

Alianza Universidad. Textos

Carl Schmitt

## Teoría de la Constitución

Presentación de Francisco Ayala

Epílogo de Manuel García-Pelayo

Versión española de Francisco Ayala

Alianza Editorial

la Constitución de Weimar— sería la médula esencial y el único contenido de la Constitución. Toda la Constitución sería tan sólo un dispositivo, y, en realidad, sólo una ley en blanco que en cada caso puede llenarse según las prescripciones sobre reforma constitucional. A todo precepto constitucional alemán tendría que añadirse el complemento: a reserva de un cambio en vía del art. 76 C. a. «El Reich alemán es una República» (art. 1) —a reserva del art. 76 C. a.—; «El matrimonio es el fundamento de la familia» (art. 119) —a menos que se determine otra cosa en vías del artículo 76 C. a.—; «Todos los habitantes del Reich gozan de plena libertad de creencias y conciencia» (art. 135) —a menos que no se les quite en vías del art. 76—, etc. Esta sería la consecuencia del concepto «formal» de Constitución, según lo presenta hoy con la mayor naturalidad la actual doctrina alemana del Derecho político.

Pero ni lógica ni jurídicamente es posible un tal concepto de Constitución. No se puede orientar la determinación del concepto de *Constitución* con arreglo al criterio de cómo puede reformarse una *ley constitucional* concreta. Tampoco es lícito definir la ley constitucional como una ley susceptible de ser reformada con un cierto procedimiento, porque las condiciones dificultadas para la reforma descansan ellas mismas en una prescripción constitucional y presuponen su concepto. Sería manifiestamente inexacto decir: el art. 76 C. a. es una ley constitucional, porque puede ser cambiado e incluso suprimido en vías del art. 76. En primer lugar, es inexacto aceptar que puede ser tocada cualquier regulación legal-constitucional en vías del art. 76 (comp. después, § 11), y en segundo lugar, la esencia de una ley constitucional no puede ser reconocida porque sea susceptible de reforma en un cierto procedimiento. Por el procedimiento de *reforma* no puede definirse la esencia del objeto reformado. Una reforma constitucional hecha constitucionalmente, depende, desde los puntos de vista lógico y cronológico, de la Constitución. Las prescripciones de la Constitución de Weimar son, aun sin atender al art. 76, leyes constitucionales en sentido formal; no reciben su fuerza de su eventual reformabilidad, sino que las prescripciones sobre la reforma, como las otras prescripciones legal-constitucionales, deben su fuerza a la Constitución. Si se quiere obtener el concepto formal de Constitución de los requisitos para la reforma de una prescripción legal-constitucional, se confunde el poder constituyente del Pueblo alemán con las facultades que el Reichstag, el Reichsrat o el cuerpo electoral han recibido en el art. 76. La competencia para reformar las leyes constitucionales es una competencia incluida en el marco de la Constitución, fundada en la misma, y no sobrepasándola. No envuelve la facultad de dar una nueva Constitución, y mediante una referencia a esta facultad no puede alcanzarse ningún concepto utilizable de Constitución, sea «formal» u otro. Se necesita, pues, otra definición de Constitución, distinta de ésta, «formal».

## EL CONCEPTO POSITIVO DE CONSTITUCION

(La Constitución como decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política)

Sólo es posible un concepto de Constitución cuando se distinguen Constitución y ley constitucional. No es admisible disolver primero la Constitución en una pluralidad de leyes constitucionales concretas y después determinar la ley constitucional por algunas características externas o acaso por el procedimiento de su reforma. De este modo se pierden un concepto esencial de la Teoría del Estado y el concepto central de la Teoría de la Constitución. Fue un error característico la afirmación de un famoso teórico del Derecho político, según el cual la transformación de la Constitución en una «especie de la ley» es una «adquisición de la cultura política del presente». Antes al contrario, para la Teoría constitucional la distinción entre Constitución y ley constitucional es el comienzo de toda discusión ulterior.

El juicio citado de que la Constitución es una «especie de la ley» procede de Bernatzik (*Grünbuts Zeitschr. für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, t. 26, 1899, pág. 310). Se dirige contra la opinión de que la Constitución es un pacto (entre Príncipe y Parlamento), queriendo distinguir con claridad la Constitución, como algo permanente e irrevocable, del pacto que «crea una relación de utilidad recíproca» (*selbstnütziges*) y que «bajo ciertas circunstancias es impugnabile, nulo, revocable, soluble». Se explica la confusión de Constitución y ley constitucional, por cuanto que se acentuaba sólo polémicamente el concepto de *ley* en contraste con un *pacto*, mientras que hoy el contraste con la ley (en el sentido de resolución parlamentaria) debe acentuarse, no contraponiéndolo a la construcción de pacto, sino al concepto positivo de Constitución, para protegerle de una disolución y corrupción formalista.

I. La Constitución en sentido positivo surge mediante un *acto del poder constituyente*. El acto constituyente no contiene como tal unas normaciones cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de deci-

sión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia. Este acto *constituye* la forma y modo de la unidad política, cuya existencia es anterior. No es, pues, que la unidad política surja porque se haya «dado una Constitución». La Constitución en sentido positivo contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política. Esta forma se puede cambiar. Se pueden introducir fundamentalmente nuevas formas sin que el Estado, es decir, la unidad política del pueblo, cese. Pero siempre hay en el acto constituyente un sujeto capaz de obrar, que lo realiza con la voluntad de dar una Constitución. Tal Constitución es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta *por sí misma y se da a sí misma*.

