

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

determinaciones no son actos del Poder constituyente de un pueblo. No suprimen 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 concluidos por las grandes potencias aliadas y asociadas con Polonia (28 de junio de 1919), Checoslovaquia (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 Checoslovaquia, 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.

EL PODER CONSTITUYENTE

I. Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad¹ es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y

¹ La distinción entre fuerza y autoridad no necesita ser explicada para la ulterior exposición de esta Teoría constitucional; pero, por su gran importancia para la Teoría general del Estado, la expondremos brevemente: al Poder (siempre efectivo por necesidad) le corresponden conceptos como soberanía y majestad; autoridad, por el contrario, significa un prestigio esencialmente basado en el elemento de la *continuidad* y contiene una referencia a la tradición y permanencia. Ambas cosas, fuerza y autoridad, son eficaces y vivas, una junto a otra, en todo Estado. La contraposición clásica se encuentra también para esto en el Derecho político de Roma: el Senado tenía *auctoritas*; del Pueblo, por el contrario, se desprenden *potestas* e *imperium*. Según Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, III, pág. 1.033, *auctoritas* es una «palabra que se sus trae a toda definición rigurosa»; según Víctor Ehrenberg (*Monumentum Antiochenum*, *Klio*, t. XIX, 1924, págs. 202-3), la palabra designa algo «ético-social», una «posición de rara mezcla entre fuerza política y prestigio social», que se basa «en la valía y efectividad social»; comp. además, v. Premerstein en la *Rev. Hermes*, t. 59, 1924, página 104; R. Heinze, *cod.* 60, 1925, pág. 345, y Richard Schmidt, *Verfassungsaufbau und Weltreichsbildung*, Leipzig, 1926, pág. 38. A pesar de su posterior carencia de fuerza, el Senado conservó su autoridad y se convirtió, por último, durante la época imperial, en la única instancia que todavía podía prestar algo a manera de «legitimidad», después que el poder del pueblo romano había sucumbido bajo el Imperio. El Papa romano pretendió tener, en un sentido especial, *auctoritas* (no *potestas*) frente al Emperador, mientras que éste tenía *potestas*. Las expresiones de la carta de S. Gelasio I al Emperador Anastasio, del año 494, son muy decisivas y de especial significación como documento muy citado, que domina la gran polémica de los siglos X y XI: «*Duo sunt quibus principaliter mundus hic regitur: auctoritas sacra pontificum et regalis potestas*» (Mignes, *Patr. Lat.*, 59, pág. 42 A; Carl Mirbt, *Quellen zur Geschichte des Papsttums*, 3.ª ed., págs. 67, 122 y 123).

Quizá es también de interés la distinción para el esclarecimiento de cuestiones actuales. Hasta ahora, la Liga de Naciones no ha podido tener, ni *potestas* independiente, ni *auctoritas* propia. Por el contrario, cabe decir hoy que el Tribunal permanente de

forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional. Las decisiones, como más, son cualitativamente distintas de las normaciones legal-constitucionales establecidas sobre su base.

1. Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un Ser político, acerca del modo y forma del propio Ser. La palabra «voluntad» denuncia —en contraste con toda dependencia respecto de una justicia normativa o abstracta— lo esencialmente *existencial* de este fundamento de validez.

El poder constituyente es voluntad política: Ser político concreto. La cuestión general filosófico-jurídica de si una ley es por su esencia mandato, y por consiguiente voluntad, o es *norma*: ratio y justicia, tiene una significación decisiva para el concepto de ley en el sentido del Estado de Derecho; comp. abajo, § 13. El que la Constitución deba ser entendida como un *acto de voluntad*, no significa por sí mismo una solución del problema general. Mucho menos viene aquí al caso la vieja y eterna disputa metafísica que en las más distintas formas se repite para los diversos campos del pensamiento humano: si una cosa es buena y justa porque Dios la quiere, o si Dios la quiere porque es buena y justa (sobre esto, algunos ejemplos en Gierke, *Althusius*, pág. 14, nota). Con independencia de la cuestión de si la ley, en general, es por su esencia mandato o *ratio*, puede decirse que la Constitución tiene que ser una decisión, y *todo acto del poder constituyente*, un mandato o, como dice Boutmy (pág. 241), un *acte impératif*.

