

El pueblo fundamento de la Constitución

Das Volk als Grund der Verfassung

Josef Isensee*

Profesor emérito en la Universidad alemana de Bonn

SUMARIO: I. LA APORÍA DEL COMIENZO. 1. *En el límite del Derecho positivo: la Constitución.* 2. *Primeras diferenciaciones.* A) Estado y constitución. B) Constitucionalismo revolucionario y fundamento del Estado. C) Constitucionalismo y revisión constitucional. D) Vigencia y eficacia de la Constitución. 3. *Traslación de la aporía al Derecho supranacional.* A) Pretensiones de Derecho Internacional en la Constitución estatal. B) Presupuestos de Derecho natural de la Constitución estatal. 4. *Vías para evitar la aporía.* A) Solución jurídica a la aporía a través de la práctica jurídica. B) Irrelevancia teórico-jurídica de la Teoría del Derecho Puro de Kelsen.— II. RECURSO A LA VOLUNTAD DEL PUEBLO. 1. *El dogma democrático.* 2. *Inovatio populi en los textos constitucionales.* 3. *La teoría clásica del Abbé Siéyès.* 4. *Polivalencia de funciones.* A) Legitimación y deslegitimación. B) Autorización revolucionaria y limitación revolucionaria. C) Fundación y tradición. D) Estabilización y politización del Derecho Constitucional. 5. *Expectativas y efectos en la doctrina del Derecho público alemán.* A) Relevancia

* Josef ISENSEE es Profesor Emérito en la Universidad alemana de Bonn, Dr. h.c. en dos ocasiones, y ha desempeñado la Cátedra de Derecho Público —Teoría del Estado, Derecho Constitucional y Derecho Administrativo— en varias universidades alemanas. También es consultor para la Santa Sede para la Secretaría de Estado del Vaticano, y asesor y miembro de diversas Comisiones tanto en Alemania como en Austria, que han asesorado al gobierno alemán en cuestiones legislativas.

El traductor es José Carlos CANO MONTEJANO, Dr. en Derecho por la Facultad de Derecho de la UCM, con mención europea, discípulo en Alemania del Prof. Isensee.

prejurídica. B) La relevancia de la interpretación de la Constitución. a) La previa comprensión normativa de Constitución. b) Controversia sobre la sustitución de la Ley Fundamental. c) La comprensión previa integradora de la Constitución.— III. CONTRADICCIONES. 1. *Incapacidad de obrar del pueblo no constituido.* A) Élites políticas auto-legitimadas. B) El círculo del pueblo *inconstituido* como constituyente. C) El pueblo como sujero referente. 2. *El Dilema del procedimiento de decisión.* A) Legalidad democrática versus Efectividad. B) No fundamentación del principio mayoritario en la decisión mayoritaria. C) Nuevo comienzo sobre viejas estructuras. 3. *Predeterminación de la Constitución estatal.* 4. *Premisas indisponibles de lo político.* A) La utopía de la libertad ilimitada de decisión. La teoría del nacimiento defectuoso. B) *Necessità, virtù, fortuna.* C) Ninguna *creatio ex nihilo.* Inevitabilidad de la asociación. 5. *Significados múltiples de "Constitución" y variedades del "acto constituyente".* A) Constitución en sentido formal: Ley constitucional. B) Constitución en sentido material: ordenamiento jurídico básico. C) Constitución real: las relaciones de poder subsistentes. D) Constitución positiva: Decisión global sobre la forma y el tipo de la unidad política. a) La doctrina de Carl Schmitt. b) Imposibilidad de organización e imposibilidad de aprehensión de la Decisión-global. c) Leyes constitucionales sin decisión-global. Las Constituciones de los Estados federados. E) Definición de competencia por la ciencia.— IV. UN MITO DEMOCRÁTICO. 1. *La dialéctica de la Ilustración.* 2. *¿Utilidad constitucional del Mito?* 3. *Peligrosa multivalencia.* 4. *¿Abreviatura utilizable?*— V. LA LEGITIMACIÓN COMO OBJETO DE LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN. 1. *El problema de la legitimación y de la legitimidad.* 2. *La visión interna del Derecho Constitucional.* A) Origen autocertificado de la voluntad del pueblo. B) La tesis de la legitimación democrática de la Constitución. C) La irrelevancia jurídica del poder constituyente. 3. *La visión externa de la Teoría de la Constitución.* 4. *El Richtpunkt de la legitimación.* A) Determinabilidad del éxito de la vigencia. B) Permanencia de la necesidad de aceptación. C) Perspectiva *ex post.* D) Ausencia de criterio procedural vinculante. E) Legitimación por el contenido.— VI. IDEAL LEGITIMADOR: UNANIMIDAD-PRAXIS LEGITIMADORA: CONSENSO. 1. *Legitimación de la Constitución por unanimidad.* A) Ninguna legitimación por mayoría. B) El contrato social como figura de legitimación. 2. *La experiencia histórica: Constitución como entendimiento y contrato.* 3. *La re-*

ducción pragmática de la teoría: Constitución por consenso. A) Necesidad práctica de un consenso constitucional. B) Dependencia de la Constitución de la unidad estatal. C) El consenso constitucional a través del actuar concluyente.— VII. LA SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DE LA LEGITIMACIÓN. 1. *La cuestión de la relevancia.* 2. *El modelo de legalidad.* 3. *El modelo de legitimidad.* 4. *El consenso constitucional como función.*— VIII. SUJETOS DE LEGITIMACIÓN: PUEBLO-SOCIEDAD-CIUDADANOS.— IX. ¿CONSERVACIÓN DEL MITO DEMOCRÁTICO?

“... De la misma manera que en el estado primitivo del Totemismo, los miembros del clan en determinadas fiestas orgiásticas se ponían la máscara del animal totémico, es decir, del ancestro del clan, para que durante unos pocos instantes, incluso el pueblo sometido al padre en la ideología democrática, se pudiese revestir con la forma de la autoridad que sólo podía adoptarse de esta manera, ya que por su carácter de otro modo hubiese sido indisponible, y sólo asumible por los elegidos. De este mismo modo, la doctrina de la soberanía popular —aunque se haya refinado y espiritualizado— no es más que una máscara totémica.”

Hans Kelsen

“La legítima necesidad del mito como legítima defensa frente al peligro que el mismo simboliza, justo esta confrontación representa el punto neurálgico de nuestra civilización.”

Leszek Kolakowski

I. LA APORÍA DEL COMIENZO

1. *En el límite del Derecho positivo: la Constitución*

“El camino hacia los inicios —afirma Nietzsche— conduce a la barbarie”¹. Barbarie que espera también al juris-

¹ FRIEDRICH NIETZSCHE, *Die Philosophie im tragischen Zeitalter der Griechen*.

ta que se acerca a los comienzos de una Constitución. Choca contra la ruptura jurídica y con la arbitrariedad política, con la casualidad histórica y con la crudeza de lo fáctico. Las circunstancias en las que surge una Constitución no rara vez se burlan de las reglas que a su vez los órganos constituidos habían dictado. Las Constituciones democráticas, así nos lo muestra la historia, no siempre surgen de una manera democrática. Los críticos tienen muy sencillo poner en evidencia los vicios de su nacimiento. La historia demuestra también como una Constitución con una génesis defectuosa puede echar fuertes raíces en la conciencia jurídica de la generalidad y puede crear una base jurídica consistente para la vida democrática de un Estado.

El territorio bárbaro del origen constitucional queda más allá de la civilidad garantizada constitucionalmente. Está separada del ordenamiento jurídico positivo dentro del cual se encuentran normas fijas para la creación y el desarrollo de disposiciones vinculantes. Cada una de estas normas pueden reconducirse a otra superior, sólo la más alta se niega, la Constitución. El acto administrativo es válido cuando supone un reglamento, éste lo es cuando supone una ley, y la ley cuando depende de la Constitución. Pero aquí se rompe la cadena de las deducciones jurídicas. La Constitución no tiene ninguna otra norma sobre sí misma: en la punta de la pirámide normativa culmina el ordenamiento jurídico estatal. La Constitución dicta al Legislativo las reglas para la producción jurídica. Pero no regula su propia creación. Estas reglas, en la medida en que se consideren existentes, deben en todo caso presuponerla.