En la fundación de nuevos Estados (como en el año 1775 en los Estados Unidos de América, o en el año 1919 con la fundación de Checoslovaquia), o en revoluciones sociales fundamentales (Francia, 1789; Rusia, 1918), se presenta con la mayor claridad este carácter de la Constitución como una decisión consciente que fija la existencia política en su concreta forma del ser. Con esto puede surgir también con la mayor facilidad la idea de que una Constitución ha de fundar siempre un nuevo Estado, error que se explica, de otra parte, por la confusión de la Constitución con un «pacto social» (mediante el cual se funda la unidad política); comp. más adelante, § 7, pág. 80. Otro error ligado con esto consiste en considerar la Constitución como una codificación exhaustiva. La unidad de la Constitución, sin embargo, no reside en ella misma, sino en la unidad política, cuya particular forma de existencia se fija mediante el acto constituyente.

La Constitución no es, pues, cosa absoluta, por cuanto que no surge de sí misma. Tampoco vale por virtud de su justicia normativa o por virtud de su cerrada sistemática. No se da a sí misma, sino que es dada por una unidad política concreta. Al hablar, es tal vez posible decir que una Constitución *se establece por sí misma* sin que la rareza de esta expresión choque en seguida. Pero que una Constitución *se dé a sí misma* es un absurdo manifiesto. La Constitución vale por virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da. Toda especie de normación jurídica, y también la normación constitucional, presupone una tal voluntad como existente.

Las *leyes constitucionales* valen, por el contrario, a base de la Constitución y presuponen una *Constitución*. Toda ley, como regulación normativa, y también la ley constitucional, necesita para su validez en último término una *decisión* política previa, adoptada por un poder o autoridad políticamente existente. Toda unidad política existente tiene su valor y su «razón de existencia», no en la justicia o conveniencia de normas, sino en su existencia misma. Lo que existe como magnitud *política*, es, jurídicamente considerado, digno de existir. Por eso su «derecho a sostenerse y subsistir» es el supuesto de toda discusión ulterior; busca ante todo subsistir en su existencia, *in suo esse perseverare* (Spinoza); defiende «su existencia, su integridad, su seguridad y su Constitución» —todo valor existencial.

La conjunción de «existencia, integridad, seguridad y Constitución» es singularmente expresiva y certera. Se encuentra en el art. 74, a. C. a., que la adoptó del acuerdo de la Federación alemana de 18 de agosto de 1836. Esta resolución federal decidió que toda empresa dirigida contra la existencia, la integridad, la seguridad o la Constitución de la Federación alemana en los distintos Estados de la Federación, sería juzgada y castigada como alta traición o traición al país (*Landesverrat*). La Constitución federal suiza de 29 de mayo de 1874 declara en su preámbulo como propósito de la Comunidad suiza, afirmar el vínculo de los confederados, sostener y propulsar la unidad, fuerza y honor de la Nación suiza; en su art. 2.º declara como fin de la Federación: «Afirmación de la independencia de la Patria contra el extranjero, mantenimiento de la tranquilidad y orden en el interior», etc. No hay ninguna Constitución sin tales conceptos existenciales.

Como quiera que todo ser es concreto y se encuentra dispuesto de cierta manera, a toda existencia política concreta le corresponde alguna Constitución. Pero no toda entidad con existencia política decide en un acto consciente acerca de la forma de esta existencia política, ni adopta mediante determinación propia consciente la decisión sobre su modo concreto de ser, como los Estados americanos en su Declaración de Independencia y la Nación francesa en el año 1789. Frente a esta decisión existencial, todas las regulaciones normativas son secundarias. Tampoco los conceptos, aplicados en normas jurídicas, que presuponen la existencia política, conceptos como alta traición, traición al País, etc., reciben su contenido y su sentido de una norma, sino de la realidad concreta de una existencia política independiente.

II. *La Constitución como decisión*. Es necesario hablar de la Constitución como de una unidad, y conservar entre tanto un sentido absoluto de Constitución. Al mismo tiempo, es preciso no desconocer la relatividad de las distintas *leyes* constitucionales. La distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una *decisión política del titular del poder constituyente*, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica.

Así, la Constitución francesa de 1791 envuelve la decisión política del pueblo francés a favor de la Monarquía constitucional con dos «representantes de la Nación», el Rey y el Cuerpo legislativo. La Constitución belga de 1831 contiene la decisión del pueblo belga a favor de un Gobierno monárquico (parlamentario) de base democrática (Poder constituyente del pueblo), al modo del Estado burgués de Derecho. La Constitución prusiana de 1850 contiene una decisión del Rey (como sujeto del Poder constituyente) a favor de una Monarquía constitucional al modo del Estado burgués de Derecho, con lo que queda conservada la Monarquía como forma del Estado (y no sólo como forma del Ejecutivo). La Constitución francesa de 1852 contiene la decisión del pueblo francés a favor del Imperio hereditario de Napoleón III, etc.