2. Una ley constitucional es, por su contenido, la normación que lleva a la práctica la voluntad constituyente. Se encuentra por completo bajo el supuesto y sobre la base de la decisión política de conjunto contenida en esa voluntad. Si se insertan otras varias normas en la «Constitución», esto tiene sólo una significación técnico-jurídica: la de defensa contra una reforma por medio del procedimiento especial (comp. arriba, § 2, pág. 41).

3. Así como una disposición orgánica no agota el poder organizador que contiene autoridad y poder de organización, así tampoco puede la emisión de una Constitución agotar, absorber y consumir el Poder constituyente. Una vez ejercitado, no por ello se encuentra acabado y desaparecido el Poder constituyente. La decisión política implicada en la Constitución no puede reobrar contra su sujeto, ni destruir su existencia política. Al lado y por encima de la Constitución, sigue subsistiendo esa voluntad. Todo auténtico conflicto constitucional que afecte a las bases mismas de la deci-

Justicia Internacional de La Haya tiene autoridad. No tiene, es claro, *potestas* ninguna. Sin embargo, la autoridad de un Tribunal de Justicia —a causa de la vinculación del Juez al Derecho vigente— es un caso especial de autoridad y no propiamente política, porque un Tribunal no tiene, debido a su vinculación normativa, propia existencia política, y su *pouvoir* es —según la expresión de Montesquieu— «en quelque façon nul» (comp., pág. 185). Hasta qué punto corresponden ambos conceptos, fuerza y autoridad, a los principios político-formales, identidad y representación, que más abajo (pág. 205) se exponen, sería cosa a desenvolver en una *Teoría general del Estado*.

sión política de conjunto, puede ser decidido, tan sólo, mediante la voluntad del Poder constituyente mismo. También las lagunas de la Constitución —a diferencia de las oscuridades y discrepancias de opinión de las leyes constitucionales en particular— pueden llenarse, tan sólo, mediante un acto del Poder constituyente; todo caso imprevisto, cuya decisión afecte a la decisión política fundamental, es decidido por él.

4. El Poder constituyente es unitario e indivisible. No es un poder más, coordinado con otros distintos «poderes» (Legislativo, Ejecutivo y Judicial; comp. § 14). Es la base que abarca todos los otros «poderes» y «divisiones de poderes».

Con la confusión entre Constitución y Ley constitucional se ha introducido una confusión entre poder constituyente y competencia para juzgar las leyes constitucionales, que lleva con frecuencia a colocar esa competencia, como *pouvoir constituant*, junto a otros *pouvoirs*; (comp. abajo, § 10, IV, pág. 114).

II. El sujeto del Poder constituyente.

1. Según la concepción medieval, sólo Dios tiene una *potestas constituens*, en tanto que de esto pueda hablarse. El postulado: «Todo poder (o autoridad) viene de Dios» (*Non est enim potestas nisi a Deo, Rom.*, 13, 1) tiene como significado el poder constituyente de Dios. También la literatura política de la Reforma, sobre todo, la teoría de los monarcómacos calvinistas, lo sostiene.

Althusius, *Politica*, cap. XVIII, 93; XIX, 19 y sigs. El pueblo tiene ya, en Altusio, una *potestas constituta*. La secularización del concepto de poder constituyente es más tardía. En ningún caso se puede compaginar aquí, como hace Gierke en su célebre obra sobre Altusio, los conceptos de un creyente calvinista como éste con los de un deísta romántico como Rousseau.

2. Durante la Revolución francesa desarrolló Sieyès la doctrina del Pueblo (más exacto: de la Nación) como sujeto del Poder constituyente. Todavía en el siglo XVIII no había sido designado el príncipe absoluto como sujeto del Poder constituyente, pero sólo porque el pensamiento de una libre decisión de totalidad, adoptada por hombres, sobre modo y forma de la propia existencia política, sólo pudo tomar la forma de un hecho político muy lentamente. Los rastros de las ideas teológico-cristianas del poder constituyente de Dios eran todavía demasiado fuertes y vivos en el siglo XVIII, a pesar de toda la Ilustración. La Declaración americana de Independencia y la Revolución francesa de 1789 significan el comienzo de una nueva época en este respecto, sin que interese conocer en qué medida era consciente el autor de estos precedentes, de la trascendencia de su conducta. En la Declaración americana de Independencia de 1776 no puede reconocerse con plena claridad el principio completamente nuevo, porque aquí surgía una nueva formación política, coincidiendo el acto de dar la Constitución con el de la fundación política de una serie de nuevos Estados. Otra cosa ocurre con la Revolución francesa de 1789. Aquí no surgía una

