PRÓLOGO

El presente trabajo no es ni un comentario, ni una serie de disertaciones monográficas, sino el intento de una sistema. *En Alemania tiene hoy la Constitución de Weimar destacados comentarios y monografías, cuyo alto valor en la teoría y la práctica es reconocido, y no necesitan más elogio. Es necesario, empero, afanarse además por erigir también una Teoría de la Constitución y considerar el terreno de la* Teoría de la Constitución *como rama especial de la Teoría del Derecho público.*

Este importante y autónomo sector de la Literatura no ha experimentado cultivo alguno en la generación última. Sus cuestiones y materias fueron discutidas, más o menos esporádica e incidentalmente, bien en el Derecho político, con muy diversos temas del Derecho público, o bien en la Teoría general del Estado. Esto se explica históricamente por la situación del Derecho político de la Monarquía constitucional, quizás también por la peculiaridad de la Constitución de Bismarck, cuya genial concepción reunía sencillez elemental y complicada torpeza; pero, sobre todo, por el sentimiento de seguridad política y social de la Preguerra. Una cierta concepción del "Positivismo" sirvió para desplazar cuestiones fundamentales de la Teoría constitucional desde el Derecho político hacia la Teoría general del Estado, donde encontraban una situación poco clara entre teorías políticas en general y temas filosóficos, históricos y sociológicos. Sobre esto debe recordarse aquí que también en Francia se ha

desarrollado tarde la Teoría de la Constitución. En el año 1835 se creó (para ROSSI) *una Cátedra de Derecho constitucional en París, que, sin embargo, fué suprimida en 1851 (después del golpe de Estado de Napoleón III). La República creó una nueva Cátedra en 1879; pero todavía en 1851 se quejaba* BOUTMY *(en sus* Etudes de Droit constitutionnel) *de que la rama más importante del Derecho público estuviese abandonada en Francia y no la enseñase ningún autor reconocido. Hoy encuentra su expresión la singularidad de esta parte del Derecho público en nombres famosos, como* ESMEIN, DUGUIT, HAURIOU... *Es de esperar que la consideración científica de la Constitución de Weimar lleve también en Alemania a la formación de una Teoría constitucional, si no impiden trastornos políticos interiores y exteriores el tranquilo y coordinado trabajo. Los escritos de Derecho público de los últimos años, y sobre todo las publicacines de la Unión Alemana de Profesores de Derecho político, dejan reconocer ya esta tendencia. Si la práctica de una comprobación judicial de la constitucionalidad de las leyes sigue desarrollándose —como es de esperar, dada la actual posición del Tribunal del Reich—, esto conduciría también a ocuparse del aspecto teorético-constitucional de todas las cuestiones jurídicas. Por último, séame dado aducir que también las experiencias que he podido hacer desde 1919 en clases, prácticas y exámenes confirman esta visión de la Teoría constitucional como un territorio independiente del Derecho público, que requiere ser tratado por sí mismo. Ya mismo podría ser, en verdad, Teoría de la Constitución una parte de las lecciones universitarias sobre Teoría general del Estado (Política).*

Como aquí sólo ha de proyectarse un sencillo compendio, no es del caso agotar monográficamente las distintas cuestiones del Derecho político y enumerar bibliográficamente la literatura. Tanto en los Comentarios a la Constitución de Weimar de ANSCHÜTZ *y de* GIESSE, *como en el compendio de Derecho polí-*

tico del Reich y de los Países, de STIER-SOMLO, *se encuentran, por lo demás, buenos cuadros de conjunto; de aquí que no sea necesario repetir una enumeración de títulos de libros. En una exposición científica son indispensables, es cierto, citas y compulsaciones. Sin embargo, aquí se han concebido, ante todo, como ejemplos, y deben aclarar la posición de ciertas cuestiones particulares en el sistema de la Teoría constitucional. Se procura siempre, más que nada, una línea clara y comprensible, sistemática. Hay que acentuar que actualmente en Alemania parece faltar la conciencia sistemática, y ya hasta en las colecciones científico-populares (cuya justificación sólo puede consistir en la sistemática más estricta) la Constitución es tratada "en forma de comentario libre", es decir, de notas a los distintos artículos. Frente a los métodos de comentario y glosa, pero también frente a la dispersión en investigaciones monográficas, quiero dar aquí un marco sistemático. Con ello no se contestan todas las cuestiones del Derecho político, ni todas las cuestiones de la Teoría general del Estado. Pero podría significar un esclarecimiento desde ambos lados, en los principios generales como en algunas cuestiones particulares, para desarrollar, en caso de verdadero logro, una Teoría de la Constitución en el sentido que aquí se entiende.*