Estas decisiones políticas fundamentales son, por lo que afecta a la Constitución de Weimar: la decisión a favor de la *Democracia*, adoptada

por el pueblo alemán en virtud de su existencia política como Pueblo; encuentra su expresión en el preámbulo («el Pueblo alemán se ha dado esta Constitución») y en el art. 1, 2: «El poder del Estado emana del Pueblo»; además, la decisión a favor de la República y contra la Monarquía en el art. 1, 1: «El Reich alemán es una República»; la decisión a favor del mantenimiento de los Países, es decir, de una *estructura de forma federal* (si bien no propiamente federal) *del Reich* (art. 2); la decisión a favor de una *forma fundamentalmente parlamentario-representativa de la legislación y el Gobierno*; por último, la decisión a favor del *Estado burgués de Derecho* con sus principios: derechos fundamentales y división de poderes (después, § 12, pág. 138). Con esto se caracteriza el Reich alemán de la Constitución de Weimar como una Democracia constitucional, es decir, como un Estado burgués de Derecho en la forma política de una República democrática con estructura federal. La determinación del art. 17 C. a., que prescribe una Democracia parlamentaria para todas las Constituciones de los Países, contiene la corroboración de aquella decisión fundamental de conjunto a favor de la Democracia parlamentaria.

1. Las determinaciones de la Constitución de Weimar aquí citadas no son leyes constitucionales. Frases como: «el pueblo alemán se ha dado esta Constitución»; «el poder del Estado emana del pueblo»; o: «el Reich alemán es una República», no son leyes y, por lo tanto, tampoco leyes constitucionales. Ni aun siquiera son leyes de bases o leyes fundamentales. Pero no por eso son algo mínimo o indigno de consideración. Son *más* que leyes y normaciones; son las decisiones políticas concretas que denuncian la forma política de ser del pueblo alemán y forman el supuesto básico para todas las posteriores normaciones, incluso para las leyes constitucionales. Todo lo que dentro del Reich alemán hay de legalidad y normatividad, vale solamente sobre la base, y solamente en el marco, de estas decisiones. Ellas extinguen la sustancia de la Constitución. El hecho de que la Constitución de Weimar sea una Constitución y no una suma inconexa de prescripciones particulares reformables según el art. 76 C. a., colocadas en el texto por los partidos del Gobierno de coalición de Weimar a favor de cualesquiera «compromisos», consiste sólo en esta decisión existencial totalitaria del pueblo alemán.

Es un error típico de la teoría del Estado de la Pleguerra desconocer la esencia de tales decisiones y hablar, sintiendo que había ahí algo distinto de una normación legal, de «simples proclamaciones», «simples declaraciones» y hasta «lugares comunes». La Constitución misma se disuelve así en la nada entre ambos elementos: algunas expresiones de mejor o peor gusto, por un lado; una multitud de leyes inconexas, externamente caracterizables, por el otro. Consideradas de manera razonable, aquellas decisiones políticas fundamentales son, incluso para una jurisprudencia positiva, el primer impulso y lo propiamente positivo. Las posteriores normaciones, las enumeraciones y delimitaciones de competencias en detalle, las leyes para las que se ha elegido por cualquier causa la forma de la ley constitucional, son relativas y secundarias frente a aquellas decisiones; su singula-

ridad externa se caracteriza en el hecho de que sólo pueden ser reformadas o suprimidas mediante el procedimiento dificultado de reforma del art. 76.

Las Constituciones del Reich de 1871 y 1919 contienen preámbulos en que la decisión política se encuentra formulada de manera singularmente clara y penetrante. La teoría del Derecho político alemán los ha tratado casi siempre como «simples declaraciones», como «noticias históricas», como «hechas de modo sólo enunciativo, no dispositivo» (así, Anschütz: *Kommentar*, pág. 32; Meyer-Anschütz, pág. 646, nota). También aquellos escritores que muestran mayor comprensión para el significado jurídico de dichos preámbulos y que no pasan de largo con tales simples distinciones, hablan sólo de que el preámbulo debe indicar «el espíritu de la obra constitucional», que se trata de «imponderables», etc. (Wittmayer, pág. 40). El que más lejos ha llegado es E. Hubrich: *Das demokratische Verfassungsrecht des Deutschen Reiches*, Greifswald, 1921, pág. 13: el preámbulo de la Constitución de Weimar no tiene un simple carácter enunciativo, sino, «en realidad, carácter dispositivo-jurídico». ¿Por qué? ¿Porque está promulgado con arreglo al § 6 de la ley de 10 de febrero de 1919! Pero, además de esto, porque contiene, si bien tan sólo «en muy generales trazos», reglas obligatorias —una unión interesante de formalismo desesperado con alguna percepción de la significación objetiva del preámbulo.

En las deliberaciones de la Asamblea Nacional de Weimar dominaron las expresiones de la preguerra (Kahl: *Prot.*, pág. 490). Se habló de «simple declaración», incluso de efectos de agitación y otras cosas interesantes desde el punto de vista psicológico. Pero lo único decisivo es: el preámbulo de la Constitución de Weimar contiene la declaración auténtica del pueblo alemán, que quiere decidir con plena conciencia política como sujeto del poder soberano. Lo específicamente democrático de la Constitución consiste en que no es el Rey, sino el pueblo, quien ejerce el Poder constituyente. De este decisivo contraste del Poder constituyente frente a todos los otros poderes y facultades derivados no cabía hablar en la Jurisprudencia de la preguerra —y casi todos los juristas de la Asamblea Nacional de Weimar empleaban sólo el vocabulario del Derecho político monárquico.