Aquí se muestra el dilema de la norma máxima. Alude a la pretensión de vincular jurídicamente. Aunque no puede sustentar la pretensión de derivar o de fundarse en una norma superior. La instancia superior de la jerarquía puede sólo invocar a una autoridad trascendente. El origen de la validez está más allá del Derecho estatal, que culmina en la Constitución, y con ella termina. La Constitución remite a un fundamento trascendente. Esto, en primer lugar, supone una determinación espacial negativa. Esa de-

terminación no puede hacerse a través de una interpretación jurídica. La búsqueda del origen se dirige hacia el punto de Arquímedes del sistema jurídico. Quien conoce el origen de la Constitución conoce también la razón para su validez. La respuesta al origen de la validez decide sobre el por qué y sobre la misma validez. El futuro depende del origen.

A pesar de las dificultades para determinar el lugar y el cómo del origen de la Constitución, sin embargo, su nombre es evidente: el poder constituyente. El nombre representa la aporía. Sin embargo, no conlleva en sí mismo el concepto del que pueda derivarse una solución.

2. *Primeras diferenciaciones*

Antes de cualquier acercamiento a la cuestión, es necesario hacer unas primeras matizaciones de conceptos que puedan contribuir a diferenciar los contornos del tema y a alcanzar criterios para su tratamiento.

A) *Estado y constitución*

La Constitución y el Estado deben ser diferenciados. El Estado es condición previa y objeto de la Constitución. Esta última establece su fundamento jurídico, su estructura interna. La forma de Estado, que ha sido desde la antigüedad objeto de la Teoría del Estado, alcanza en aquella su vinculación jurídica. Esta Constitución en sentido material encuentra su instrumento regulador en el documento constitucional, que hoy de forma generalizada se expresa a través de una Ley: la Ley Fundamental (Constitución en sentido formal).

La Constitución posee un carácter individual. Aparece de una manera diferente en cada país. En contraposición encontramos un esquema organizativo externo del “Estado moderno” que está en correspondencia con el concepto de Estado derivado del Derecho internacional: la unidad

en la paz garantizada a través del monopolio del poder, la unidad del mismo y la decisión en la que subyacen los tres elementos —pueblo, territorio y poder—. De modo que cuando hoy un Estado se organiza en una unidad de poder y de decisión, la Constitución determina a quien corresponde ese poder estatal, cómo se reparten las potestades decisorias y cuáles deben constituir sus fines, aparte de establecer los límites que tengan que respetarse.

El presente problema del poder constituyente surge frente a un tipo determinado de Constitución material, que reconoce una obligación hacia los principios democrático, del respeto de los derechos fundamentales y de la separación de poderes; y frente a una Ley constitucional que, siguiendo la idea de la supremacía de la Ley, exige una estricta sujeción jurídica. Es el tipo del Estado constitucional, al que se dedica la siguiente investigación.

Un cambio de la Constitución no pone en cuestión la existencia y la continuidad del Estado. Su identidad permanece íntegra. Cuando en Alemania en 1918 acabó la monarquía, y se dio forma a la república a través de la Constitución de Weimar, Gerhard Anschütz constató: “no se suelen emprender revoluciones para destrozar un Estado, sino para hacer caer la Constitución de un Estado, y sobre todo, para hacer cambiar lo que se denomina la forma de Estado. La conexión en el desarrollo del Derecho se perturba, pero la de la vida del Estado continúa. La voluntad general adquiere, en la medida en que ha reconocido o desencadenado la revolución, nuevos órganos y depositarios. La Constitución ha cambiado, el Estado permanece”². La República Federal de Alemania como sujeto jurídico es idéntico al *Deutschen Reich*, e incluso al *Norddeutschen Bund* de 1867, sobreponiéndose a revoluciones, cambios y mutaciones constitucionales. En el período de la división alemana desde 1949 a 1990, la República Federal persistió

² GERHARD ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. 1933*, Einl. S. 1. Respecto a la relevancia de la doctrina del poder constituyente para la identidad del Estado en la Teoría del Estado y en el Derecho Internacional: CARL SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928, S. 94.

en la continuidad del Estado alemán como una única entidad, a pesar de su incapacidad de obrar, aunque en su territorio se habían formado dos Estados diferentes e independientes con Constituciones incompatibles e incluso la RDA había intentado la secesión.

Las rupturas políticas internas y la discontinuidad de la Constitución no afectan a la identidad del Estado como sujeto de Derecho internacional, de la cual dependen la pervivencia de los Tratados, la pertenencia a organizaciones internacionales, la imputación patrimonial, y la responsabilidad por deudas. Ningún Estado se libera de sus vínculos con acreedores extranjeros alegando que aquellos se asumieron por un gobierno en circunstancias constitucionales contingentes. El intento del gobierno jacobino de Francia en 1793 de liberarse de las deudas de la era de la monarquía fue infructuoso, al igual que el correspondiente intento en el mismo sentido de la Unión Soviética bajo la dirección de Lenin en la conferencia de Génova de 1922. Después de la caída del comunismo son los países hoy democráticos del Este de Europa los que argumentan de una manera similar. Cuando tras la batalla de Sedán en 1870 cayó en Francia el imperio y se instauró la república, el escritor Victor Hugo exigió a los alemanes que abandonasen la marcha hacia París y que dejasesen Francia, ya que la guerra fue una cuestión de Napoleón III, y de su sistema político, pero no de la nueva república³. Ni la praxis de los Estados ni el Derecho Internacional han cedido en los citados fundamentos.

B) *Constitucionalismo revolucionario y fundamento del Estado*

El poder constituyente se manifiesta en dos situaciones ideales típicas: en primer lugar, un cuerpo común adquie-

³ VICTOR HUGO: *Aux Allemands*, Paris, 9. September 1870: “mais cette guerre, Allemands, quel sens a-t-elle? Elle est finie, puisque l’empire est fini. Vous avez tué votre ennemi qui était le nôtre. Que voulez-vous de plus?”.

re su primera Constitución, de forma que coinciden temporalmente el hecho de dotarse de una Constitución y el de la fundación del Estado (un poder constituyente que crea un Estado) —caso tipo es la Constitución americana de 1787—; en segundo lugar, que dentro de un Estado preexistente se cambie la Constitución a través de un camino revolucionario, de modo que caiga el orden preexistente y se dote de base legitimadora a uno nuevo (un poder constituyente revolucionario) —el prototipo histórico lo ofrece la Revolución francesa de 1789. La base de la Constitución se establecerá respectivamente de un modo nuevo. El poder constituyente aflora de una manera no fingida e inmediata. Pero esto no significa que se manifieste y pueda partir únicamente de estos acontecimientos, sino también de un modo diferente, de una manera latente. El poder constituyente permite que permanezca la forma externa estatal. El conformador del Estado asume como propio el esquema de organización estatal derivado de la comunidad internacional. Se adhiere a sus estructuras y no tiene que inventar nada.

C) *Constitucionalismo y revisión constitucional*

La aporía del comienzo no se da cuando se modifica una Constitución existente de acuerdo a sus propias disposiciones. Aquí estamos ante una revisión constitucional. Esta se diferencia esencialmente de la actividad del poder constituyente originario⁴. En la revisión actúan los órganos del

⁴ CARL SCHMITT (N 3) S. 26, 92 f., 101 ff.; HORST EHMKE, *Grenzen der Verfassungsänderung*, 1953, S. 85 ff.; WILHELM HENKE, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes*, 1957, S. 36 ff.; HERBERT KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, 1966, S. 921 f.; UDO STEINER, *Verfassungsgebung und verfassungsgebende Gewalt*, 1966, S. 173 ff.; DIETRICH MUSWIEK, *Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 1978, S. 163 ff., ins. S. 169 ff., 221 ff. KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, 1984, S. 152 f.; PAUL KIRCHHOF, *Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten*, en: HStR Bd. I, 1987, S. 10 ff.; PETER BADURA, *Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitrecht*, en: HStR Bd. VII, 1992, S. 16 f.

Estado de acuerdo a la autorización que les otorga la Constitución vigente. Pertenece al repertorio normativo de una Constitución el que se prevea la posibilidad de una modificación y que se fijen las condiciones formales y materiales para la misma, así como el procedimiento necesario y los límites de contenido. La revisión se realiza dentro de las sendas de la Constitución existente, que garantiza el orden legal. Sin embargo el poder constituyente desconoce cualquier legalidad previa; ya que el mismo es el que funda la legalidad. La revisión se refiere al contenido y al texto de la ley constitucional. Pero no afecta a su fundamento de validez, y no suspende su identidad y continuidad normativas. En la práctica es a veces complicado distinguir cuando se está ante una revisión constitucional o ante la actuación del poder constituyente. Hay que distinguir entre la creación jurídica derivada y la originaria. Esto es válido sobre todo para una Constitución de una fuerte observancia normativa como la Ley Fundamental de Bonn. El tema que nos ocupará en adelante es el poder constituyente, y con él la cuestión sobre el fundamento pre-positivo de la máxima norma jurídica positiva.

