídico. Pero el contenido de la normación jurídica sobrepasa la medida establecida por tales negocios jurídicos de Derecho internacional o Derecho político interno, según su naturaleza." Esto significa en realidad: Poder constituyente del pueblo alemán, y, por tanto, Democracia. Pero el elemento de pacto "federal" del Imperio alemán contiene el contrapeso de esta consecuencia democrática. Hasta el final de esta Constitución en noviembre de 1918, surgieron por eso entre el Reichstag de un lado y de otro el Bundesrat y el Gobierno del Imperio, siempre nuevas divergencias de opinión y diferencias. El Gobierno acentuaba el fundamento federal del Imperio y presentaba como contraposiciones absolutas y cosas absolutamente inconciliables, Parlamentarismo (dependencia del Gobierno respecto de la confianza del Reichstag) y Federalismo. Pero lo absoluto de esta contraposición reside, no en la diversidad de las formas de organización e instituciones -que sería siempre relativa, prestándose a numerosas combinaciones prácticas—, sino en el contraste de los principios monárquico y democrático. Este contraste afecta al Poder constituyente, o sea, a las decisiones políticas concretas emanadas acerca de la forma de existencia de la unidad política en conjunto. Aquí son posibles compromisos dilatorios, esto es, aplazamientos y suspensiones de la decisión, pero no un compromiso objetivo que pueda transformar en un resultado armónico el dilema ineludible.

III. El auténtico pacto constitucional es siempre un pacto de "status". Presupone como partes del contrato varias unidades políticas, que tienen en cuanto tales un status. Es de su contenido la fundación de un nuevo status para todos los Estados participantes en el acuerdo.

Este pacto es un pacto *libre*, pero sólo en tanto en cuanto descansa en la voluntad de los sujetos a él concurrentes. No es un pacto libre en el sentido del moderno concepto jusprivatista de contrato y de una ordenación social liberal-burguesa apoyada en "libertad de contratación".

1. La distinción de pacto libre y pacto de status se hace necesaria, porque la palabra "pacto" tiene muchos sentidos. Cuando un autor medieval funda el Estado o el gobierno en el "pacto", un filósofo del siglo xvII, como Hobbes, emplea la palabra "pacto", o, finalmente, en el siglo xx, un relativista burgués refresca el viejo pensamiento de que el Estado descansa en un pacto, definiendo como "compromiso" el moderno Estado democrático-parlamentario, se colocan en la palabra "pacto" ideas tan distintas, que carece de valor y finalidad el discutir sin hacer previamente distinciones más rigurosas, o proclamar sentencias tales como pacta sunt servanda.

Para un pacto libre en el sentido de la ordenación social y jurídica liberal burguesa, concurren tres cosas: 1. Las partes del contrato se encuentran colocadas unas frente a otras como los individuos en las relaciones de Derecho privado. Un contrato entre dos individuos y un pacto entre dos unidades políticas son algo tan esencialmente distinto que la igualdad de denominación (en lengua alemana), "pacto", Vertrag, puede afectar sólo a igualdades aproximativas y externas de ambos hechos. 2. Mediante

pacto libre entre individuos se fundan sólo relaciones especiales de contenido mensurable en principio, delimitado en principio y, por eso, rescindible en principio. 3. El pacto libre no abarca nunca, pues, a la totalidad de una persona. Es rescindible y soluble; el abarcar a la persona en su totalidad se considera como inmoral y antijurídico.

Esto se manifiesta en la prescripción legal del Derecho civil sobre tal "libertad", que ya en la Revolución francesa (art. 18 de la Declaración de derechos del Hombre de 1793 y art. 15 de la Declaración del año III, 1795) fué proclamada como norma fundamental. En el § 624 del Código civil alemán es reconocido igualmente ese principio: "La relación de servidumbre de por vida o por un tiempo mayor de cinco años es rescindible por el obligado, transcurridos cinco años." Igual pensamiento se hizo ley en el artículo 1.780 del Code civil. También en detalles se muestra la conexión de "libertad" de la persona y mensurabilidad y delimitabilidad de la prestación. Comp. E. Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig, 1927, pág. 47 (aumento de la subordinación por ser la prestación imprecisa); otro ejemplo de la conexión entre mensurabilidad y libertad: Die Diktatur, pág. 37, nota.