2. El significado práctico de la diferenciación entre Constitución y ley constitucional se muestra en los siguientes ejemplos de su aplicación:

a) En vías del art. 76 C. a. pueden reformarse las *leyes* constitucionales, pero no la Constitución como totalidad. El art. 76 dice que «la Constitución» puede reformarse en la vía legislativa. En realidad, y por el modo poco claro de expresión corriente hasta ahora, no distingue el texto de este artículo entre Constitución y ley constitucional. Sin embargo, el sentido es claro y se expondrá con mayor claridad aún, después, en las explicaciones que han de venir (acerca de los límites de la competencia para la reforma de la Constitución, § 11, pág. 118). Que «la Constitución» pueda ser reformada, no quiere decir que las decisiones políticas fundamentales que integran la sustancia de la Constitución puedan ser suprimidas y sustituidas por otras cualesquiera mediante el Parlamento. El Reich alemán no puede ser transformado en una Monarquía absoluta o en una República soviética por mayoría de dos tercios del Reichstag. El «legislador que reforma la Constitución», previsto en el art. 76, no es en manera alguna omnipotente. La terminología que habla del «omnipotente» Parlamento

inglés, irreflexivamente repetida desde De Lolme y Blackstone, y trasladada a todos los otros Parlamentos posibles, ha introducido aquí una gran confusión. Pero una resolución mayoritaria del Parlamento inglés no bastaría para hacer de Inglaterra un Estado soviético. Sostener lo contrario sería, no ya una «consideración de tipo formalista», sino igualmente falso desde los puntos de vista político y jurídico. Semejantes reformas fundamentales no podría establecerlas una mayoría parlamentaria, sino sólo la voluntad directa y consciente de todo el pueblo inglés.

El acto de dar la Constitución es *cualitativamente* distinto del de reformarla (es decir, revisar las leyes constitucionales contenidas en el texto), porque en un caso se entiende por Constitución la decisión de totalidad, y en otro, la ley constitucional. Por eso, una Asamblea «constituyente» es cualitativamente distinta de un Parlamento, de un Cuerpo legislativo normal, o sea, constitucionalmente previsto. El texto de la Constitución de Weimar fue puesto en vigor por simple mayoría de una Asamblea «constituyente» que, naturalmente, podía establecer las prescripciones constitucionales, no en virtud de su propio derecho, sino sólo en virtud de un encargo especial inmediato. Si una tal Asamblea constituyente no fuera cualitativamente distinta de un Parlamento ordinario, se iría al resultado absurdo y torcido de que un Parlamento, mediante acuerdos adoptados por simple mayoría, pudiera vincular a todos los siguientes Parlamentos (elegidos por el mismo pueblo y a través de los mismos métodos democráticos), haciendo exigible una mayoría establecida para la supresión de ciertas leyes (no distintas cualitativamente) que fueron puestas en vigor por una simple mayoría. Sobre la distinción entre el acto de dar la Constitución y el de reformarla, después, § 10, I, pág. 108, y § 11, II, pág. 117.

b) *La Constitución es intangible*, mientras que las leyes constitucionales pueden ser suspendidas durante el estado de excepción, y violadas por las medidas del estado de excepción. Según el art. 48, 2, C. a., está facultado el Presidente del Reich para adoptar tales medidas; los derechos fundamentales establecidos en los arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153 C. a. pueden ser puestos temporalmente fuera de vigor. Todo esto no atenta a la decisión política fundamental ni a la sustancia de la Constitución, sino que precisamente se da en servicio del mantenimiento y subsistencia de la misma. Por eso sería absurdo hacer de la intangibilidad de la Constitución una intangibilidad de cada una de las leyes constitucionales y ver en cada una de las prescripciones legal-constitucionales un obstáculo insuperable para la defensa de la Constitución en su conjunto. Esto, en la práctica, no sería más que colocar la ley particular por encima del conjunto de la forma de existencia política, cambiando en su contrario el sentido y finalidad del estado de excepción.

Para la interpretación del art. 48, 2, C. a. (dictadura del Presidente), se ha puesto en pie la teoría de que las medidas del Presidente del Reich no pueden «tocar» a ninguna determinación constitucional (fuera de los siete derechos fundamentales suspendibles), porque «la Constitución es intangible»; así, la doctrina de la «intangibilidad» expuesta por Richard Grau y tan citada por él (*Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten und der Landesregierungen auf Grund des Artikels 48 der Reichsverfassung*, Ber-

lín, 1922; además, *Verhandlungen des 33 Deutschen Juristentags*, 1925, págs. 81 y sig.; *Gedächtnisschrift für Emil Seckel*, 1927, págs. 430 y sigs.). Esta teoría es sólo posible en tanto que se confunda la Constitución con cada una de las leyes constitucionales y no se distinga entre una frase como «El Reich alemán es una República» (art. 1.º) y determinaciones particulares como «Se garantizará a los funcionarios el conocimiento de su expediente personal» (art. 129). Con esto, hay que desconocer por completo la esencia de una Dictadura de comisario.

c) La Constitución garantiza una serie de llamados *derechos fundamentales*. Es preciso distinguir la regulación concreta en una ley constitucional de tales garantías fundamentales, y la garantía misma. Mediante normaciones constitucionales y legales pueden admitirse amplias intervenciones en el campo de los derechos fundamentales garantizados. Pero tan pronto como el derecho fundamental es *negado*, la Constitución misma queda vulnerada. Una negación semejante no puede tener lugar en un Estado burgués de Derecho por medio de una ley de reforma de la Constitución; comp. después, § 14, pág. 181.