D) *Vigencia y eficacia de la Constitución*

Junto al problema de la vigencia aparece el de la eficacia de la Constitución. Las categorías, tan frecuentemente confundidas o intercambiadas en el lenguaje hablado, tienen que ser diferenciadas de una manera estricta. De acuerdo a la definición de Hans Kelsen la eficacia de una norma consiste en “que sea observada en su conjunto y de manera general, y si no es observada, que sea aplicada en su conjunto y de manera general”⁵. La vigencia es una cuestión del deber jurídico, la eficacia lo es del ser empírico. Como norma la Constitución sólo puede tener una pretensión de vigencia. La pretensión se resolverá en la vida de la comunidad. El éxito real en la vigencia presupone

⁵ HANS KELSEN, Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 112.

básicamente la pretensión de vigencia normativa. La pretensión de vigencia busca la observancia y la aplicación reales. La eficacia es la consecuencia esperada de la vigencia⁶. Entre deber y ser surgen relaciones cambiantes. La cuestión sobre el origen de la Constitución choca con la dificultad de trascender del deber al ser.

3. Traslación de la aporía al Derecho supranacional

Es lógico buscar el fundamento de la Constitución del Estado, y con él el del ordenamiento jurídico estatal en el Derecho supranacional. Hay que tomar en consideración el Derecho internacional, pero también el Derecho natural. La aporía del comienzo no se resuelve con ello. Se desplaza a un nuevo nivel jurídico. En todo caso se descartaría el nivel estatal.

A) *Pretensiones de Derecho internacional en la Constitución estatal*

El Derecho internacional reconoce que el Estado individual determina sus propios asuntos, entre los que está su Constitución. A los asuntos “caseros” —y que tradicionalmente se someten a la competencia exclusiva de los Estados (*domaine réservé*) pertenecen “the choice of a political, economic, social and cultural system, and the formulation of a foreign policy”⁷. Este pensamiento jurídico se ve afirmado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la “Friendly Relations Declaration”, de acuerdo a la que todo Estado tiene un derecho inalienable a elegir su sistema político, económico y cultural sin ninguna clase de intervención de otros Estados. El poder constituyente queda

⁶ KELSEN (N 8), S. 112.

⁷ IGH, Rep. 1986, 108; vid. Respecto a la jurisdicción doméstica y la prohibición de intervención: FRIEDICH BERBER, *Lehrbuch des Völkerrechts*, Band I, 1975, S. 183 ff.; IAN BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford 1990, S. 291 f.; KNUT IPSEN, *Völkerrecht*, 1990, 57 Rn. 50-65.

comprendido dentro de este derecho reconocido a la autodeterminación. La creación de la Constitución es objeto de una autodeterminación interna, mientras que la autodeterminación externa se refiere a la creación, conservación o disolución del Estado⁸.

Ahora se reduce el ámbito reservado al Estado individual⁹. Los derechos fundamentales y la Democracia, tradicionalmente materias estatales internas, se han convertido en objeto de pactos internacionales. El Estado choca a la hora de la formación de su Constitución de una manera creciente con presupuestos derivados del Derecho Internacional. Estos van dirigidos, de una manera más o menos explícita, a los principios de la Constitución del Estado, sobre todo a los derechos fundamentales y la democracia. La tradicional soberana autodeterminación del Estado sobre su sistema político está cada vez más determinada por el Derecho internacional y dirigida hacia un modelo determinado, es decir hacia el del Estado constitucional. Para la expansión y el mantenimiento del sistema democrático, las conclusiones de la Conferencia para la Cooperación y Seguridad en Europa celebrada en Copenhagen el 29.6.1990 abrieron la posibilidad de que los países participantes, en defensa de un gobierno elegido de manera libre, pudiesen actuar frente a movimientos revolucionarios internos en otros Estados (e incluso cuando tales esfuerzos se dirijan a remediarlo también a nivel interno). A favor de la causa de la democracia se entienden como admisibles intervenciones militares¹⁰. Esto es igualmente válido para cuando un Estado de manera sistemática y de una forma crasa ataca los derechos fundamentales de sus ciu-

⁸ Dazu mit Nachw. DIETRICH MURSWIEK, Offensives und defensives Selbstbestimmungsrecht, en: *Der Staat* 23 (1984), s. 523 ff.; HELMUT QUARITSCH, Wiedervereinigung In Selbstbestimmung - Recht, Realität, Legitimation, en: *HStR* Bd. VIII, 1994, 193 Rn. 3 f., 5 ff.

⁹ KELLY KATE PEASE/DAVID P. FORSYTHE, Human Rights, *Humanitarian Quarterly* Vol. 15 (1993), S. 290 ff. Vgl. También HELMUT RUMPF, *Der internationale Schutz der Menschenrechte und das Interventionsverbot*, 1981, S. 51 ff.

¹⁰ MALVINA HALBERSTAM, The Copenhagen Document. Intervention in Support of Democracy, en: *Harvard International Law Journal* Vol. 34 (1993), No. 1, S. 163 ff.

dadanos, incluso cuando no acarree perjuicios a otros Estados. La intervención humanitaria del siglo XIX retorna en la forma de la intervención constitucional¹¹.

El reciente Derecho internacional se refiere por tanto a la situación política, social y jurídica de un país, y con ello a su Constitución real y normativa. Recoge presupuestos para su contenido. Pero guarda silencio sobre la validez de la Constitución. No representa su fundamento de validez. Incluso en un momento de creciente entrelazamiento internacional de los Estados no se puede indicar que sus Constituciones sean un derivado del Derecho internacional¹².

B) *Presupuestos de Derecho natural de la Constitución estatal*

También el Derecho natural, siendo presupuesta su validez, no puede responder a la cuestión sobre el fundamento de la Constitución. Sus principios formales y materiales sobre el bien común y la justicia suponen criterios para el Derecho correcto. Como tales pueden legitimar al Derecho positivo en su corrección, o criticarlo en su falta de justicia¹³. Como normas ultra-positivas no pueden fundamentar la validez de Derecho positivo de una Constitución de un Estado.

El resultado tampoco se modifica si se reconocen a los derechos fundamentales y al principio democrático como base del Derecho natural efectivo de la actualidad y se les concede una validez jurídica ultra-positiva y universal¹⁴.

¹¹ RUMPF (N 13) S. 57-59 (zur Verfassungsintervention der Vereinten Nationen). Zur Intervention zugunsten von Menschenrechten und Demokratie vgl. auch Darstellung neuester Entwicklungen von: KLAUS OTTO NASS, Grenzen und Gefahren humanitärer Intervention. Wegbereiter für Frieden, Menschenrechte, Demokratie und Entwicklung, en: EA 48 (1993), S. 279 ff.

¹² CHRISTIAN TOMUSCHAT, Die staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, en: HStR Bd. VII, 1992, 172 Rn. 1 ff., 11 ff., 66 ff. (Nachw.).

¹³ ERIK WOLF, *Das Problem der Naturrechtslehre*, 1964, S. 196 ff.

¹⁴ El Tribunal Constitucional alemán rechaza la asunción de que el legislador pueda regular todo de acuerdo a su voluntad, como un retroceso en un posi-

Ya que en ese caso la Constitución del Estado se vería pre-juzgada y determinada por esta condición previa. El acto constituyente se topa con barreras internas¹⁵. Aunque no podría derivar su validez jurídico-positiva de los presupuestos supra-positivos.

La aporía del comienzo no permite que se la traslade de la Constitución a una esfera meta-estatal. Tanto el Derecho internacional como el ultra-positivo devuelven el problema del fundamento de la validez al Estado. Éste es quien tiene que encontrar su solución.

4. *Vías para evitar la aporía*

A) *Solución jurídica de la aporía a través de la práctica jurídica*

La jurisprudencia práctica no necesita ocuparse en circunstancias normales de la cuestión sobre el fundamento de la validez de la Constitución. Entiende la respectiva Constitución como algo que le ha sido dado, y deja la cuestión en suspenso, porque es vinculante. Se orienta hacia la pretensión de la validez normativa y no necesita problematizar con la cuestión de la eficacia. En circunstancias normales no tiene ningún motivo para razonar sobre ella.

tivismo jurídico carente de contenido valorativo, que ha sido superado hace tiempo tanto en la ciencia como en la práctica. Una disposición constitucional puede ser nula cuando vaya en contra de manera desmesurada de los postulados básicos de la justicia: (BVerfGE 3, 225. Vgl. auch BVerfGE 1, 14 (32 f.); 4, 294 (296); 23, 98 (106 f.); 84, 90 (121). Die Wahrscheinlichkeit, dass ein freiheitlich-demokratischer Verfassungsgeber diese Grenze überschreite, sei freilich so gering, dass die theoretische Möglichkeit originärer “verfassungswidriger Verfassungsnormen” einer praktischen Unmöglichkeit nahezu gleichkomme (BVerfGE 3, 225 (233). Dazu OTTO BACHOF, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, 1951, S. 42 f.