nueva formación política, un nuevo Estado. El Estado francés existía de antes, y seguía existiendo. Aquí se trataba tan sólo de que los hombres mismos fijaban, por virtud de una decisión consciente, el modo y forma de su propia existencia política. Cuando se suscitó ahí conscientemente, y fue contestada, la cuestión del Poder constituyente, aparecía mucho más clara la fundamental novedad de tal fenómeno. Un pueblo tomaba en sus manos, con plena conciencia, su propio destino, y adoptaba una libre decisión sobre el modo y forma de su existencia política.

Esto se pudo ver tan pronto como los Estados generales convocados por el rey se constituyeron, en 17 de junio de 1789, en *Asamblea nacional constituyente*. Al hacerlo, se constituyeron, sin un mandato formal que los legitimase, en diputados del pueblo en ejercicio de su Poder constituyente, y derivaron sus facultades de este Poder. Sieyès formuló la teoría del *pouvoir constituant* de la Nación. El designó, con acierto, como un acto de la Revolución, el que ya se planteara en sus comienzos la distinción entre Poder constituyente y constituido. A pesar del gran influjo operado por el modelo americano, el año 1789 significa el comienzo de este nuevo principio político.

A las Constituciones americanas del siglo XVIII les falta una Teoría constitucional propia. La fuente histórica más importante para los fundamentos teóricos de esa Constitución, el Federalista, ofrece informes, casi únicamente, sobre cuestiones prácticas de organización. El pueblo se da a sí mismo una Constitución, sin que se distinga el *Govenant* general que funda la comunidad y sociedad de todo otro acto constitutivo de una nueva unidad política, y del acto de la libre decisión política sobre la propia forma de existencia; comp. arriba, § 7, I, pág. 80.

Según esta nueva doctrina, la *Nación* es el sujeto del Poder constituyente. Con frecuencia se consideran como de igual significación los conceptos de Nación y Pueblo, pero la palabra «Nación» es más expresiva e induce menos a error: Designa al pueblo como unidad política con capacidad de obrar y con la conciencia de su singularidad política y la voluntad de existencia política, mientras que el pueblo que no existe como Nación es una asociación de hombres unidos en alguna manera de coincidencia étnica o cultural, pero no necesariamente *política*. La doctrina del Poder constituyente del pueblo presupone la voluntad consciente de existencia política, y, por lo tanto, una Nación. Esto llegó a hacerse posible por cuanto Francia había alcanzado a ser, mediante la Monarquía absoluta, una unidad estatal cuya existencia se daba siempre como evidente a pesar de todos los cambios y reformas de la Constitución. El pueblo francés había encontrado en su existencia política su forma de Nación. La decisión consciente a favor de un cierto modo y forma de esta existencia, el acto a través del cual «el pueblo se da una Constitución», presupone ya el Estado, cuyo modo y forma se fija. Pero para el acto mismo, para el ejercicio de esa voluntad, no puede hallarse prescrito procedimiento alguno, y mucho menos para el contenido de la decisión política. «Basta que la Nación quiera.» Este postulado de Sieyès apunta con la mayor claridad a lo esencial del fenómeno.

El Poder constituyente no está vinculado a formas jurídicas y procedimientos; cuando actúa dentro de esta propiedad inalienable, está «siempre en estado de naturaleza».

En el Poder constituyente descansan todas las facultades y competencias constituidas y acomodadas a la Constitución. Pero él mismo no puede constituirse nunca con arreglo a la Constitución. El pueblo, la Nación, sigue siendo el basamento de todo el acontecer político, la fuente de toda la fuerza, que se manifiesta en formas siempre nuevas, que siempre saca de sí nuevas formas y organizaciones, no subordinando nunca, sin embargo, su existencia política a una formulación definitiva.