d) Un *conflicto constitucional* propiamente dicho no afecta a cada una de las muchas particularidades de la ley constitucional, sino sólo a la Constitución como decisión política fundamental; comp. después, § 11, III, página 126.

e) El *juramento de la Constitución* (art. 76, C. a.) no significa un juramento de cada una de las distintas normas de la ley constitucional; mucho menos significa un (inmoral) juramento en blanco que habría que relacionar con el procedimiento de reforma y envolver conformidad y sumisión a todo lo que se establezca en vías del art. 76. No puede jurarse un procedimiento de reforma. Lo singular y específico del juramento consiste en que, el que jura, se vincula *existencialmente* con su persona; el juramento de la Constitución es una tal vinculación respecto de la forma de existencia política. Este juramento significa, pues, un juramento de la Constitución entendida en sentido propio y positivo, es decir, un reconocimiento, confirmado por el juramento, de las decisiones políticas fundamentales que se hallan contenidas en la Constitución de Weimar y que hacen de ella una Constitución en sentido sustancial. (Sobre esto, la disertación sostenida en Bonn por E. Friesenhahn, *Der politische Eid*, *Bonner Abhandlungen*, cuaderno 1, 1928.)

f) *La alta traición* es un ataque a la Constitución, no a la ley constitucional; sobre esto, después, § 11, IV, pág. 132.

g) Algunas prescripciones *legal-constitucionales* pueden seguir valiendo como prescripciones legales, aun sin especial reconocimiento legal, después de abolida la Constitución (comp. los ejemplos, después, § 10, II, 2, pág. 110); la Constitución derogada, como es natural, no cuenta ya.

h) Según el art. 148, 3, 2, C. a., cada escolar recibe a la terminación de sus deberes escolares un ejemplar «de la Constitución». Naturalmente, no recibe la voluminosa y pesada colección de todas las leyes constitucionales en sentido formal surgidas desde 1919 con arreglo al procedimiento

más difícil del art. 76 C. a. No se le entrega un ejemplar de la ley de reforma de la Constitución de 30 de agosto de 1924 (*Gaceta Legislativa del Reich*, II, págs. 235-357), emitida sobre la base del protocolo de Londres de 16 de agosto de 1924; tampoco, a pesar del art. 178, 2, 2, un ejemplar del Tratado suscrito en Versalles en 28 de junio de 1919.

### III. El carácter de compromiso de la Constitución de Weimar.

1. La Constitución de Weimar es una Constitución porque contiene las decisiones políticas fundamentales sobre la forma de existencia política concreta del pueblo alemán, antes enumeradas (v. II, 1). Pero en las particularidades de la regulación *legal*-constitucional, así como en ciertas declaraciones y programas que fueron aceptados en el texto de la Constitución, se encuentran algunos compromisos y oscuridades que no contienen decisión alguna y en los que, por el contrario, los partidos de la coalición buscaron soslayar una decisión. Las decisiones planteadas de modo inmediato con la situación política no pueden, naturalmente, ser soslayadas en la Constitución, pues, si no, ésta no existiría. Si una Asamblea «constituyente» intentara eludir la decisión, la decisión recaería entonces fuera de la Asamblea, por vías violentas o pacíficas; en el último caso podría ocurrir que una simple ley aportara la decisión, o acaso un sencillo precedente cuya eficacia misma sólo es explicable si se quiere reconocer en él la voluntad del pueblo como sujeto del poder constituyente.

La Asamblea nacional francesa intentó, al formular las leyes constitucionales de 1875, dejar abierta la posibilidad de un restablecimiento de la Monarquía. Estas leyes constitucionales no envolvían, pues, una decisión clara para la cuestión a decidir: ¿Monarquía o República?; las leyes constitucionales eran una «Constitución de expectativa monárquica» (J. Barthélemy). La decisión recayó después: en parte, en la ley de 14 de agosto de 1884 (para completar el § 3, art. VIII, de la ley constitucional de 25 de febrero de 1875), que determina que la forma republicana de gobierno no puede ser objeto de una propuesta de reforma; en parte, la decisión había recaído ya de antemano con la actitud del pueblo francés: en 1875 fue elegida una mayoría republicana para la Cámara; en 1877, el intento de Mac Mahon de disolver la Cámara dio por resultado la elección de una nueva mayoría republicana. El desvío del pueblo hacia los métodos de la *attente monarchique* fue tan fuerte y tan claro que esta malograda disolución se convirtió en un precedente de trascendencia inaudita: desde entonces ha desaparecido en la práctica el derecho de disolución del Presidente francés, así como su derecho de veto; a pesar del texto expreso de la ley, ya no pueden ser empleados. Todos los dictámenes de los juristas que se escudan en ese texto y dan a entender que formalmente vale todavía y no ha sido derogado por ninguna ley (comp., por ejemplo, la interesante encuesta en la *Revue des Vivants*, septiembre 1927, págs. 259 y sigs.), no han podido cambiar nada en la eficacia de ese precedente de 1877. La notable fuerza de un tal caso consiste en que, con aquella recusación del «golpe de Estado» de Mac Mahon, recayó la decisión política del pueblo francés por la República y contra la Monarquía, decisión que la Asamblea nacional había intentado soslayar en las leyes constitucionales de 1875. Pero, tan pronto como es conocido y reconocido con claridad este sentido del precedente, puede recibir el derecho de disolución su significación propia y normal, y ponerse otra vez en práctica.