¹⁵ THEODOR MAUNZ en ders./GÜNTER DÜRIG, Grundgesetz (Stand 1991), Präambel Rn. 12; ERNST GOTTFRIED MAHRENHOLZ, *Die Verfassung und das Volk*, 1992, S. 14 f.; HANS-PETER SCHNEIDER, Die verfassunggebende Gewalt, en: *HStR* Bd. VII, 1992, 158 Rn. 32 f. Una vinculación del Estado con los derechos fundamentales ultrapositivos (sin un reconocimiento de Derecho interno o internacional) es denegada por WINFRIED BRUGGER, *Menschenrechte im modernen Staat*, en: *AöR* 114 (1989), s. 537 (542 f.).

La perspectiva profesional de los juristas será expuesta de una manera lacónica y acertada: no es asunto suyo razonar sobre la legislación, salvo la aplicación de los imperativos actuales del Derecho del país, “so muss ihnen jede, jetzt vorhadene gesetzliche Verfassung, und, wenn diese höheren Orts abgeändert wird, die nun folgende, immer die beste sein, wo dann alles so in seiner gehörigen mechanischen Ordnung ist”¹⁶.

Pero la estrategia para evitarla falla cuando el juez se ve confrontado con la cuestión de cuál sea la Constitución aplicable y si mandato legis la ley actual tiene que ser modificada, es decir, cuando la pretensión de validez de diversas Constituciones entra en colisión. El ordenamiento adecuado del Derecho positivo se deshace cuando surgen crisis y revoluciones, cuando la continuidad del Estado y de la Constitución se rompe. En los casos límite el juez se ve obligado a decidir si una Constitución en un momento determinado es válida, con la consecuencia de que tiene que abandonar el armazón del ordenamiento jurídico positivo, contemplarlo desde fuera y buscar su fundamento prepositivo.

B) *Irrelevancia teórico-jurídica de la Teoría del Derecho Puro de Kelsen*

El temor de la praxis del Derecho a entrar a conocer sobre el ominoso tema del fundamento último de la Constitución, puede verse afirmado desde la teoría jurídica de Hans Kelsen¹⁷. Éste propone un modelo de positivismo jurídico en el cual el problema se ve limitado y solucionado.

Dentro de su doctrina del Derecho puro se someten las normas jurídicas individuales al conjunto del ordenamiento jurídico. Éste propone una construcción escalonada con relaciones jerárquicas de superioridad e inferiori-

¹⁶ INMANUEL KANT, Zum ewigen Frieden (1795), Anhang I (A 75), en: ders., *Werke* (hg. Von Wilhelm Weischedel), Bd. VI, S. 191 (235).

¹⁷ HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1960

dad, un sistema estático. Entendido de una manera dinámica se demuestra como un proceso de creación jurídica donde las normas inferiores deben corresponderse con las superiores. Pero dado que el progressus in infinitum tiene que excluirse, choca Kelsen con la aporía del comienzo, del fundamento de la validez de la norma máxima, según el cual al ordenamiento jurídico se le puede considerar como una unidad. “Ist das Recht als normative Ordnung, als ein System von Normen, begriffen, die das Verhalten von Menschen regeln, entsteht die Frage: Was begründet die Einheit einer Vielheit von Normen, warum gehört eine bestimmte Norm zu einer bestimmten Ordnung? Und diese Frage steht in einem engen Zusammenhang mit der Frage: Warum gilt eine Norm, was ist ihr Geltungsgrund?”¹⁸. El Kelsen jurídico-positivista se prohíbe buscar el fundamento de la validez en Dios, en la naturaleza o en cualquier otro campo metafísico¹⁹. Pero también se excluye el recurrir a fenómenos sociales, en el sentido de la fuerza normativa de lo fáctico. Ser y deber ser están severamente separados uno del otro, de acuerdo al pensamiento neo-kantiano. El deber ser no se puede derivar del ser, ni el ser del deber ser. Las normas jurídicas sólo pueden fundarse en normas jurídicas, pero no en realidades²⁰.

El recurso para salir del dilema lo encuentra Kelsen en una Norma Fundamental ficticia, a la que somete el Derecho vigente, donde se afirma que los destinatarios de la norma tienen que actuar de acuerdo a las normas. Para la Constitución estatal la Norma Fundamental expresa: “man soll sich so verhalten, wie die Verfassung vorschreibt”²¹.

La Norma fundamental es una disposición que recoge una orden de aplicación del Derecho. Es presupuesta por el Derecho positivo y determinada por él. No sobrepasa el

¹⁸ KELSEN (N 22), S. 196

¹⁹ Vgl. KELSEN (N 22), S. 205.

²⁰ KELSEN (N 22), S. 203.

²¹ N. Trad.: Hay que comportarse de acuerdo a lo que prescribe la Constitución.

horizonte del positivismo jurídico. Lo jalona y lo circumscribe. La Norma fundamental es norma y no traspasa la linde entre el deber ser y el ser. No es una norma jurídica positiva, sino sólo una de carácter hipotético: un “Deutungsschema”²², de acuerdo al cual los desarrollos reales y sensiblemente perceptibles pueden ser interpretados como fenómenos jurídicos, y como una condición lógico-transcendental para que las construcciones de deber ser puedan ser reconocidas como normas jurídicas válidas. De este modo para Kelsen la vigencia del Derecho se demuestra sólo como una asunción hipotética.

La Norma fundamental da una respuesta a la cuestión sobre el origen y el fundamento del Derecho. Kelsen la entiende como el fundamento de validez superior, que basa la unidad de la relación entre la creación de la norma²³. Pero no se trata del fundamento de validez verdadero e incondicionado, al que se refiere la doctrina de Derecho natural escolástica, sino de una condicionada y ficticia, la base que propiamente necesita el que aplique la ley para afirmar su actuación por delante de las leyes de la lógica, para legitimarse de manera unánime y lógica. Actúa como si hubiese un último fundamento, pero sin creer en él. En verdad ese lugar está vacío. La Norma fundamental cuida de que no se llene de materia ajena al Derecho o impura. Cubre el ordenamiento jurídico y lo hace un sistema cerrado, sobre todo frente a las influencias de la vida social y política. Impide que el jurista pregunte sobre las bases y las funciones, que quedan más allá del Derecho positivo. Por ello no es una casualidad que para Kelsen el poder constituyente no constituya un tema relevante²⁴. La referencia a un origen normativo ficticio corta con esas preguntas. Da al jurista una resistencia teórico-jurídica frente a la curiosidad intelectual. La Norma fundamental

²² N. Trad.: Un esquema indicativo.

²³ KELSEN (N 22), s. 228.

²⁴ Como poder histórico-real el poder constituyente no puede constituir un tema relevante para Kelsen. Cuando hace uso del término, se refiere a él en otro sentido: “Es kann sich bei der Lehre vom pouvoir constituant nur um einen der

mantiene la cortina corrida, tras la cual el positivista intuye que acecha la cabeza del poder.

Por el contrario, a la política le es ajeno el temor a un tal conocimiento jurídico-teórico. Descorre la cortina, y muestra como origen de la Constitución al poder constituyente del pueblo. Este no se presenta como formal o hipotético, sino como material y categórico. Aunque la cuestión radica en si aquí reside la verdad o sólo estamos frente a un encantamiento político y si, lo que se muestra, adquiere relevancia para la jurisprudencia constitucional y para la teoría de la Constitución.

II. RECURSO A LA VOLUNTAD DEL PUEBLO

1. *El dogma democrático*

Desde que el Estado constitucional hizo su aparición histórica, desde las Revoluciones francesa y americana de finales del siglo XVIII, domina el dogma democrático, cuyo nombre sólo merece aquella Constitución que procede de la voluntad del pueblo y en la que el pueblo dispone sobre la potencia originaria e indisponible de erigir una Constitución, determinar su contenido y su vigencia, defenderla o anularla. Esta potencia es del poder constituyente, y sólo él se considera como el verdadero actor constitucional.