En algunas manifestaciones de Sieyès aparece el *pouvoir constituant* en su relación con todos los *pouvoirs constitués* en una analogía metafísica respecto de la *natura naturans* y su relación a la *natura naturata* según la doctrina de Spinoza: una última base no creada de todas las formas, pero no susceptible ella misma de ser encerrada en una forma; produciendo eternamente formas nuevas; formando, aforme, todas las formas (comp. *Die Diktatur*, pág. 142). Pero hay que separar la doctrina positiva del Poder constituyente, que corresponde a toda teoría constitucional, de aquella metafísica panteísta; en modo alguno son idénticas. La metafísica de la *potestas constituens* como analogon de la *natura naturans*, pertenece a la doctrina de la teología política.

Incluso el intento de establecer en alguna manera vinculatoria un representante o intérprete regular de la voluntad popular, contradice a esta doctrina. La Asamblea nacional francesa de 1789 no era, formalmente considerada, una Asamblea constituyente. Había sido convocada por el rey y surgía de unas elecciones para una Asamblea de tres estamentos, nobleza, clero, tercer estado, con instrucciones determinadas de los electores. Pero esto no es ninguna razón contra su derecho democrático a constituirse como Asamblea constituyente. Podía remitirse —contra el rey— a la voluntad de la Nación francesa.

Con la doctrina democrática del Poder constituyente del pueblo (que se dirigía contra la Monarquía absoluta existente), ligó Sieyès la doctrina antidemocrática de la *representación* de la voluntad popular mediante la Asamblea nacional constituyente. La Constitución era formulada sólo por la Asamblea nacional (ni por el pueblo, ni por el rey). Hubiera sido lo democráticamente consecuente dejar que el pueblo mismo decidiera, pues la voluntad constituyente del pueblo no puede ser representada sin que la Democracia se transforme en una Aristocracia (comp. abajo, § 16, pág. 215). Pero en 1789 no se trataba de la Democracia, sino de una Constitución liberal burguesa del Estado de Derecho. La Constitución de 1791 era típica de la Monarquía *constitucional*: la «Nación» tenía dos representantes, *rey* y cuerpo legislativo (*Representación popular*). La cuestión de quién representa a la Nación al emitir la Constitución —si la Asamblea Nacional o el rey— era una clara cuestión de fuerza; y mostraba ya la característica situación intermedia de la burguesía liberal: frente al rey (esto es, la Monarquía), apelación a la «voluntad de la Nación»; frente al pueblo (esto es, la Democracia), apelación a la «representación». Naturalmente, también el rey hubiera podido ser representante de la Nación; pero esto se le discutía ya por lo que se refiere

al ejercicio del Poder constituyente. Los intentos de dar al rey, como representante o intérprete de la voluntad popular, en la Asamblea Constituyente, influencia en la formación de la Constitución, se malograron (Redslob, pág. 71).

3. Durante la Restauración monárquica, 1815-1830, el rey se convirtió en sujeto del Poder constituyente. Por virtud del «principio monárquico» permanece en él la plenitud del poder del Estado, incluso cuando se vincula, con vistas al ejercicio de ciertos derechos, en volumen limitado, a la cooperación de los estamentos. La teoría de un poder constituyente del rey fue sostenida ocasionalmente y sin éxito en la Asamblea constituyente de 1789 (Redslob, pág. 69). Pero durante la época de la Restauración fue teóricamente necesario contraponer un Poder constituyente del rey al Poder constituyente del pueblo —que había sido afirmado como clara tesis de la Revolución francesa.

Comprobaciones: *Diktatur*, pág. 195, nota; Perny: *Le pouvoir constituant sous la monarchie de Juillet*, tesis de París, 1901, pág. 13. Cuando E. Zweig, pág. 3, dice que para la «supremacía de organización del monarca no ha transmitido la política científica ninguna expresión técnica de tal especie» (como el Poder constituyente del pueblo), se equivoca.

La posición de la Monarquía era entonces teóricamente muy difícil. El transferir la doctrina democrática del Poder constituyente del pueblo, sin alterarla, a la Monarquía, y por cierto a una Monarquía hereditaria, era, en el fondo, una simple defensiva, y sólo posible como antítesis externa. Pues la Nación puede cambiar sus formas y darse siempre nuevas formas de su existencia política; tiene la entera libertad de autodeterminación política, puede ser «lo que, aforme, forma». La Monarquía hereditaria, por el contrario, es una *institución* ligada al orden sucesorio de una familia, y, por tanto, formada ya en sí misma. Una dinastía no puede ser considerada, como el Pueblo o la Nación, basamento de toda la vida política.

