

§ 9.

Legitimidad de una Constitución.

I. *Clases de legitimidad de una Constitución.* Una Constitución es legítima—esto es, reconocida, no sólo como situación de hecho, sino también como ordenación jurídica—cuando la fuerza y autoridad del Poder constituyente en que descansa su decisión es reconocida. La decisión política adoptada sobre el modo y forma de la existencia estatal, que integra la sustancia de la Constitución, es válida, porque la unidad política de cuya Constitución se trata, existe, y el sujeto del Poder constituyente puede fijar el modo y forma de esa existencia. No necesita justificarse en una norma ética o jurídica; tiene su sentido en la existencia política. Una norma no sería adecuada a fundar nada aquí. El especial modo de la existencia política no necesita ni puede ser legitimado.

Históricamente, pueden distinguirse dos clases de legitimidad —la dinástica y la democrática—, correspondientes a los dos sujetos del Poder constituyente que históricamente hay que considerar: príncipe y pueblo. Donde prepondera el punto de vista de la *autoridad*, será reconocido el Poder constituyente del rey; donde el punto de vista de la *maiestas populi* domina, la validez de la Constitución descansará en la voluntad del pueblo. Sólo puede hablarse de la legitimidad de una Constitución por razones históricas, y siempre bajo el punto de vista de la distinción entre legitimidad dinástica y democrática. En realidad, se trata con esto de la cuestión de la forma de existencia de una unidad política.

II. *Legitimidad de una Constitución no significa que haya sido tramitada según leyes constitucionales antes vigentes.* Tal idea sería especialmente absurda. Una Constitución no se pone en vigor según reglas superiores a ella. Además, es inconcebible que una Constitución *nueva*, es decir, una nueva decisión política fundamental, se subordine a una Constitución anterior y se haga dependiente de ella. Allí donde se va hacia una nueva Constitu-

ción por abolición de la anterior, no es "ilegítima" la nueva porque la vieja haya sido abolida. Entonces, la vieja Constitución abolida seguiría en vigor. Así, pues, nada tiene que ver la cuestión de la coincidencia de la Constitución nueva y la vieja, con la cuestión de la legitimidad. La legitimidad de la Constitución de Weimar se apoya en el Poder constituyente del pueblo alemán. El hecho de que esta Constitución haya surgido mediante abolición de la anterior, de 1871, podía llevar, a lo sumo, a considerarla ilegítima desde el punto de vista de la legitimidad dinástica, del Poder constituyente del monarca, pero nada más. Igualmente, y a la inversa, es ilegítima, desde el punto de vista de la legitimidad democrática, toda Constitución otorgada, emitida por el Rey sobre la base del principio monárquico. Pero es enteramente imposible aplicar a una nueva Constitución la medida de si ha sido aprobada bajo el patrón de anteriores reglas y formalidades legal-constitucionales, planteando así la cuestión de si, por ejemplo, las determinaciones de la Constitución de Weimar han surgido de acuerdo con los preceptos de procedimiento previstos para reforma constitucional en el artículo 78 de la vieja Constitución del Reich. Una Constitución nueva no puede someterse en tal modo a anteriores normaciones que ya no están en vigor, y es un juego de conceptos desprovisto de significación y sólo comprensible por una mal entendida exigencia de normatividad el plantear la cuestión de si se han seguido o no—para una nueva Constitución, que se encuentra en vigor sin duda—los preceptos adoptados para su propia revisión por una Constitución anterior que ya no rige.

Certeramente dice W. BURCKARDT, *Verfassungss und Gesetzesrecht, Politisches Jahrbuch der Schweizerischen Eidgenossenschaften*, tomo XXVI, 1910, pág. 48: "¿Se puede medir razonablemente la juridicidad de una nueva Constitución con los preceptos de su antecesora? Esa es la cuestión. Si la Constitución actual hubiera de ser no-jurídica porque sus autores no se han atenido a las prescripciones de la anterior, habría que preguntar ante todo si ésta, a su vez, había sido jurídica, etc., y cuando retrocediendo en el tiempo se hubiera tropezado con una Constitución no-jurídica, todas las otras serían también no-jurídicas, porque aquélla no podía dar vida, por aprobación del pasado, a éstas, que deri-

van del presente su derecho a la existencia. ¿Cuál hubiera sido el sentido y la finalidad de todas estas afirmaciones sobre la juridicidad de una Constitución? Hubiera significado machacar en hierro frío." Cuando por lo demás BURCKHARDT plantea la cuestión general: "¿Puede una Constitución prescribir, obligando en Derecho, cómo debe ser cambiada?" (pág. 46) y contesta denegando, esta denegación general se basa en la confusión, aludida con diversas ocasiones, de Constitución en sentido propio y leyes constitucionales. Puede prescribirse mediante ley constitucional cómo deben cambiarse las leyes constitucionales.

Expresiones como "legitimidad" o "ilegitimidad", se usan, a pesar de eso, con lastimosa frecuencia en el sentido de que sólo puede designarse como "legítima" una Constitución cuando ha surgido de conformidad con un procedimiento de *revisión* constitucional regulado en ley constitucional anteriormente válida.