El pueblo ocupa aquí el lugar que en la Edad Media se reconocía a Dios, como origen del ordenamiento político, no como su criatura, como productor del Derecho, pero no como su súbdito. La justificación teónoma cede a la democrática, porque el Estado se entiende sólo como una institución secular, y debe encontrar e identificar su sentido en el horizonte del más acá²⁵. La secularidad no condu-

positivrechtlich zu begründenden Fälle erschwerter Normänderung handeln” (N 27, S. 253).

²⁵ Conforme a las premisas medievales y del pensamiento estatal de los nuevos tiempos, el pensamiento político moderno es incompatible con los Papas del siglo XIX: JOSEF ISENSEE, Keine Freiheit für den Irrtum. Die Kritik der katholis-

ce sin más a la lucidez, a la transparencia o a la racionalidad. Con su traslado de la trascendencia a la inmanencia, el Ser superior no se muestra todavía evidente y comprensible. El pueblo no es desde el principio un sujeto jurídico con capacidad de obrar. Como dimensión supra-individual debe primero encontrar su unidad, su capacidad de obrar y la conciencia de sí mismo. En un primer momento su identidad es oscura; necesita de una ulterior iluminación. Su voluntad es difusa; depende de un mediador y de un indicador. Como en su momento lo hizo la resolución divina, ahora la voluntad del pueblo se muestra como inescrutable y misteriosa, no necesitada de justificación e incapaz de cualquier explicación. Como fenómeno histórico y terreno, el “pueblo” se ofrece como mistificación. Se le atribuyen atributos teológicos: *primum principium, immotum movens, norma normans, genitum, non factum, creatio ex nihilo*. La soberanía del pueblo se presenta en una expresión lingüística de Rom. 13: “non est enim potestas nisi a Deo; quae autem sunt, a Deo ordinatae sunt”²⁶.

El dogma del poder constituyente del pueblo se ha afirmado con el principio democrático. Se muestra como consecuencia de la soberanía popular: ya que todo poder deriva del pueblo, su manifestación más noble —el poder constituyente— se funda en el pueblo. La historia muestra como en la doctrina del poder constituyente la teoría de la soberanía popular “creó su fórmula programática más concluyente, de la cual se extrajeron las consecuencias últimas y más pujantes”²⁷. Sobre todo la categoría del poder

chen Kirche des 19. Jahrhunderts an den Menschenrechten als staatsphilosophisches Paradigma, en: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung* LXXIII (1987), S. 296 (309 ff., 322 ff.).

²⁶ La relevante sentencia de CARL SCHMITT, en la que afirma que todos los conceptos de la doctrina del Estado moderna, son conceptos teológicos secularizados (Politische Theologie, 1934, S. 49), encuentra aquí su confirmación, siempre con la reserva de que los conceptos contiguos a aquellos no lo sean. Respecto a la sacralización del pensamiento constitucional en la Revolución Francesa: WOLFGANG SCHMALE, *Entchristianisierung, Revolution und Verfassung*, 1988, S. 13 f., 57 ff.

²⁷ EGON ZWEIG, *Die Lehre vom pouvoir constituant*, 1909, S. 3. La obra de EGON ZWEIG es la explicación clásica de la génesis de la doctrina y de su ejecu-

constituyente está impregnada del principio democrático en el que a su vez se funda. Es como su código genético. La fórmula “poder constituyente del pueblo” es un pleonasio latente. Claro está que hay intentos de separar el poder constituyente de la soberanía popular²⁸. En el siglo XIX se produjeron esfuerzos para vincularla al principio monárquico. El soberano monárquico la demandaba total o en parte para sí²⁹. El experimento de una transposición se acabó con el final de la monarquía constitucional. En el siglo XX las dictaduras militares y los despotismos de partidos socialistas invocaron al pueblo como el autor último de las Leyes constitucionales que se imponían autoritariamente sobre el mismo³⁰. La reverencia semántica muestra el poder de la idea democrática. En la medida en la que ésta es suficiente, no se da ninguna otra aceptación para el fundamento de una Constitución más que la de la voluntad del pueblo.

2. *Invocatio populi en los textos constitucionales*

La doctrina del poder constituyente del pueblo encuentra de una manera inmediata entrada en los primeros tex-

ción por la Revolución Francesa: “(la soberanía del pueblo) se dio su fórmula programática concluyente y de aquí sacó sus consecuencias últimas que no pueden ser sobrepujadas”.

²⁸ STEINER (N 4), S. 67 ff.

²⁹ Respecto a la doctrina del principio monárquico, que otorgaba el poder constituyente a los príncipes de los Länder, vid. ERNST RUDOLF HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. I, 1975, S. 318, 651 ff. Vgl. auch dens., ebd., Bd. III, 1973, S. 11 ff. Ex-post-Sicht: CARL SCHMITT (N 3), S. 80 f.; ERNST-WOLFGANG BOCKENFÖRDE, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes - Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts*, 1986, S. 12 f.

³⁰ Es muy esclarecedora la Constitución turca de 1982, que vio la luz bajo la influencia de la importante junta militar. El Staatsreich, que precedió a la Constitución, será vinculado en el preámbulo a los ejércitos turcos, “que forman una parte inseparable de la nación turca”. Entre los actores constitucionales se cita al Consejo de Seguridad Nacional, que ha dado su forma definitiva a la Constitución que ha preparado la Asamblea consultiva formada por los legítimos representantes de la Nación, y que ha sido aceptada, aprobada y fijada inmediatamente por la nación turca. En el mismo sentido el constitucionalismo de 1976 por la Junta Militar en Portugal: PETER HÄBERLE, *Die verfassungsgebende Ge-*

tos constitucionales y declaraciones de derechos del siglo XVIII. El Bill of Rights de Virginia de 1776 se entiende en su inicio como “A declaration of rights made by the representatives of the good People of Virginia”. La Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787 se identifica como creación del pueblo y se exalta con las palabras: “We the people of the United States, in order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our prosperity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America”.

Francia acoge el tema en el Preámbulo de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que se recoge en la Constitución de 1791: “Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale, ...”.

En la siguiente Constitución jacobina de 1793 figura como autor de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de una manera lapidaria “el pueblo francés”. Con la misma dicción se expresa en las Constituciones de 1946 como de 1958 al “pueblo francés” en sus preámbulos, cuando anuncia “felizmente su alianza con los derechos fundamentales y los principios de la soberanía nacional”. La fórmula francesa y americana ha sido asumida por numerosos Estados en sus textos constitucionales, desde Irlanda hasta Rusia, desde Turquía hasta Japón.

La Constitución del Deutschen Reich de 1919 se suma a los modelos occidentales y comienza con una *invocatio populi*:

“Das Deutsche Volk, einig in seinem Stämmen und von dem Willen beseelt, sein Reich in Freiheit und Gerechtigkeit zu erneuern und zu festigen, dem inneren und dem äusseren Frieden zu dienen und den gesellschaftlichen Fortschritt zu fördern, hat sich diese Verfassung gegeben.”

walt des Volkes im Verfassungsstaat - eine vergleichende Textstufenanalyse, en: AöR 112 (1987), S. 54 (72 f., 77 f., 83).

También la República Federal de Alemania ha continuado con esta tradición. En su fundación se expresaba la dificultad de determinar el sujeto de la acción constituyente, porque el pueblo alemán estaba dividido y el Estado fundador tanto en su alcance personal como espacial era provisionalmente fragmentario. El Preámbulo de la Constitución de 1949 dio una solución al dilema en la medida que equilibró la teoría democrática con las inaplicables circunstancias vigentes:

“Im Bewusstsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen, von dem Willen beseelt, seine nationale und staatliche Einheit zu wahren und als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen, hat das Deutsche Volk in den Ländern Baden, Bayern, Bremen, Hamburg, Essen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Württemberg-Baden y Württemberg-Hohenzollern, um dem staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben, kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland beschlossen. Es hat auch für jene Deutschen gehandelt, denen mitzuwirken versagt war. Das gesamte Deutsche Volk bleibt aufgefordert, in freier Selbstbestimmung die Einheit und Freiheit Deutschlands zu vollenden”³¹. Desde la unidad estatal recobrada en 1990 y con ella la ampliación de la vigencia de la Constitución a la población y al territorio de la RDA, en el Preámbulo se afirma de manera lapidaria que “el pueblo alemán (sin restricción a Länder individualizados) se ha dotado gracias a su poder constituyente de esta Constitución y que los Länder alemanes que han culminado la unidad y la libertad de Alemania con su capacidad de autodeterminación (...). A consecuencia del dilema de la división, la Constitución de 1949 recogió en su Disposición final, que se dejaba al buen criterio del poder constituyente del pue-

³¹ Respecto al punto de vista constitucional del poder constituyente con anterioridad a la Reunificación: STEINER (N 4), S. 148 ff., 209 ff.; MURSWIEK (N 4), S. 23 ff., 101 ff. (Nachw.).

blo alemán en conjunto, la posibilidad de ejercer la potestad de poder sustituir la misma por otra Constitución que englobase a toda Alemania.