Como cosa principal se presenta la Teoría de la Constitución del Estado burgués de Derecho. En eso no se puede hallar ningún reparo contra el libro, pues esta especie de Estado es todavía hoy el dominante en general, y la Constitución de Weimar corresponde a su tipo. Por eso parece también adecuado remitirse en los ejemplos, ante todo, a los moldes clásicos de las Constituciones francesas. Claro que aquel tipo no puede, en manera alguna, elevarse a dogma, ni ser ignorados su condicionamiento histórico y su relatividad política. Corresponde, por el contrario, a los temas de una Teoría de la Constitución el demostrar que muy diversas fórmulas y conceptos tradicionales dependen por

entero de situaciones anteriores, y no son ya viejos odres para el vino nuevo, sino sólo etiquetas anticuadas y falsas. Numerosas ideas dogmatizadas del actual Derecho público radican por completo en la mitad del siglo XIX y tienen el sentido (hace tiempo disipado) de servir a una integración. Quiero valorar aquí este concepto fecundamente elaborado para el Derecho político por RODOLFO SMEND, *con el fin de indicar sencillamente las circunstancias de un suceso: entonces, en el siglo XIX, cuando surgieron las definiciones todavía hoy aportadas de ley y otros importantes conceptos, se trataba de la integración de una cierta clase social, la burguesía instruída y rica, en un cierto Estado que entonces existía, la Monarquía más o menos absoluta. Hoy, con una situación de hecho completamente diferente, aquellas fórmulas pierden su contenido. Se me responderá que también los conceptos y distinciones de mi trabajo dependen de la situación de la época. Pero ya sería una grave ventaja que, al menos, se afirmaran en el presente y no supusieran una situación hace tiempo desaparecida.*

Una singular dificultad de la Teoría constitucional del Estado burgues de Derecho consistiría en que el elemento de la Constitución propio de este tipo de Estado se encuentra hoy todavía confundido con la Constitución toda, si bien no puede bastarse a sí mismo, en realidad, sino que concurre con el elemento político. El equiparar—en pura ficción—los principios del Estado burgués de Derecho con la Constitución ha llevado a dejar desatendidos, o desconocer, fenómenos esenciales de la vida constitucional. La manipulación del concepto de soberanía bajo estos métodos de ficciones y desconocimientos es lo que más ha sufrido. En la práctica se desarrolla el empleo de actos apócrifos de soberanía, para los que es característico que autoridades o cargos del Estado, sin ser soberanos, realicen actos de soberanía ocasionalmente y bajo tolerancia tácita. Los casos más importantes se citan en su sitio (págs. 126, 174, 205), a lo largo de

la siguiente exposición. Una discusión detallada de este tema correspondería a la Teoría de la soberanía y, por tanto, a la Teoría general del Estado. También las consideraciones acerca de la Teoría de la soberanía de H. HELLER (Die Souveränität, *Berlín, 1927) afectaría a temas de la Teoría del Estado y deben por eso intentarse en otro orden de estudios. Aquí sólo había que tratar de lo pertinente a la Teoría de la Constitución en sentido propio. La Teoría de las formas de Gobierno en general, así como la Teoría de la Democracia, Monarquía y Aristocracia en particular, debe limitarse, por la misma razón, en el campo de lo ajeno a una Teoría de Constitución (a diferencia de una Teoría del Estado). Por lo demás, ya en esta delimitación se sobrepasa el volumen del libro que la Editorial había previsto.*

* * *

Durante la impresión aparecieron una serie de escritos y artículos de singular interés para el tema de una Teoría de la Constitución, y cuyo gran número demuestra que cada vez destaca más la Teoría de la Constitución como aspecto específico del Derecho político. Las disertaciones de la Dieta de 1927 de los Profesores alemanes de Derecho político son citadas según el informe de A. HENSEL *en el* Archiv des öffentlichen Rechts, *t. XIII, nueva serie, págs. 97 y siguientes, porque la publicación completa (cuaderno 4 de las publicaciones de la Unión alemana de Profesores de Derecho político, en* W. DE GRUYTER) *sólo aparece en diciembre de 1927. Durante la impresión han llegado a mi conocimiento los siguientes trabajos que, al menos, quiero citar aquí:* ADOLFO MERKL: Allgemeines Werwaltungsrecht (*en J. Springer*); WALTER JELLINEK: Verwaltungsrecht (*en J. Springer*); O. KOELLREUTTER, *artículo "Staat", en el* Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, *editado por Stier-Somlo y A. Elster; los artículos de* G. JÈZE: *"L'entrée au service public"* (Revue du Droit Public. *XLIV*); CARRÉ DE MALBERG: La Constitutionnalité

des lois et la Constitution de 1875; BERTHÉLEMY: *Les lois constitutionnelles devant les juges*" (Revue Politique et Parlementaire, *CXXX, II/III,* y W. SCHEUNER: "*Über die verschiedenen Gestaltungen des parlamentarischen Regierungssystems* (Archiv des öffentlichen Rechts, *XIII*). *Para enero de 1928 se anuncia una nueva edición del* Kommentar zur Reichsverfassung, *de* POETZSCH-HEFFTER *(en O. Liebmann); por desgracia, no era posible aportar aún la nueva obra de este destacado jurista. Además, está anunciado un libro de* RODOLFO SMEND *sobre cuestiones de Teoría constitucional. Yo he intentado en mi actual trabajo enfrentarme con sus anteriores publicaciones, y en la confrontación he experimentado la riqueza y honda fecundidad de sus pensamientos. Por eso, lamento de manera singular no conocer y poder valorar la esperada exposición de Teoría constitucional.*

CARL SCHMITT.

Bonn, diciembre, 1927.