A diferencia de ello, el pacto de status funda una relación permanente de vida que abarca a la persona en su existencia, e introduce una ordenación de conjunto que no consiste en diversas relaciones sólo mensurables, ni puede ser suprimido por libre rescisión o revocación. Ejemplos de tales pactos de status son: esponsales y matrimonio; establecimiento de la relación de funcionario; en otras ordenaciones jurídicas: pactos de pleitesía feudal, comunidades juramentadas, etc. El juramento es un signo característico del ingreso existencial de la persona toda. Tiene que desaparecer por eso de una ordenación social basada en el libre pacto.

El proceso histórico marcha según la célebre fórmula de H. Sumner Maine (Ancient Law, pág. 170) from Status to Contract. Es en lo esencial la misma línea que F. Tönnies en su gran obra Gemeinschaft und Gesellschaft ha mostrado como evolución de la comunidad a la sociedad. Sólo aportaremos aquí una breve observación a estas afirmaciones históricas y sociológicas, observación que no debe rebajar el alto valor de aquellos resultados, pero que quizá pueda contribuir a aclararlo mejor La contraposición de status y pacto, comunidad y pacto, tiene algo de erróneo, porque también se fundan por medio de

pacto relaciones de comunidad y de status. La ordenación social de la Edad Media descansaba en numerosos pactos: pactos de pleitesía feudal, pactos estamentales, comunidades juradas. Aquí, "pacto" significaba pacto de status; el juramento reforzaba, tanto la duración del pacto, como la vinculación existencial de la persona. La negativa a prestar el juramento por los anabaptistas y otros sectarios significa, por eso, el comienzo de la Edad Moderna y la época del pacto libre. Werner Wittich lo ha expuesto así en un trabajo sobre el Anabaptismo, por desgracia no publicado aún.

Una investigación histórica del desarrollo del concepto de pacto, no la hay todavía. Se habla de "pacto" sin distingos. En las exposiciones históricas se echa una línea igualadora de la teoría del pacto estatal desde Marsilio de Padua hasta Rousseau, sin hacer diferencias dentro del concepto de pacto. También el libro de Gierke sobre esta materia, Althusius (3.ª ed., 1913), adolece de ello y coloca a un jurista con ideas todavía medievales del pacto, como Altusio, junto a Hobbes y Rousseau, sin reparar en el cambio fundamental que se había realizado entre tanto dentro del concepto.

- 2. Cuando en el seno de una unidad política existente surge la Constitución mediante acuerdo o pacto, un semejante pacto carece de fuerza vinculante frente al sujeto del Poder constituyente en caso de conflicto. Una pluralidad de sujetos del Poder constituyente anularía y destrozaría la unidad política. Allí donde se inicia el proceso de disolución, surgen con eso tales "pactos de Estado" dentro del Estado. Si una organización estamental o de otra clase logra dar el carácter de leyes constitucionales a pactos intraestatales, habrá alcanzado el grado sumo de vinculación del Estado que es posible conseguir sin suprimir la unidad política. Pero si el "pacto de Estado" tiene el sentido, no ya de introducir el procedimiento especial de reforma de la ley constitucional, sino de limitar y abolir el Poder constituyente, la unidad política se destroza, y se coloca el Estado en una situación por completo anómala. Todas las construcciones jurídicas de esta situación son inservibles. Esta era la situación del Imperio alemán desde el siglo xvi (arriba, pág. 53). Naturalmente que tal proceso de disolución puede comenzar en cualquier momento.
- 3. Si una Constitución se apoya en acuerdo o pacto, es base juridica de su validez la voluntad política de los federados y la existencia de la Federación que descansa en esa voluntad. La Fe-

deración es un status total que abarca el status de cada uno de los Estados-miembros. Más allá de la simple obligación contractual, cada Estado-miembro, tomado en su totalidad, queda transformado (sobre esto, después, en las explicaciones sobre el concepto de Federación, § 29, II, 3).

La base jurídica de un pacto constitucional no es el precepto general: pacta sunt servanda. Menos aún es este precepto un precepto constitucional o una ley constitucional. No cabe fundar una Federación o cualquiera comunidad en este precepto como si fuera su "Constitución".