Art. 146: "Dieses Grundgesetz verliert seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist."

La Disposición Final se completó con motivo de la Reunificación con una oración de relativo: "Dieses Grundgesetz, das nach Vollendung der Einheit und Freiheit Deutschlands für das gesamte deutsche Volk gilt ...", mantiene la insistencia en su redacción textual³².

El dogma del poder constituyente se afirma en los textos constitucionales a pesar de todas las contradicciones. El recurso al pueblo no es sólo utilizado por las Constituciones de los Estados constitucionales. También se encuentra en los sistemas de gobierno autoritarios y totalitarios y al menos aquí puede gloriarse de un triunfo semántico.

3. La teoría clásica del Abbé Siéyès

El poder constituyente del pueblo encuentra su teórico clásico en el Abad Emmanuel Joseph Siéyès, aunque no fue su descubridor. Su filosofía tiene una larga tradición; las raíces alcanzan hasta la antigüedad. Pero Siéyès es su representante más influyente. Su doctrina del poder constituyente encuentra en la Revolución francesa un terreno favorable, en el que la semilla espiritual pronto agarra.

Su nombre es aplicable al conjunto del proceso a través del cual un teorema político será refundido desde su pura esencia literaria, y que ha mantenido durante una incubación centenaria, a través de la presión y el afán de necesi-

³² Respecto al significado del Art. 146 GG n. F: JOSEF ISENSEE, Schlussbestimmung des Grundgesetzes: Artikel 146, en: *HStR* Bd. VII, 1992, 166 Rn. 23 ff., 48 ff.

dades e intereses reales, y para cuya satisfacción Siéyès entendería que estaba llamado por el destino histórico³³.

La teoría que el abad ilustrado, con un gran sentido para la geometría política y menor para el enfoque histórico, va a construir *ad hoc*, sirve a unos fines políticos concretos: el mandato de la Asamblea Nacional de fundamentar el poder de decisión sobre la Constitución, de legitimar la auto-comprensión de los representantes del tercer estado como representantes del conjunto de la Nación, de negar al Rey y a los otros estamentos una cooperación semejante, y de incluir al Rey como mero poder constituido dentro del nuevo orden estatal. La doctrina del poder constituyente va solamente unos pasos por delante de la praxis, le prepara el camino, influye en la misma, y la otorga una buena conciencia. La teoría está atada por los condicionamientos, pero el acto constituyente en la Revolución Francesa se convertirá en modelo histórico.

Para Siéyès en el centro está la nación, que como fundamento de todos los poderes públicos tiene el mismo significado que el concepto de pueblo³⁴. La nación se desarrolla en tres fases³⁵. En la primera se reúnen los individuos en la nación. Esta unión es “la obra de la voluntad interesada de los miembros aliados”. Del juego de las voluntades

³³ Cita: ZWEIG (N 34), S. VI. Zweig zur historischen Rolle von SIÉYÈS: “Das pouvoir constituant, von dessen Entdeckung sich SIÉYÈS eine wissenschaftliche Epoche versprach, hat den Namen von Montesquieu, die Form —Abgrenzung gegenüber der ordentlichen Gesetzgebung und repräsentative Ausgestaltung— von den Amerikanern, den Inhalt aber von ROUSSEAU empfangen” (aaO., S. 137).

³⁴ “Alle öffentlichen Gewalten leiten sich unterschiedlos vom Gemeinwillen ab; alle kommen vom Volk, das heißtt, von der Nation. Diese beiden Ausdrücke müssen synonym sein” (EMMANUEL JOSEPH SIÉYÈS, *Préliminaire de la Constitution. Reconnaissance et exposition raisonnées des Droits de l'Hommes et des citoyens*, Paris 1789, zitiert detusche Ausgabe: SIÉYÈS, Politische Schriften 1788-1790, hg. Von Eberhard Schmitt und Rolf Reichard, 1975, S. 239 (252). Zur streitigen Auslegung der Begriffe Volk und Nation: WALTER LEISNER, Volk und Nation als Rechtsbegriffe der französischen Revolution (1964), en: ders., *Staat*, 1994, S. 150 ff.

³⁵ EMMANUEL JOSEPH SIÉYÈS, Qu'est-ce que le tiers état? (Zitiert nach der deutschen Ausgabe: Was ist der dritte Stand?, en: ders., *Politische Schriften* (N 34), S. 117 (164 ff.).

particulares se forma la voluntad común. La nación se eleva en una unidad de voluntad y de actuación y toma con ello la forma estatal. El súbito obrar de la nación determina la segunda fase. En la tercera deja finalmente de dominar la voluntad general, y pasa a ser dirigida por sus representantes: el gobierno por encargo. La nación habilita al gobierno; éste representa a la nación. La organización y el procedimiento legislativo y de sus órganos encargados de ejecución, así como las reglas para su actuar componen la Constitución. “La Constitución de un pueblo es y sólo puede ser la Constitución de su gobierno y del poder encargado de dar leyes al pueblo y al gobierno”³⁶. La Constitución surge de la necesidad contrapuesta de prescribir tanto hacia dentro como hacia fuera al gobierno unas formas fijas que le capaciten para el cumplimiento de sus tareas, y de ofrecer la garantía para que no se pueda separar de las mismas. Esta vincula a los órganos del Estado. Estos no pueden cambiar nada de las condiciones bajo las que les fue transferido su poder. Los miembros constituidos del poder del Estado no pueden disponer de la Constitución, a la que deben su ser y su mandato. Esto sólo le es posible a la nación.

La nación misma no es objeto de la Constitución y no le está sometida. “La nación estaba primero ahí, es el origen de todo. Su voluntad es siempre vinculante, ya que es la Ley misma. Antes de ella y por debajo de la misma sólo está el Derecho natural”³⁷. La nación permanece en el estado de naturaleza, estado que, según la vieja doctrina de Thomas Hobbes y John Locke, los individuos abandonan en cuanto se reúnen en el Estado. La nación no puede someterse a determinadas formas y contenidos constitucionales, porque si no a la larga podría perder su libertad en manos de una tiranía.

El máximo derecho de la nación consiste en *querer*. No depende ni de procedimientos ni de formas predeterminados de formación de la voluntad. “Sea como quiera que la

³⁶ SIÉYÈS (N 35) S. 250 f.

³⁷ SIÉYÈS (N 34) S. 167.

nación quiera, es suficiente con que quiera; todas las formas son buenas, y su voluntad es siempre la máxima ley”³⁸.

En su omnipotencia no está sujeta a un procedimiento determinado, cuando ejerce el poder constituyente. La voluntad general pervive en el estado de naturaleza, y necesita para su completa efectividad sólo de los distintivos “naturales” de la voluntad. Todas las posibilidades de poder expresarse son pocas³⁹. Al poder constituyente en este sentido le está todo permitido. No está sujeto a una Constitución predeterminada. La nación, que con ella ejerce su poder máximo y más importante, tiene que estar libre en esta función de presión alguna, con excepción de aquella que quiera aceptar.

No tiene porque actuar por sí misma el *pouvoir constituant*, sino que puede actuar a través de representantes. El derecho de querer le es indisponible. Pero puede transmitir su ejercicio a representantes. Estos se diferencian de los órganos estatales regulares, que se derivan de la Constitución (*pouvoir constitués*), por su mandato extraordinario. Solamente se reúnen con el fin de dictar una constitución.

La simbiosis entre el *pouvoir constituant* y el principio de representación marca una época. Siéyès va un gran paso por delante de Rousseau. El acto constituyente por representación no se muestra como un recurso de urgencia sino como solución por elevación. En la situación histórica de 1789, Siéyès da a la Asamblea Nacional la teoría de la legitimación, identificándose con la representación del pueblo y asumiendo el poder constituyente. En su efecto permanente abre al ideal democrático la necesidad práctica de la división del trabajo y facilita su transposición en la vida estatal. Es constatable como la doctrina del poder constituyente desde su origen es indiferente a la pugna entre los partidarios de la democracia directa y los de la indirecta.

³⁸ SIÉYÈS (N 35), S. 169. Dazu WALTER LEISNER, *Verfassungsgebung und Verfassungskontrolle in Frankreich und Deutschland*, (ungedr.) Diss. München 1957, S. 149 ff.