El Tribunal del Reich dice en la conocida sentencia, Asuntos civiles, t. 100, página 25: "Al nuevo poder público (los Consejos de trabajadores y soldados), creado por la revolución, no puede negársele el reconocimiento jurídico-político. La antijuridicidad de su establecimiento no se opone a ello, porque la juridicidad del establecimiento no es una nota esencial del poder público. El Estado no puede subsistir sin un poder público. Con la supresión del viejo poder, se pone en su lugar el nuevo poder, que lo sustituye." Estos postulados muestran sin más la inanimidad de la cuestión de si la Constitución de Weimar ha surgido "jurídicamente", es decir, mediante el procedimiento del artículo 78 de la Constitución suprimida. Hablan, por lo demás, sólo del "poder público", no de la "Constitución", pero valen también para Constitución entendida en su recto concepto y pueden trasladarse asimismo con razón a la Constitución de Weimar, por ejemplo, en ANSCHÜTZ, *Kommentar*, pág. 5 A esto hay que observar: 1. No puede hablarse de legitimidad de un Estado o de un poder público. Un Estado, la unidad política de un pueblo, existe, y existe en la esfera de lo político; es tan poco susceptible de justificación, juridicidad, legitimidad, etc., como si en la esfera del Derecho privado se quisiera fundamentar normativamente la existencia del individuo humano vivo (comp. *Der Begriff des Politischen. Archiv für Sozialwissenschaften*, t. 58, 1927, págs. 1 y sigs.). 2. Estado y poder público son la misma cosa. No hay Estado sin poder público, ni poder público sin Estado; el cambio de los hombres que ejercitan el poder público y el cambio de la ordenación estatal, no suprimen la continuidad de la unidad política. 3. La abolición de una Constitución y la emisión de otra nueva afecta al problema del Poder constituyente (comp. sobre esto, abajo, § 10). 4. La legitimidad de una Constitución afecta en todo caso a este problema del Poder constituyente, pero

no al de la coincidencia con las reglas de leyes constitucionales que ya no están en vigor.

El modo corriente de hablar confunde la constitucionalidad de una Constitución con la licitud de una reforma constitucional. Pero *Constitución constitucional* no es, ni un completo absurdo, ni una vacua trivialidad. Cuando la propia Constitución decide que es constitucional y por ello se la reconoce como tal, no adquiere con esto ninguna nueva propiedad: pues toda Constitución vigente es, como puede comprenderse, constitucional. Una norma no puede legitimarse a sí misma; su validez se apoya en la voluntad existencial de quien la emite. Pero "Constitución constitucional" debe significar tan sólo: constitucional en el sentido de leyes constitucionales que ya no están en vigor; así se aclara sin más la contradicción, pues leyes que ya no están en vigor no pueden prestar ninguna propiedad apreciable de validez y juridicidad.

III. La *legitimidad dinástica* se apoya en la autoridad del monarca. Como un hombre aislado alcanza raramente desde su ser individual esa significación política, tampoco puede estar en el príncipe como individuo el Poder constituyente. Lleva hacia la legitimidad dinástica, que se apoya en la permanencia histórica de una *familia* vinculada al Estado, en la continuidad de la dinastía y de la *sucesión hereditaria*.

La *legitimidad democrática* se apoya, por el contrario, en el pensamiento de que el Estado es la unidad política de un *Pueblo*. Sujeto de esta definición del Estado es el Pueblo; Estado es el *status* político de un Pueblo. Modo y forma de la existencia estatal, se determinan, según el principio de la legitimidad democrática, por la libre voluntad de un Pueblo. La voluntad constituyente del pueblo no está vinculada a ningún determinado procedimiento. Ya antes se ha expuesto que la actual práctica de las Constituciones democráticas ha dado lugar a ciertos métodos, sea el de la elección de una Asamblea constituyente, sea el de una votación popular. Con frecuencia se ligan estos métodos al pensamiento de la legitimidad democrática, insertando un cierto procedimiento en el concepto de legitimidad, y caracterizando después como verdaderamente democráticas sólo aquellas Constituciones que han encontrado la aprobación de una mayoría de ciudadanos formada en el procedimiento de votación individual

secreta. Ya se ha dicho, y habrá que volver sobre ello, que estos métodos de votación individual secreta son problemáticos, precisamente desde el punto de vista de una Democracia auténtica. También es siempre posible y fácil reconocer un acuerdo tácito del pueblo. En la simple participación en la vida pública fijada por una Constitución, puede verse, por ejemplo, una conducta concluyente, mediante la cual basta a manifestarse con claridad la voluntad constituyente del pueblo. Esto puede decirse de la participación en las elecciones que una cierta situación política comporta.

BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, 1898, II, págs. 363-4, dice que toda "norma jurídica otorgada puede alcanzar una validez jurídica verdadera, incluso con un reconocimiento rencoroso de los miembros de la comunidad jurídica, como cualquier ordenamiento jurídico revolucionario"; en todo momento, es "sólo el reconocimiento general de las normas establecidas" el que produce la juridicidad. Y, pág. 357: "la aceptación de las elecciones para este Reichstag constituyente (1867) envolvía entonces un pleno e inequívoco reconocimiento previo de la Constitución a pactar con él (por los Gobiernos federales)".

De esta manera puede adjudicarse a las más distintas Constituciones el carácter de la legitimidad democrática, en tanto se basen en el Poder constituyente del pueblo, presente siempre, incluso cuando sólo actúa por la tácita.