4. También la organización de una «minoría» puede ser sujeto del Poder constituyente. Entonces el Estado tiene la forma de *Aristocracia* u *Oligarquía*. Sin embargo, la expresión «minoría» induce a error, porque procede de las concepciones numéricas y estadísticas propias de los actuales métodos democráticos, y presupone una minoría partidista. Una minoría de votación no puede, naturalmente, ser sujeto del Poder constituyente, así como tampoco un partido en el sentido actual de una asociación de hombres basada en la «libre recluta». Pero bien puede ser que una organización firme adopte como tal, sin invocar la voluntad de la mayoría de los ciudadanos; las decisiones políticas fundamentales sobre modo y forma de la existencia política; es decir, de una Constitución. Puede tratarse —como en las Aristocracias antiguas o medievales— de un círculo de ciertas *familias*, o bien de un *orden*, o de otro grupo formado en sí. El siglo XIX no conoce tales casos de Poder constituyente. En el siglo XX, el dominio de los «Consejos» en Rusia, en su vinculación a la organización comunista, así como el dominio del «Fascio» en Italia, contiene elementos de una nueva

especie de formas aristocráticas. Pero la construcción teórica y práctica no es aún nada clara, y no se renuncia definitivamente a invocar la voluntad del pueblo, para cuya verdadera y no falseada expresión hay que crear primero los supuestos. Tales regímenes son, pues, dictadura, también en el sentido de que representan sólo un tránsito, quedando pendiente todavía la decisión definitiva sobre modo y forma de la existencia política. Aquí lo único definitivamente decidido es la recusación del método *liberal* de decisión mayoritaria por sufragio universal, igual y directo, de todos los ciudadanos, así como de los principios del *Estado burgués de Derecho* (derechos fundamentales y distinción de poderes; comp. § 12, pág. 138). Mientras tanto, éste es, en todo caso, un acto de constitución.

III. *Actividad del poder constituyente.*

1. No puede darse un procedimiento regulado al cual se encuentre vinculada la actividad del poder constituyente.

2. La actividad del poder constituyente del Monarca se regula a sí misma, sencillamente, por cuanto que la Monarquía absoluta es una institución establecida. Aquí nos encontramos ya en presencia de una organización constituida. Esto tiene una ventaja práctica y teórica, consistente en que hay una entidad firme cuyas manifestaciones de voluntad son claras. Pero las desventajas prácticas y teóricas son aún mayores. Pues la organización e institución de la Monarquía descansa en el principio dinástico, es decir, en la sucesión hereditaria dentro de una familia, y, por lo tanto, no en conceptos específicamente políticos, sino en los del Derecho de familia.

El Rey manifiesta su poder constituyente *emitiendo*, desde la plenitud de su poder, una Constitución, *otorgada* por acto unilateral. Puede entenderse con representantes de los estamentos o del pueblo y vincularse a su cooperación o anuencia. Esto no requiere renuncia al poder constituyente —según se ha comprobado arriba (§ 6, II, 7, pág. 73)—, ni contiene un reconocimiento del poder constituyente del pueblo.

3. El *pueblo* manifiesta su poder constituyente mediante cualquier expresión reconocible de su inmediata voluntad de conjunto dirigida hacia una decisión sobre modo y forma de anuencia de la unidad política. De la peculiaridad del sujeto de este poder constituyente se deducen cuestiones y dificultades especiales.

a) El Pueblo, como titular del poder constituyente, no es una instancia firme, organizada. Perdería su naturaleza de pueblo si se erigiera para un normal y diario funcionamiento y para el despacho ordinario de asuntos. Pueblo no es, por su esencia, magistratura, ni nunca —tampoco en una Democracia— autoridad permanente. De otra parte, el pueblo necesita ser, en la Democracia, capaz de decisiones y actuaciones políticas. Incluso cuando sólo en pocos momentos decisivos tiene y manifiesta una voluntad decisiva, es capaz, sin embargo, de una tal voluntad, y está en condiciones y es apto para decir *sí* o *no* a las cuestiones fundamentales de su existencia política. La fuerza, así como también la debilidad del pueblo, consiste en que no es una instancia formada con competencias circunscritas y capaz