2. La Constitución de Weimar es una Constitución, no sólo una serie de leyes constitucionales. Envuelve las decisiones políticas fundamentales a favor de una Democracia constitucional. Pero, por lo demás, se encuentra en los desarrollos legal-constitucionales como en disposiciones diversas —sobre todo en la segunda parte, bajo el epígrafe «Derechos y deberes fundamentales de los alemanes»— una reunión de programas y prescripciones positivos basados en los más distintos contenidos y convicciones políticos, sociales y religiosos. Garantías individualistas burguesas de libertad personal y propiedad privada, puntos de programa socialista y Derecho natural católico han sido mezclados en una síntesis con frecuencia confusa. Respecto a ello hay que observar que entre las últimas contraposiciones de convicciones religiosas auténticas, así como entre auténticas contraposiciones de clases, es, en general, apenas posible un compromiso, y en todo caso muy difícil. Tratándose de una Constitución, sólo es posible cuando la voluntad de unidad política y la conciencia estatal pesa más que todas las contraposiciones religiosas y de clase, con lo que se relativizan aquellas diversidades eclesiásticas y sociales. Las cuestiones políticas fundamentales que han de ser inmediatamente decididas con la situación política —así, en 1919, la cuestión: ¿Monarquía o República? ¿Democracia constitucional o Dictadura de Consejos?— no podían ser ni fueron eludidas. Aquí hubiera resultado imposible un compromiso, y, de haber tenido lugar, hubiera sido sólo con la antes citada consecuencia de una decisión apócrifa. Hubiérase perdido el carácter de Constitución escrita; la decisión había tenido lugar en la vía del Derecho consuetudinario, de la práctica, particularmente por medio de precedentes del estilo de los acontecimientos ocurridos en Francia después de 1875.

Pero la Constitución de Weimar no contiene todas las decisiones políticas fundamentales ineludibles en el año 1919. La gran alternativa: ordenación burguesa o socialista de la sociedad, ha sido despachada evidentemente sólo mediante un compromiso. La segunda parte de la Constitución de Weimar muestra en las determinaciones sobre los derechos y deberes fundamentales de los alemanes un «carácter mixto», «en cierta medida, un grado intermedio entre concepciones burguesas y socialistas» (así, el diputado socialista Katzenstein, *Prot.*, pág. 186). En realidad, sin embargo, se introdujeron en parte, y en parte se proclamaron como programa, sólo una serie de reformas sociales, mientras que no se extrajeron consecuencias políticas específicas de los principios del socialismo. La decisión fundamental recayó por completo a favor del Estado burgués de Derecho y de la Democracia constitucional. Se quería no discutir «sobre principios, sobre concepciones totales», y «ponerse de acuerdo en la regulación de relaciones concretas» (Düringer, *Prot.*, pág. 186). Pero el dilema de principio no podía soslayarse en la situación dada. La decisión tenía que recaer a favor del *status quo* social, es decir, a favor del mantenimiento del ordenamiento burgués de la sociedad, en cuanto que la otra decisión, revolución socialista, consecuentemente practicada a manera de Constitución soviética, había sido rechazada expresamente, incluso por los socialdemócratas. («Las



enormes agudezas y decisividad de la Constitución soviética, las rechazamos nosotros, los socialdemócratas», Katzenstein, *Prot.*, pág. 186). Lo que había de desprenderse de tal conducta lo expresó el diputado Martin Spahn: «El fijar la relación del Estado con los movimientos sociales se encuentra más allá del terreno en que descansan las viejas Constituciones. Soy de opinión de permanecer en el antiguo punto neutro, no colocándonos ahora ya en el terreno de los movimientos sociales surgidos por la revolución, pues no se ha concluido aún el proceso, y no podemos prescindir hoy de la dirección que todavía puede tomar» (*Prot.*, págs. 155-6). Las «viejas Constituciones» no eran en modo alguno Constituciones que desconocieran «la relación del Estado con los movimientos sociales»; eran Constituciones del Estado burgués de Derecho, y contenían por eso la decisión a favor de principios de la libertad burguesa que más adelante (§ 12) habremos de discutir: derechos fundamentales y distinción de poderes. La manifestación del diputado Martin Spahn no significa otra cosa sino que la cuestión: Estado burgués de Derecho o Estado proletario de clases, se decidió en el sentido del Estado burgués de Derecho. Aquí, la decisión era insorteable e ineludible.