³⁹ SIÉYÈS (N 35) S. 168 f.

Una Constitución no es definitiva. La nación puede en cualquier momento modificarla o abolirla. En el proyecto de Siéyès para una Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, el último artículo afirma: “un pueblo ostenta el derecho permanente de renovar y confrontar su constitución. Sería incluso bueno que se determinasen los momentos en los que esta revisión, sea cual sea la razón, deba tener lugar”⁴⁰. La Constitución jacobina de 1793 se formulará bajo la influencia de Siéyès: “Un pueblo tiene el derecho de modificar a mejorar su Constitución. Una generación no puede someter a las generaciones futuras a sus leyes”.

Otra vez: la Constitución ni crea ni funda la nación, sino sólo a su gobierno y a su legislativo. Estos deben organizarse y dotarse de competencias, y ser restringidos por obligaciones jurídicas. Ellos y sólo ellos son tema de la Constitución y receptores de su vinculación jurídica. De este modo, diferencias fundamentales se hacen visibles entre la nación y su Constitución, así como entre el poder constituyente, que precede a la Constitución (*pouvoir constituant*), y los poderes constituidos, que parten de ella y a la que están sometidos (*pouvoirs constitués*). Siéyès hace esta distinción de una manera clara y nítida: los poderes comprendidos en el poder del Estado están sometidos en su conjunto a leyes, reglas y formas, sobre cuya modificación no pueden disponer. De la misma manera que tampoco podrían ellos mismos producirla, tampoco podrían modificar la Constitución, y aún menos la Constitución de otros.

Siéyès en años posteriores se jactó de la diferenciación entre el *pouvoir constituant* y los *pouvoirs constitués* como uno de los logros que habrían servido para dar un paso adelante en la ciencia, y que había que agradecer a los franceses —entendido como agradecimiento atribuible a él en primer término—. La Fayette le contradijo posteriormente e indicó que los americanos ya con anterioridad habían reconocido y practicado esta diferencia sustancial,

⁴⁰ Art. 28 Constitution de la République Française (1793 juin 24).

y que, por el contrario, la Asamblea Nacional francesa la había anulado, y había asumido ambas funciones en sí misma. De hecho, la Asamblea Nacional demandaba todo al mismo tiempo, dictar la Constitución y actuar como órgano del Estado constituido, encargado de aplicar aquella.

Pero el movimiento triunfante de la teoría del poder constituyente no podía ser detenido. Las doctrinas políticas que tienen éxito sacan fuerza de sus mismas contradicciones. La volubilidad del sentido conceptual se encienda a la Retórica. La difusión facilita la integración. La doctrina del poder constituyente tiene parte en la marcha triunfal política del pensamiento democrático. Se delimita una relación de cambio. El Derecho positivo se apoya en la teoría. La teoría se convierte en Derecho positivo. También en las doctrinas actuales se puede apreciar de una manera más o menos clara la forma arquetípica, que ya asumió al principio de la Revolución Francesa.

En la doctrina del *pouvoir constituant* se aúnan elementos democráticos de la escuela de Rousseau y de la Escuela del Derecho del Estado de Locke y Montesquieu. La doctrina alimentó movimientos contrapuestos, que la revolución enervó y que desde entonces dominan el panorama político: el constitucionalismo y el ser jacobino. Se encuentra con los modelos de la democracia constitucional y de los radicales, la democracia de los jacobinos. En la democracia constitucional la voluntad del pueblo desemboca en la primacía del Derecho. En el concepto radical-democrático, sin embargo, el Derecho es sólo el instrumento para el dominio de una élite, que invoca la voluntad del pueblo, y que determina de una manera autoritaria qué es la voluntad del pueblo.

4. *Polivalencia de funciones*

A) *Legitimación y deslegitimación*

En su primera aplicación, en 1789, aparece el poder constituyente como concepto combativo-revolucionario.

Éste pone de manifiesto efectos ambivalentes: destructivos en la medida en que se refiere a la Constitución del *Ancien régime*; constructivos en la medida en que se refiere a la Constitución del futuro. Allí actúa como detonante, aquí como fundamento de la nueva construcción. Por un lado el teorema está destinado a privar de legitimación, de otro, a dotar de la misma.

B) *Autorización revolucionaria y limitación revolucionaria*

Mientras que la revolución en sucesivas erupciones va emanando una Constitución detrás de otra, el *pouvoir constituant* se actualiza en determinados sucesos y acciones, en determinados momentos históricos. El acto constituyente implica el proceso en el que se da vida a la Constitución, la formación de la Ley constitucional, la consulta, su formulación, su decisión. Pero lo propio es la decisión política sobre el futuro orden fundamental⁴¹. El *pouvoir constituant* se muestra como lo haría un volcán que súbitamente entrase en erupción, pero que pudo estar inactivo durante un tiempo más o menos largo, o que incluso pudo llegar a considerarse extinguido.

El teorema del poder constituyente modifica su significado cuando se aplica a una Constitución existente, que ya gozase desde hacía tiempo de validez y eficacia. Su objeto ya no es el nacimiento, sino la vida de la Constitución, no el acontecimiento extraordinario, sino la normalidad del Estado constitucional. La función creativo-subversiva se envuelve en una conservadora. Ahora no se trata de hacer la Revolución, sino de asegurar su obra, y de impedir otra revolución, que pudiese destruirla. El concepto combativo-revolucionario se convierte en una prohibición revolucionaria.

⁴¹ Desde esta página de la historia desarrolla CARL SCHMITT su concepto decisario del poder constituyente (N 3, S. 75 ff.).

C) *Fundación y tradición*

Una Constitución vieja se parece de alguna manera a una antigua religión, cuyo fundador se aleja en una distancia mítica o histórica, pero al que siempre acaba invocándose. Si ya no puede justificarse a través de su carisma, queda su legitimación en la tradición, en la que pervive de una forma auténtica. Así la vida constitucional busca a través del recurso al legislador asegurarse su fundamento histórico y, con éste, su legitimidad permanente.

El pueblo se convierte en un ícono político. Como a tal le corresponde la función de transmitir el recuerdo del origen y mantenerlo despierto y en continuo retorno, sin que sea importante si o cuanto se asemeje la copia al molde. Contribuye a atribuir a la Constitución aquella legitimidad de la cual ahora se encuentra necesitada. Y no es la legitimidad de su comienzo, sino la de su vigencia continuada. Así actúa la historia del origen como fuente de la legitimidad. El resultado histórico, más en concreto, la imagen que de él se hace la realidad de donde procede la Constitución, enseña porqué se ha llegado a la vigencia, y explica porqué todavía está vigente. Con ello también se persigue el que la generación actual asuma la herencia constitucional anterior y la haga propia.

En primer lugar el recurso al pueblo sirve para justificar el origen de la Constitución, y posteriormente, para justificar la Constitución desde su origen. La legitimidad carismática se verá sustituida a través de la tradicional. Una calificación tal de acuerdo a la tipología de Max Weber puede sorprender a primera vista, porque el Estado constitucional propiamente dicho sirve como prototipo de la legitimidad racional, como autoridad legal fundada, que descansa en la creencia en los ordenamientos reglamentados y en las instrucciones para los llamados al ejercicio de la autoridad⁴². Aunque la doctrina del poder constituyente

⁴² MAX WEBERS Typen legitimer Herrschaft: der rationale, der traditionale, der charismatische. Dazu DERS., Wirtschaft und Gesellschaft (1922), Studienausgabe (hg. von Johannes Winkelmann), 1. Hbd. 1956, S. 159 ff.

se aplica sólo cuando termina la legitimidad racional, cuando se plantea la cuestión sobre el primer constituyente, que a su vez todavía no puede apoyarse en un orden reglamentado. La Constitución se deriva de la voluntad popular y se construye sobre la tradición en la que ésta pervive. Se mantiene vigente porque procede de la única fuente legítima. El acto fundacional que funda la tradición apoya la legitimidad en la permanencia.

Aun cuando la historia del origen expresa efectos legitimadores permanentes, la decisión se centra en si una Constitución se mantiene jurídicamente vigente, en si puede pretender tener una legitimación, y en donde radica su fundamento de validez, y no compete al historiador ni tampoco al historiador constitucional, que de acuerdo a su ciencia se esfuerzan en conocer como algo “fue realmente”. Pero aquí no se trata exactamente de esto, sino de la función legitimadora de la historia para el sí y el porqué de la vigencia de la Constitución. El juicio sobre esta cuestión no es un mero conocimiento histórico sino que entra más bien en el ámbito de la historia política.