de despachar asuntos dentro de un procedimiento regulado. Tan pronto como un pueblo tiene la voluntad de existencia política, es superior a toda formalidad y normación. Tampoco puede ser disuelto, como que no es una entidad organizada. En tanto que existe y quiere seguir existiendo, su fuerza vital y energía es inagotable, y siempre capaz de encontrar nuevas formas de existencia política. La debilidad consiste en que el pueblo ha de decidir sobre las cuestiones fundamentales de su forma política y su organización, sin estar formado u organizado él mismo. Por eso pueden desconocerse, interpretarse mal o falsearse con facilidad sus manifestaciones de voluntad. Corresponde a la inmediatez de esta voluntad popular el poder exteriorizarse con independencia de todo procedimiento prescrito y todo método prescrito. Hoy se fija, en la práctica política de la mayor parte de los países, la voluntad del pueblo mediante un procedimiento de votación secreta o elección secreta (comp. abajo, 3). Sería un error —y por cierto un error antidemocrático— el tener por norma absoluta y definitiva de la Democracia estos métodos del siglo XIX. La voluntad del pueblo de darse una Constitución puede sólo demostrarse mediante el hecho, y no mediante la observación de un procedimiento normativamente regulado. Y claro está que tampoco puede ser enjuiciado a base de leyes constitucionales anteriores o en vigor hasta el momento.

b) La forma natural de la manifestación inmediata de voluntad de un pueblo es la voz de asentimiento o repulsa de la multitud reunida, la *aclamación*. En los grandes Estados modernos, la aclamación, que es una manifestación natural y necesaria de vida de todo pueblo, ha cambiado su forma. Se manifiesta como «opinión pública» (abajo, § 18, 3, pág. 240). Pero siempre puede el pueblo decir *sí* o *no*, asentir o rechazar; y su *sí* o *no* será tanto más sencillo y elemental cuanto más se trate de una decisión fundamental sobre la propia existencia común. En tiempos de orden y paz, semejantes manifestaciones son raras e innecesarias. El que no se dé a conocer ninguna manifiesta y especial voluntad, significa precisamente asentimiento para que subsista la Constitución presente. En tiempos críticos, el *no* que se dirige contra una Constitución existente será claro y decisivo sólo como negación, en tanto que la voluntad positiva no es tan segura. Sin embargo, suele residir en ese *no*, por sí mismo, la afirmación de una forma de existencia que se ofrece como contrapuesta. El pueblo alemán negó en noviembre de 1918 el principio monárquico existente hasta entonces. Esto significa por sí mismo República. Pero con ello quedaban incontestadas todavía las últimas posibilidades de formación de esta República —Democracia (constitucional) del Estado burgués de Derecho, o República socialista de Consejos—. El *no* frente a una República burguesa del Estado de Derecho hubiera significado, a su vez, según la situación de las cosas: vuelta a la Monarquía, Dictadura, sistema de Consejos o cualquier otra forma política. La voluntad constituyente del Pueblo se manifiesta siempre en su *sí* o *no* fundamental y adopta así la decisión política que da contenido a la Constitución.

c) La voluntad constituyente del pueblo es inmediata. Es anterior y superior a todo procedimiento de legislación constitucional. Ninguna ley constitucional, ni tampoco una Constitución, puede señalar un poder constituyente y prescribir la forma de su actividad. La ulterior ejecución y formulación de la decisión política adoptada inmediatamente por el pueblo requiere alguna organización, un procedimiento, para el cual ha desarrollado la práctica de la moderna Democracia ciertas prácticas y costumbres de que ahora trataremos.

4. En la Democracia moderna se ha formado la práctica de una llamada Asamblea nacional constituyente democrática, es decir, elegida según los postulados fundamentales del sufragio universal e igual, como procedimiento «democrático» reconocido. Habrá de venir siempre que haya sido abolida una Constitución y haya que dar otra nueva. Sin embargo, la convocatoria de una «Asamblea nacional constituyente» no es el único procedimiento democrático imaginable. Antes bien, se han introducido en democracias modernas otras clases de ejecución y formulación de la voluntad constituyente del pueblo.

a) La *Asamblea nacional que acuerda y despacha* (normaciones legal-constitucionales): una Asamblea elegida según los postulados democráticos fundamentales, comisionada especialmente para la formulación y normación de las determinaciones legal-constitucionales, acuerda el texto de las leyes constitucionales y las expide. Una normación legal-constitucional así surgida, entra en vigor por acuerdo de simple mayoría, sin que pueda tener lugar un referéndum sobre el proyecto aprobado; por lo tanto, sin confirmación por parte de los ciudadanos con derecho a voto.