3. Las determinaciones de la Constitución de Weimar contienen además una serie de compromisos *no auténticos*, de otra naturaleza, a distinguir de aquellas decisiones auténticas de las cuestiones de principio, a distinguir también de los compromisos auténticos en particularidades no de principio, en que encuentran su regulación y ordenación objetiva, mediante transacciones, detalles de organización y de contenido. Se les podría llamar compromisos apócrifos, porque no afectan a decisiones objetivas logradas mediante transacciones, sino que precisamente consiste su esencia en alejar y aplazar la decisión. El compromiso estriba, pues, en encontrar una fórmula que satisfaga todas las exigencias contradictorias y deje indecisa en una expresión anfibiológica la cuestión litigiosa misma. Sólo contiene así una aproximación externa, verbal, de contenidos objetivamente inconciliables. Tales compromisos apócrifos son verdaderos compromisos en cierto sentido, pues no resultarían posibles si no hubiera inteligencia entre los partidos. Pero la inteligencia no afecta al fondo; se está conforme sólo en aplazar la decisión y dejar abiertas las más distintas posibilidades y significados. El compromiso no afecta a la solución objetiva de una cuestión por medio de transacciones objetivas, sino que el acuerdo tiende a contentarse con una fórmula dilatoria que tenga en cuenta todas las pretensiones. También se encuentran en la Constitución de Weimar ejemplos de estos compromisos de fórmula dilatoria. Esto se entiende con sólo considerar las deliberaciones de la Asamblea nacional de Weimar. E. VERMEIL ha descrito en su obra sobre la Constitución de Weimar (Estrasburgo, 1923, sobre todo, pág. 223) las contradicciones y la falta de una «homogénea y coherente doctrina» en el seno de la Asamblea nacional. En los fuertes contrastes eclesiásticos y sociales existentes en Alemania, y en una situación tan crítica como el verano de 1919, no podían tratarse compromisos dilatorios, si había de llegarse a una resolución. Dado el supuesto de que

se adoptaran las decisiones políticas esenciales, ninguna razón había en contra para aplazar la decisión de otras cuestiones, dejando intactos, por lo pronto, los contrastes religiosos y sociales. Hubiera sido insensato y muestra de deficiente discernimiento jurídico confundir y tomar por auténtico compromiso objetivo el compromiso de fórmula dilatoria, tratando persistentemente contrastes objetivos de principio con los métodos de tales compromisos de fórmula.

Los ejemplos típicos de compromisos de fórmula dilatoria se encuentran en la parte segunda de la Constitución de Weimar, sobre todo en las secciones tercera y cuarta, que regulan las relaciones de Estado e Iglesia, y Estado y Escuela. Estado e Iglesia no se separan en la Constitución de Weimar, es decir, la Iglesia no es considerada como sociedad privada, ni la religión como «asunto privado»; el Estado no se hace laico. Las exigencias del liberalismo radical burgués y el programa de la socialdemocracia, que es liberal en estas cuestiones de la llamada política cultural, no se realizaron. La religión no puede ser asunto privado según la Constitución de Weimar, porque las sociedades religiosas siguen siendo corporaciones de Derecho público, como habían sido hasta entonces (art. 137, C. a.) y no se comprende qué cosa hubiera sido en ellas «pública», si la religión era algo puramente privado. El Estado no puede separarse radicalmente de un asunto de la vida pública, reconocido como público. También la enseñanza religiosa está reconocida por la ley constitucional como asignatura ordinaria en las escuelas (art. 149, 1), y el reconocimiento del domingo y días festivos (artículo 139) hace imposible una separación radical de Estado e Iglesia. De otra parte, no puede haber, sin embargo, una «Iglesia del Estado» (art. 137, 1), ni siquiera en la medida en que hasta entonces el Estado prusiano hizo de la religión cristiana el fundamento de la vida pública (art. 14 de la Constitución prusiana de 1850 —sobre esto, Anschütz: *Die Verfassungsurkunde für der preussischen Staat*, 1912, págs. 260 y sigs.). La cuestión de si lo público de la vida en Alemania debe conservar como hasta entonces un carácter específicamente cristiano, no está denegada con claridad. Para la práctica diaria de la Administración estatal y municipal, para el manejo de los conceptos policiales como «orden público», es eso de la mayor significación inmediata; compárese la decisión del Tribunal administrativo de Prusia, t. 43, pág. 300: «La religión cristiana es en el Estado prusiano, por su formación histórica y constitucional, una parte del orden público, estando por eso sometida a la protección policial.» En otras partes se encuentran postulados de una verdadera separación de Estado e Iglesia.

El art. 138, C. a., por ejemplo, prevé un rescate de las prestaciones estatales a las sociedades religiosas mediante la legislación del País. «Las prestaciones estatales a las sociedades religiosas basadas en ley, contrato o título jurídico especial, serán redimidas por la legislación del país. Las bases para ello las fija el Reich.» Así se correspondió a una exigencia de plena *separación* financiera sostenida por demócratas y socialistas independientes. Pero la cuestión es si esta disposición del artículo 138 significa, al mismo tiempo que disposición de un rescate, *prohibición* de ulteriores prestaciones del Estado a la Iglesia. Se ha sostenido, por una parte (Israël: *Reich, Staat, Kirche*, 1926, página 19), interpretando la *ratio* del art. 138, que es ley constitucional del Reich la prohibición de todo futuro gasto de recursos del Estado para la Iglesia. Por otro lado, se hace valer que los partidos de derecha y el Centro católico sortearon «de manera tácticamente hábil» la discusión sobre este punto, habiendo impedido así la entrada de una prohibición en el texto constitucional (E. R. Huber: *Die Garantie der kirchlichen Vermögensrechte in der Weimarer Verfassung*, 1927, págs. 5-6). Lo que significa: la cuestión de la separación financiera no fue decidida, y no debió ser decidida. El

resultado es, como casi siempre que se suspenden las decisiones, mantenimiento del *status quo*. En general, puede decirse que la Constitución de Weimar ha separado y alejado el Estado de la Iglesia, quitándole así su influencia, pero no ha separado, por el contrario, la Iglesia del Estado.