- A. Verdross ha intentado fundar la comunidad internacional en el precepto pacta sunt servanda (Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926). En este precepto ve él la "norma fundamental" que debe ser "Constitución" de toda "comunidad". Aparte de que una Constitución no es norma, sino decisión política concreta (antes, pág. 26), aparte también de las oscuridades en el concepto de esta "comunidad", es preciso hacer notar lo siguiente:
- a) El postulado pacta sunt servanda no es una norma. Es, mejor, un postulado fundamental, pero no una norma en el sentido de precepto jurídico—comp. H. Heller: Die Souveränität, 1927, pág. 132, donde se trata en una atinada crítica esta distinción de norma y postulado fundamental.
- b) El postulado pacta sunt servanda enuncia que es posible obligarse juridicamente por medio de pactos. Hoy eso es algo evidente, y no constituye ni una norma, ni el fundamento moral de la validez de normas. Antes bien, o es una completa duplicación e hipóstasis tautológica, o enuncia que el pacto concreto no vale, sino tan sólo la "norma" general de que los pactos valen. Adicionar a cada pacto en vigor la "norma" de que los pactos en general son válidos, es una vacua ficción, pues el pacto concreto vale y obliga jurídicamente por virtud del Derecho positivo y no por virtud de la norma pacta sunt servanda. Tales adiciones e hipóstasis ficticias son posibles en número ilimitado; toda norma vale, porque vale la norma general de que hay normas que deben valer, etc-Pero, para la fundamentación de una unidad política de existencia concreta, carecen por completo de significación.
- c) Considerado en la Historia del Derecho, el postulado pacta sunt servanda tuvo una significación en tanto que no era cosa clara en sí misma el que cupiera obligarse mediante pacta. La expresión pacta sunt servanda podía referirse en su origen histórico a la fórmula del pretor romano que declaraba, respecto de ciertos pactos, que habría de considerarlos válidos en el ejercicio de su cargo: Ait Praetor: Pacta conventa quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatus consulta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat,

facta erunt, "servabo", Dig., 2, 14, 1, 7, § 7, o Dolo malo ait Praetor pactum se "non servaturum", eod., § 9; comp. Lenel: Edictum Perpetuum, 3.º ed., 1927, página 65. En esta formulación, el precepto tiene un contenido concreto: el pretor señala los convenios a los que, en virtud de su facultad de decidir como autoridad, garantiza protección y declara ejecutivos. Por el contrario, el postulado general pacta sunt servanda no dice nada acerca de qué pactos son válidos y obligatorios y, por tanto, deben ser observados. Repite siempre lo mismo: que los pactos válidos tienen que ser observados; es decir, que son válidos.

- d) Ni en teoría, ni en práctica, tiene el postulado pacta sunt servanda un valor científico-jurídico. Que sea preciso observar pactos bajo el supuesto de que son válidos, se comprende sin más; pero resulta igualmente claro que sólo es necesario observar los pactos válidos, y que, ante todo, hay que contar con un pacto válido. La cuestión se reduce siempre, pues, o bien a la existencia de un pacto: de un verdadero acuerdo de voluntades en caso concreto, o bien a causas de nulidad, causas de invalidación, causas de impugnación, posibilidades de rescisión, inmoralidad del pacto, imposibilidad de su cumplimiento, circunstancias imprevisibles, etc. Nadie puede discutir que los pactos han de ser observados; la discusión afecta tan sólo a dudas y diferencias de opinión sobre si in concreto hay un pacto, si este pacto es válido, si son de tener en cuenta causas especiales de invalidez o rescisión, etc.
- e) En realidad, la cuestión es: quis iudicabit? ¿Quién decide acerca de si hay un pacto válido, si hay causas admisibles de impugnación, si hay un derecho de retracto, etc.? Colocando la cuestión de este modo certero, se muestra que el postulado pacta sunt servanda, ni enuncia una decisión de contenido, careciendo así de toda suerte de valor normativo, ni indica quién decide. De ahí no puede obtenerse una respuesta a las únicas cuestiones pertinentes.
- f) El valor del postulado se reduce, pues, a la significación de uno de aquellos aforismos que gustaban de poner los antiguos notarios en las cubiertas de sus actas, o en sus despachos. El sentido político de realzar tales postulados puede consistir. sin embargo, sólo en que se introduzca tácitamente una presunción de que todos los pactos concertados hoy son en todo caso válidos. La "norma" pacta sunt servanda es. pues, un medio más, dentro del gran sistema de la legitimación del status quo político y económico existente. Estabiliza ante todo los deberes tributarios existentes, y les da la consagración de lo legítimo y de la moralidad.
- IV. 1. Mediante pacto o convenio puede sólo surgir una Constitución federal, y sólo de aquellos Estados que se convierten en miembros de la Federación. La Constitución de un Estado independiente no puede descansar en un pacto (tratado) internacio-

nal de terceros Estados. A la existencia política corresponde la auto-determinación. La Constitución en sentido positivo es una expresión de esta posibilidad de elegir por virtud de decisión propia el modo y forma de la propia existencia.