Ejemplo: La Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919 (art. 181). «El pueblo alemán, por medio de su Asamblea nacional, ha acordado y expedido esta Constitución. Entra en vigor el día de su promulgación.» Aquí habría que observar que la Asamblea nacional sola ha acordado la formulación legal-constitucional, y el pueblo alemán, como titular del Poder constituyente, no puede, naturalmente, proponerse un acto formal, cual la expedición de una ley. Este artículo de la Constitución de Weimar enuncia tan sólo que la normación legal-constitucional debe entrar en vigor por virtud del acuerdo mayoritario de la Asamblea nacional, sin un otro acto especial de formal asentimiento del pueblo alemán; el asentimiento está más bien contenido ya en las elecciones a la Asamblea nacional.

También la Constitución francesa de 1791 fue puesta en vigor por acuerdo mayoritario de la Asamblea nacional constituyente, sin que hubiera tenido lugar un plebiscito. Sobre las otras singularidades de la aprobación de esta primera Constitución de Europa, comp. abajo, en e).

b) La Asamblea (Convención) que *proyecta* (normaciones legal-constitucionales) con inmediato referéndum u otra confirmación, directa o indirecta, del proyecto, por los ciudadanos con derecho a voto.

La palabra Convención es la expresión técnica para una corporación elegida de intento con el cargo de elaborar el *proyecto* de la normación legal constitucional. La

expresión procede de la revolución inglesa; las «Convenciones» de 1660 y 1689 eran gobiernos provisionales para crear una situación constitucional (E. Zweig, pág. 49). Con la práctica de los Estados americanos y el célebre ejemplo de la Convención nacional francesa de 1792, la palabra ha recibido la significación de una Asamblea que elabora el proyecto de la normación legal-constitucional.

La Convención nacional francesa proclamó como postulado fundamental, en el decreto de 21 de septiembre de 1792, que toda Constitución había de ser expresamente confirmada por el pueblo (*qu'il ne peut y avoir de Constitution que celle qui est acceptée par le peuple*). La Constitución de esta Convención de 24 de junio de 1793 fue, pues, sometida al pueblo, es decir, a las Asambleas de los primitivos electores, para su aceptación. Fue aceptada casi por unanimidad (Duguit-Monnier, pág. 41). Sin embargo, no entró en vigor, porque la Convención nacional suspendió la situación constitucional e introdujo la dictadura de los jacobinos (*le gouvernement révolutionnaire*), durante la cual se gobernó con *medidas*, no con actos formales de legislación, etc. La misma Convención nacional acordó más tarde otra Constitución, la del año III, de 22 de agosto de 1795 (llamada Constitución directorial). Fue igualmente sometida al asentimiento de los electores, e igualmente aceptada por gran mayoría (Duguit-Monnier, pág. 62).

c) Especialidades en caso de Convención para una Constitución federal. Aquí, la Constitución puede ser sometida al asentimiento del pueblo de los distintos Estados-miembros.

La Constitución federal de los Estados Unidos de América, de 1787, fue proyectada por una *Convención*, sometida después a los Estados reunidos en *Congreso*, recomendada por este Congreso su aceptación al pueblo de los distintos Estados y, por último, aceptada en cada uno de los trece Estados por Convenciones especiales de ratificación, es decir, Asambleas elegidas de propósito para este fin. Sobre las grandes dificultades de este procedimiento y las mayorías, con frecuencia muy insignificantes y casuales, comp. la descripción de James Beck, *La Constitución de los Estados Unidos (Die Verfassung der Vereinigten Staaten)*, cap. XV, ed. alemana de A. Friedmann, 1926, páginas 207 y siguientes.