El segundo ejemplo de un compromiso de fórmula dilatoria está implícito en el llamado *compromiso de la escuela*, del art. 146, C. a. En el párrafo primero se coloca el precepto fundamental de la escuela simultánea; en el segundo se coloca como principio independiente, «en lo posible», la «voluntad de padres o tutores», es decir, prácticamente, hoy, la escuela confesional. En el art. 144 se reconoce el precepto fundamental de la escuela del Estado y se dice que en la inspección escolar del Estado pueden participar los Municipios, mientras que para nada se nombran aquí las sociedades religiosas; pero según el art. 149, 1, la enseñanza religiosa es asignatura ordinaria en las escuelas y «ha de exponerse de acuerdo con las normas básicas de las correspondientes sociedades religiosas». Así se han implantado, unos junto a otros, los puntos de vista de una escuela *del Estado* rigurosamente establecida, una fijada por la voluntad de los padres o tutores, una escuela *confesional* y una escuela *libre*. La colisión de estos principios es inevitable cuando se quiere poner en marcha una ley escolar a base del art. 146. La colisión puede resolverse por simple «sí» o «no», o por compromisos objetivos y concesiones recíprocas. Pero allí donde se reconocen *principios*, unos junto a otros en plano de igualdad, no se contiene decisión objetiva alguna, ni tampoco auténtica decisión de compromiso, sino envío a un compromiso ulterior, es decir, aplazamiento provisional de la decisión.

Estos dos ejemplos de compromiso de fórmula dilatoria son de la mayor significación jurídica, porque muestran cómo alguna determinación legal-constitucional no contiene decisión, ni tampoco decisión de compromiso. Puede ser, como se ha dicho, políticamente discreto y razonable aplazar de esa manera la decisión. Pero hay que tener noción de la particularidad del compromiso de fórmula dilatoria, porque, si no, la interpretación jurídica de tales determinaciones constitucionales incurre en una irremediable confusión. Si ha de fijarse la «voluntad de la ley» y no existe en realidad otra voluntad que la de no tener provisionalmente voluntad ninguna en este asunto, sino aplazarla, todas las habilidades literales, todas las investigaciones del momento histórico, incluso todas las declaraciones privadas de los diputados participantes, sólo conducirán al resultado de que se acen-túan y ponen en juego una palabra del texto legal contra la otra, una frase contra la otra, sin que, en tanto se actúe con honradez intelectual, sea posible una demostración convincente. Cuando el legislador utiliza tales fórmulas, ello tiene justamente el sentido de que los distintos partidos y principios pueden invocar el texto constitucional. Así se explica que en la actualidad (otoño 1927) la ejecución por Ley de Escuelas del llamado compromiso de la escuela (art. 146, C. a.) presente el cuadro de una eterna discusión sin esperanza, en que ambas partes apelan, convencidas, al texto de la ley constitucional y que, tanto juristas destacados como R. Thoma y K. Rothenbücher, como también el Gobierno prusiano, eleven contra el proyecto del Gobierno del Reich el recurso de violación de la Constitución o de inconstitucionalidad (comp. W. Landé, *Aktenstücke zum Reichsvolksschulgesetz*, Leipzig, 1927, págs. 112, 113, 125). La decisión objetiva

recae, como decisión política, mediante la propia ley de escuelas, esto es, cuando se trata de ejecutar el compromiso de fórmula, y no mediante interpretaciones y apreciaciones jurídicas. Porque no cabe interpretar una voluntad inexistente. Donde no hay voluntad, nada tiene que hacer la más aguda penetración jurídica. Toda consideración «normativa» acaba aquí en una preocupada pedantería.

Si la Constitución de Weimar no contuviera más que tales compromisos dilatorios, sería ilusorio su valor y habría que convenir en que las decisiones políticas fundamentales recayeran *fuera* de los procedimientos y métodos constitucionalmente previstos. Pero la sustancia de la Constitución de Weimar estriba —política como jurídicamente— en que adopta de clara e indistinta manera las decisiones políticas fundamentales sobre la forma política y los principios del Estado burgués de Derecho. Sin esta decisión política, sus determinaciones orgánicas serían sólo las normas de un funcionar sin sustancia y las prescripciones de sus distintas leyes tendrían sólo el significado de un éxito táctico logrado por una coalición de partidos en un momento favorable para proteger los intereses particulares de los partidos contra las cambiantes mayorías parlamentarias.

Desde una posición socialista radical podría sostenerse que es inesencial la decisión del pueblo alemán contenida en la Constitución de Weimar, y decir que el tema propio de la situación del año 1919 afectaba a la contraposición de clases de la burguesía capitalista y el proletariado socialista, y que, en esta cuestión, la Constitución de Weimar contenía, en todo caso, tan sólo un oscuro compromiso de fórmula dilatoria. Esto es inexacto. La Constitución de Weimar adopta aquí una decisión: el Reich alemán es una democracia constitucional. Lo que en aquella opinión socialista se designaba como compromiso, lo es de hecho en medida no muy elevada, como lo son la socialdemocracia y la Segunda Internacional mismas: un compromiso de ideas liberales, democráticas y socialistas. La alternativa política: República de Consejos con Dictadura del Proletariado o Estado liberal de Derecho con forma de gobierno democrática, se encuentra, en todo caso, decidida con claridad.