Cuando un tratado (pacto) internacional regula el gobierno y administración de un tercer país, este país se convierte con ello en objeto de convenios y compromisos ajenos. Lo que significa negación de la existencia política; entonces no es posible una Constitución en sentido positivo.

El territorio del Sarre no es un Estado. El llamado estatuto del Sarre regula el "gobierno" del territorio del Sarre hasta el plebiscito o hasta la decisión definitiva de la "Sociedad de Naciones" (¿Asamblea de la Sociedad de Naciones o Consejo de la Sociedad de Naciones?); la Sociedad de Naciones actúa como "persona de confianza"; una "comisión de gobierno" de miembros de distinta nacionalidad, compuesta de cinco personas, ejerce el gobierno con arreglo al "estatuto del Sarre" (disposición del art. 49 del Tratado de Versalles). Esto puede estimarse "Constitución" del territorio del Sarre, mucho menos que la legislación colonial de la Metrópoli como Constitución de la colonia. Constitución, en sentido positivo, significa, en esencia, determinación de la propia forma de existencia.

Tampoco los llamados territorios de mandato, que son regidos y administrados por un Estado mandatario, según el artículo 22 del estatuto de la Sociedad de Naciones, tienen una Constitución en sentido positivo. Son, o bien colonias (mandatos B y C), o bien protectorados (los llamados mandatos A) (abajo. 4), con la singularidad de que tiene lugar un cierto control (por ahora, todavía problemático) de la "Sociedad de Naciones" (Consejo de la Sociedad de Naciones, Comisión de mandatos). Según el artículo 22, los pueblos de estos territorios "no están todavía en condiciones de dirigirse a sí mismos (se diriger eux-mêmes; to stand by themselves) bajo las circunstancias, especialmente dificiles, del mundo actual". Tampoco pueden por eso tener una Constitución en sentido positivo.

2. Un tratado internacional como tal, no es nunca una Constitución en sentido positivo. Tampoco puede ser parte de la Constitución de un Estado independiente. El pacto federal no es (incluso en el caso de la confederación) un convenio "puramente internacional"; comp. después, § 30, pág. 380. Sobre el aseguramiento por ley constitucional de obligaciones internacionales, después, 5.

Según el artículo 178, 2, C. a., el Tratado de Versalles "no puede ser afectado en sus determinaciones por la Constitución". Este precepto de la Constitución de Weimar no significa renuncia a la existencia política y al derecho de autodeterminación del pueblo alemán; enuncia tan sólo que el Reich alemán no quiere sustraerse a los deberes internacionales de este Tratado mediante apelación a prescripciones legal-constitucionales. La declaración expresa se explica por la la situación política del año 1919 (sobre esto, muy interesante WITTMAYER, págin. 20-21). Aparte de esto, y desde el punto de vista internacional, es un postulado de general reconocimiento el de que un Estado no puede sustraerse a sus deberes internacionales, en tanto subsistan válidamente, apelando a obstáculos e imposibilidades de carácter jurídico-político interno. "Si hay un postulado indiscutible del Derecho internacional, es éste" (TRIEPEL: Völkerrecht und Landesrecht, 1899, pág. 313). La declaración del artículo 178, 2, C. a., no tiene, pues, un contenido independiente constitutivo. Sería inexacto decir que las determinaciones del Tratado de Versalles "tienen la precedencia respecto a las de la Constitución de Weimar, y especialmente absurdo designar como reforma de la Constitución de Weimar una reforma en el Tratado de Versalles exigiendo. por ejemplo, una ley de reforma de la Constitución para una restitución del territorio del Sarre al gobierno y administración alemanes antes del año 1935. Un deber puramente internacional no pertenece a la Constitución en sentido positivo Una empresa encaminada a suprimirlo no es tampoco, por lo tanto, alta traición en el sentido de las normas penales; la apelación a un deber internacional del Estado no puede justificar una traición al País; un deber internacional no se jura al jurar los cargos (art. 176), etc.

Si el contenido del protocolo de Londres de 14 de agosto de 1924 (llamado Plan Dawes) se convirtió en parte de la legislación alemana mediante una serie de leyes constitucionales de 30 de agosto de 1924, eso tiene la consecuencia jurídica de que la adaptación interna a una reforma del plan necesitaría verificarse por medio de ley constitucional (esto es, en el procedimiento del artículo 76, C. a.). Aquí, la "forma" de ley constitucional es sólo un medio técnicojurídico. Sería también equivocado en este caso el decir que el Plan Dawes es una parte de la Constitución alemana, se le jura al jurar el cargo (art. 176, C. a.), está protegido por las prescripciones penales contra la alta traición y que haya de ser entregado a los niños alemanes, según el artículo 148, 3, C. a., al abandonar la escuela.