La Constitución de Weimar no fue especialmente ratificada por los ciudadanos con derecho a voto de los distintos Países, ni tampoco por sus Asambleas nacionales. En las deliberaciones de la Constitución de Weimar sostuvieron, sin embargo, la necesidad de ratificación de la Constitución del Reich por las Asambleas nacionales de los Estados el Enviado bávaro v. Preger y el diputado Beyerle (*Prot.*, págs. 24-26). Por el contrario, muy decidido, H. Preuss, quien —como Poetzsch, *Komm.*, pág. 11, observa con razón— tenía de su parte la lógica democrática; comp. arriba, § 7, pág. 84; abajo, § 30, pág. 368.

d) Plebiscito general sobre una propuesta surgida de un modo cualquiera, o sobre una nueva ordenación y regulación introducida de un modo cualquiera.

En cuanto a esto, existió la práctica de los plebiscitos napoleónicos: Constitución consular del año VIII, 1799 (tres cónsules, entre ellos Napoleón Bonaparte); en el artículo 95 se preveía el plebiscito, sin embargo de lo cual la Constitución recibió trato de ley constitucional vigente ya antes de la aceptación; Senado-consulta del año X, 1802: Napoleón primer cónsul de por vida; Senado-consulta del año XII, 1804: Na-

poleón, Emperador de los franceses, y el Imperio, hereditario en la familia Bonaparte; 1815 (durante los Cien días), plebiscito sobre el *Acte Additionnel*; plebiscito del 14 de diciembre de 1851: el Presidente de la República, Luis Napoleón, encargado, con el gobierno, mediante plenos poderes, de dar una Constitución; 21-22 de noviembre de 1852: Napoleón III, Emperador de los franceses.

En todos estos plebiscitos hubo mayorías inmensas que votaron «sí». El influjo electoral del Gobierno napoleónico fue bastante fuerte y desconsiderado; estropeó la finalidad del plebiscito haciendo sospechosa la experiencia democrática. En teoría, este método corresponde al principio democrático y al pensamiento del Poder constituyente del pueblo. El que el pueblo dijera «sí» en estos plebiscitos para aquella nueva ordenación se explica, de otra parte, no sólo por influjos electorales, sino también porque el pueblo francés no tenía entonces otra voluntad que la de paz civil y orden. La mayoría de los ciudadanos se inclina, en general, a ceder a otros la decisión política y contestar siempre a las cuestiones propuestas de manera que la respuesta contuviera un mínimo de decisión. Por eso, se asiente con facilidad a un hecho consumado. En estos plebiscitos napoleónicos el «no» hubiera significado inseguridad y desorden, mientras que el «sí» tan sólo asentimiento rencoroso a un hecho consumado, conteniendo así el mínimo de decisión propia (comp. sobre esto, abajo, la crítica del postulado «la mayoría decide», § 21, IV, pág. 270).

e) Excepciones y casos especiales en esta práctica democrática.

La *Constitución francesa de 1791* fue acordada, según ya se ha dicho (pág. 95), por una Asamblea nacional que no había sido elegida según los postulados democráticos fundamentales del Derecho electoral general, sino que surgió cuando, en 17 de junio de 1789, de los representantes comisionados de los tres Estamentos (nobleza, clero y burguesía), se constituyeron en Asamblea nacional constituyente los representantes del tercer estado. Sería un formalismo especialmente extraviado, en estas cuestiones de la Teoría constitucional democrática, negar a esa primera Asamblea nacional el carácter de encargada por el Poder constituyente del pueblo. Sin duda ninguna, se puso en vigor ahí la voluntad de la Nación francesa; frente a esto, tiene una significación sólo relativa el procedimiento de una elección o votación especial.

La *Constitución de Checoslovaquia*, de 29 de febrero de 1920, no fue acordada por una Asamblea nacional elegida según los postulados fundamentales del Derecho electoral general, sino por una Asamblea integrada sólo por delegados de los partidos checos y eslovacos. De 13,6 millones de habitantes de ese Estado quedaban sin representar casi cinco millones: todas las partes no eslavas y, en particular, la parte alemana del pueblo. No tuvo lugar una ratificación por plebiscito. (Sobre esta Constitución «otorgada», Franz Adler, *Die Grundgedanken der tschechoslowakischen Verfassung, Quellen und Studien*, edición del Instituto de Europa oriental en Breslau, Sec. «Derecho», nueva serie, t. III, 1927, págs. 10-11; F. Weyr, *Jör.*, XI, 1922, pág. 352.)