3. Si una prescripción legal-constitucional establece que "las reglas generalmente reconocidas del Derecho internacional valdrán como elemento obligatorio" del Derecho estatal (artículo 4, Código alemán), esto significa que: se ha practicado para el con-

tenido de ciertas normas internacionales (las reglas generalmente reconocidas, así, pues, sobre todo, reconocidas también por el Estado mismo de que se trate; es decir, normas, y no pactos especiales), el acto formal de una transformación en Derecho estatal con carácter general. La transformación es, en esto, el fenómeno esencial, porque mediante ella se crea el fundamento jurídico (auctoritatis interpositio) de la validez estatal. Con eso, y en tanto se trate de reglas de Derecho internacional generalmente reconocidas, sólo se ordena la transformación general. Aquellas reglas se convierten así en Derecho legal del Estado; pero no en leyes constitucionales o, acaso, en un elemento de la Constitución.

Hugo Preuss sostuvo (con arreglo a una opinión compartida por A. Verpross, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes, Tubinga, 1923, pág. 111) que una prescripción como la del artículo 4, C. a., significa la "inserción del Reich como Estado democrático de Derecho en la comunidad jurídico-internacional". Si el artículo tuviera en realidad tal significación, la Constitución alemana sería la Constitución de un Estado miembro de la federación "Comunidad jurídico-internacional", y el ordenamiento de esta federación sería un elemento de la Constitución alemana. Claro está que Preuss no quería sostener tan fantástica afirmación, sino sólo acentuar, en términos generales, la actitud leal del Reich alemán frente al Derecho internacional. La "Comunidad jurídico-internacional" no tiene estructura como para que se "inserte" en ella un Estado, a la manera que puede insertarse un Estado en una auténtica federación; no es una organización sólida; es el reflejo de la coexistencia de unidades políticas independientes (sobre esto, abajo, en la Teoria de los conceptos fundamentales del Derecho de la Federación, § 29, I, 1). Por consiguiente, la opinión de Preuss demuestra muy poco, a pesar de su sorprendente formulación. Tampoco puede seguirse de ahí que las "reglas generales del Derecho internacional" sean leyes constitucionales, ni que pueda hablarse de elementos de la Constitución alemana en sentido positivo. Verdross (ob. cit., pág. 116) habla de un "afianzamiento del Derecho internacional general en la Constitución" y piensa que, como el artículo 4 (al igual del art. 9 de la Constitución federal austríaca, coincide en lo esencial) pertenece a la Constitución, sólo puede ser suprimido en vías de reforma constitucional. Esto es cierto en cuanto que una prescripción legal-constitucional sólo por ley constitucional puede ser suprimida. Pero no por ello se convierte en ley constitucional del Reich alemán "el Derecho internacional general", o más exacto: la docena de reglas de Derecho internacional generalmente reconocidas. Equivocados también: J. SCHMITT, Zeitschr, f. bad. Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege, 1921, pág. 201, y G. A. Walz, Die Abänderung völkerrechtsgemässen Landesrechts (Völkerrechtsfragen, cuaderno 21, 1927, pág. 150), que admiten una vinculación del legislador alemán respecto de los contenidos transformados más allá de la eficacia transformadora del artículo 4. Los postulados considerados como "reglas de Derecho internacional generalmente reconocidas" no pasan ya por "Derecho del Reich"; son leyes del Reich como otras leyes vigentes del Reich. Acertados Anschütz, Kommentar, págs. 49-50, y Giese, Kommentar, págs. 57-58.

4. Si por medio de un tratado internacional, que no es un pacto federal (y, por tanto, no cambia el status de cada parte contratante en lo relativo a la adscripción a la federación) se fija el status político de totalidad de uno de los Estados contratantes, sólo puede tratarse de formas del sometimiento y dependencia. El pacto contiene entonces una supresión del Poder constituyente del Estado que ha entrado en dependencia.

Ejemplos de tales Tratados internacionales son los Tratados de protectorado de los siglos XIX y XX. Pero también los tratados de intervención, con un derecho a intervenir según el criterio del Estado interventor, cambian el status de una unidad política, cuando la intervención significa una decisión sobre conceptos políticos existenciales, como defensa de la independencia exterior, seguridad y orden públicos, y se pone en manos del Estado facultado para intervenir, por virtud del derecho de intervención, la decisión acerca de estos conceptos; compruébense, p. ej., los Tratados de los Estados Unidos de América con la República de Cuba, de 22 de mayo de 1903 (STRUPP, Documents, II, págs. 236 y siguientes), y con la República de Panamá, de 18 de noviembre de 1903 (eod., págs. 346 y sig.); además, la situación jurídica y política de Haití, Santo Domingo, Nicaragua y (con arreglo a la declaración inglesa de 28 de enero de 1922) también Egipto.

Otro ejemplo de supresión de la libre autodeterminación respecto de aquellos conceptos existenciales está contenido en los artículos 102 y siguientes del Tratado de Versalles. La ciudad libre de Densig es fundada (constituée) por las grandes potencias aliadas; su Constitución es elaborada, de acuerdo con un Alto Comisario de la Sociedad de Naciones, por "representantes de la Ciudad libre, convocados en forma ordinaria", quedando garantizada por la Sociedad de Naciones. Esa no es una Constitución en sentido positivo; no es una libre decisión sobre modo y forma de la propia existencia política.

Ni el Tratado de Versalles, ni los acuerdos del protocolo de Londres de 16 de agosto de 1924, son tratados internacionales de esta clase. Aun siendo tan grandes y pesadas las cargas del Reich alemán, y tan fuertes y aniquiladoras las posibilidades de influencia de las potencias aliadas (ocupación, sanciones, desarme, investigaciones), la decisión sobre aquellos conceptos existenciales no ha sido abandonada inmediatamente a un extraño. Tampoco el que la incorporación de Austria al Reich alemán se haya hecho depender del asentimiento del Consejo de la Sociedad de Naciones (art. 80 del Tratado de Versalles) dejándose por lo pronto sin significación el artículo 61, 2, C. a., suprime la existencia política del Reich alemán. Es por eso inexacto que el Reich alemán haya declinado el carácter de Estado soberano, como aparece, sin un concepto claro de soberanía, en la disertación de H. Gerber, Die Beschränkung der deutschen Souveränität nach dem Versailler Vertrage (Völkerrechtsfragen, cuaderno 20), Berlín, 1927.

5. Cuando, por virtud de obligación internacional, se acepta en las leyes constitucionales de un país el contenido de ciertas estipulaciones internacionales, esto no requiere una supresión ni siquiera disminución de la independencia política del Estado que asegura así obligaciones internacionales mediante la forma juridico-política de las leyes constitucionales. Puede tratarse de un método técnico-jurídico de defensa contra reformas practicadas en vías legislativas ordinarias. La diferencia de Constitución en sentido positivo y determinaciones legal-constitucionales, se hace aquí singularmente clara. El contenido de aquellas estipulaciones jurídico-internacionales es protegido en el Derecho interno por el procedimiento especial de revisión. La forma de ley constitucional sirve a esta finalidad. Pero tales determinaciones no son actos del Poder constituyente de un pueblo. No imprimen la soberanía de un Estado; sólo emplean-en interés de un deber jurídico-internacional-el concepto relativizado de ley constitucional, como medio técnico formal para conseguir una validez reforzada dentro del Estado.

Ejemplos: los tratados internacionales concluídos por las grandes potencias aliadas y asociadas con Polonia 28 de junio de 1919), Checoeslovaquia (10 de septiembre de 1919), Reino Serbio-Croata-Esloveno (10 de septiembre de 1919), y otros Estados de Europa media y oriental, para la protección de minorías nacionales y religiosas (en H. Kraus, Das Recht der Minderheiten, Stilkes Rechtsbibliothek, t. 57, Berlín, 1927; allí mismo, otros ejemplos). En estos llamados Tratados de protección de minorías se suele encontrar la siguiente prescripción en el artículo 1.º: Polonia (o Checoeslovaquia, o el Reino Serbio-

Croata-Esloveno, etc.) se obliga a reconocer las prescripciones protectoras como "leyes fundamentales" (lois fondamentales), en contra de las cuales no puede prevalecer ninguna ley, ninguna ordenanza ni ninguna actuación oficial; igualmente, artículos 65 y 73 del acuerdo germano-polaco sobre Alta Silesia de 15 de mayo de 1922, Gaceta Legislativa del Reich, II, págs. 271, 278. Aquí la palabra "ley fundamental" tiene el sentido relativo de ley constitucional.