El teorema del poder constituyente permanece ambivalente. Aquello que tiene el poder para conservar también tiene el poder para destruir. La dispensa de cualquier vinculación jurídica al pueblo puede impedir el afianzamiento del derecho e introducir “la insurrección permanente”⁴³. El recurso al origen puede servir para destruir la aceptación, y especialmente a través de la afirmación político-histórica de que la Constitución vigente no se deriva de la voluntad del pueblo y de que no se dictó en condiciones democráticas, porque faltó la libertad decisoria o se careció de un determinado procedimiento. Una tal teoría del nacimiento defectuoso corroería la legitimidad tradicional⁴⁴. Supone su inversión, una táctica deslegitimadora. También consiste en algo similar el enfrentar una realidad decaída

⁴³ FRIEDRICH JULIUS STAHLs lleva a cabo una crítica fundamental a la doctrina de Siéyès (*Die Philosophie des Rechts*, 2. Bd./2. Abt., 1876, S. 532).

⁴⁴ Respecto a la deslegitimación de la Ley Fundamental a través de la teoría del nacimiento defectuoso: V 2 b.

con el ideal de un origen sano y con él proclamar el retorno a este origen (histórico-políticamente incoado). Una involución tal está contenida en la etimología de “revolución”, de forma similar al de “reforma”. Las concepciones político-históricas tienen poder sobre la actualidad. También un monumento constitucional del pueblo es capaz de ponerse en movimiento como la estatua del convidado de piedra en “Don Giovanni”, y llevar a la muerte al aparentemente bien asegurado ordenamiento constitucional.

D) *Estabilización y politización del Derecho Constitucional*

El recurso al pueblo puede conducir tanto a la desjuridificación del ordenamiento estatal como también a su politización. Depende de si el constituyente únicamente permanece activo en el momento de la promulgación de la Ley constitucional, o de si permanece presente y en acción. Una analogía teológica: la primera suposición corresponde al deísmo, según el cual Dios es únicamente creador y legislador del mundo, el gran hacedor que elevó la obra primigenia y la puso en movimiento, pero que se retira y la deja ir de acuerdo a su propia mecánica mientras que el mecanismo dure. La segunda suposición corresponde al teísmo, según el cual Dios no sólo ha llamado a la vida al mundo, sino que también lo mantiene y lo dirige en su leyes naturales.

De acuerdo a la primera, la solución deísta, la fase del devenir político se diferencia de la fase del ser jurídico, y por tanto de la vigencia. Aquél se verá dominado por el *pouvoir constituant*, éste por los *pouvoirs constitués*, y, aquí está lo decisivo, sólo por ellos. La Constitución se aparta de su origen político. Se erige mientras tanto en un sistema jurídico cerrado, que no permite cerca de sí la validez de ningún otro poder originario y supra-constitucional. Así puede dirigir el proceso político y vincular toda la actuación estatal de una manera jurídica. Se demuestra como la genuina norma jurídica. Si bien se dirige a los ór-

ganos estatales supremos, su interpretación no sigue necesidades políticas, sino el método jurídico. El poder constituyente, como la soberanía del pueblo en su estado de naturaleza todavía no mediatizado constitucionalmente, no contiene ningún influjo sobre la dirección estatal y sobre la jurisprudencia práctica. El pueblo actúa a través de normas constitucionales estatales e instituciones y expresa su voluntad sólo a través de las mismas. Una voluntad dispar de un pueblo con capacidad constitucional-trascendente no permite ningún argumento jurídico. Como dimensión no constituida el pueblo queda proscrito del ámbito de vigencia de la Constitución. La distinción básica entre *pouvoir constituant* y *pouvoirs constitués* sirve para expulsar al poder constituyente a la irrelevancia jurídica, y, a su vez, para asegurar la primacía de la Constitución sobre las potencias supra-jurídicas, sobre todo las políticas. Esta distinción tiene como resultado posibilitar y dar firmeza al carácter jurídico de la Constitución.

Por el contrario la normatividad de la Constitución puede ser puesta en cuestión o anulada cuando se entiende que la voluntad originaria y externa a la Constitución del pueblo está permanentemente presente, de modo que también se pueda imponer por encima de y contra los órganos estatales constituidos. La Constitución pierde su estática y deriva en un proceso dinámico del devenir, del modificarse, del desaparecer. Se deja llevar por la corriente de lo político cuando y de acuerdo a su determinación debería canalizarla a través del ordenamiento básico jurídico. Justo porque representa la máxima norma jurídica, está expuesta políticamente. No sin fundamento se denomina también al Derecho constitucional como Derecho político⁴⁵. La normatividad es estructuralmente puesta en peligro. La Constitución puede en todo momento pasar del estado de agregado jurídico al político.

La consecuencia no actúa cuando el pueblo se mantiene fiel y mantiene la Constitución otorgada en un momento

⁴⁵ JOSEF ISENSEE, Verfassungsrecht als “politisches Recht”, en: *HStR* Bd. VII, 1992, 162 Rn. 5 ff., 29 ff., 68 ff. (Nachw.).

dado. Bajo estas premisas también puede la incesante actualidad del poder constituyente actuar como estabilizador normativo, que otorgue impulsos vitales y creativos y que preserve a la Constitución del enquistamiento. Para estas premisas no hay ninguna garantía jurídica. También se plantea otro problema: la cuestión práctica de quién puede indicar y reconocer la actuación del poder constituyente en el Estado constitucional. La respuesta queda pendiente.

5. *Expectativas y efectos en la doctrina del Derecho público alemán*

La doctrina alemana de Derecho público en la actualidad ha adoptado y hecho suyo el teorema del poder constituyente de la tradición del Estado constitucional europeo. Le reconoce una importancia tanto en aspectos jurídicos como prejurídicos.

A) *Relevancia prejurídica*

La relevancia prejurídica consiste en mediar entre el ser y el deber ser, en transponer la facticidad en normatividad (y a la inversa). Aquí adquiere significación la categoría del poder constituyente para

- La cuestión empírico-sociológica sobre el poder que crea una Constitución y que le concede eficacia⁴⁶.
- La cuestión de teoría jurídica y de filosofía del derecho sobre el fundamento de la vigencia normativa, del que deriva la pretensión de validez de la Constitución.
- La cuestión teórico-constitucional sobre la instancia o el poder que otorga la legitimación democrática a la Constitución, y que funda y limita su pretensión de

⁴⁶ BÖCKENFÖRDE (N 36?), S. 9; MARTIN HECKEL, Die Legitimation des Grundgesetzes durch das deutsche Volk, en: *HStR* Bd. VIII, 1994, 197 Rn 46.

vigencia⁴⁷, pero también del procedimiento “correcto” (democrático) de su realización⁴⁸.

- La cuestión político-constitucional de la creación, formación, aceptación y sustitución de la Constitución, según los criterios de lo deseable y de lo factible, de la eficiencia y de la aceptación⁴⁹, la política constitucional como doctrina de la inteligencia.

B) *La relevancia de la interpretación de la Constitución*

La cuestión dogmático-constitucional alcanza a si la interpretación de la Constitución se abre al teorema del *pouvoir constituant*, como en la tradición previa del Estado constitucional se ha desarrollado con anterioridad a cualquier Constitución escrita, y qué efectos en su caso manifiesta. La Ley Fundamental no da respuesta a la pregunta por sí misma, y tampoco cuando en el Preámbulo y en la Disposición Final expresamente se refiere al Topos. Ya que la Constitución no se interpreta a sí misma. Es dependiente de la percepción a través de personas, a las que se refiere. Pero será modelada por el previo entendimiento teórico-constitucional de los intérpretes y de sus métodos. Esto sirve más para un tema fundamental que para uno de técnica jurídica. A pesar de todo, las disposiciones de derecho positivo son decisivas. A ellas hace referencia la interpretación. En ellas tienen que acreditarse la teoría constitucional y los métodos.

a) La previa comprensión normativa de Constitución

La Ley Fundamental se concibe como Constitución de estricta observancia normativa. Su pretensión de validez jurídica es rígida, su carácter de norma es jurídico. De manera similar domina en la interpretación de la Constitu-

⁴⁷ BÖCKENFÖRDE (N 36), S. 9.

⁴⁸ HÄBERLE (N x), S. 84 ff.

⁴⁹ SCHNEIDER (N 19), 158 Rn. 3.

ción el normativismo. La actitud corresponde a la mentalidad profesional del jurista, a quien como juez constitucional le ataña la última palabra en caso de un conflicto constitucional. Así se actualizan las funciones de conservación de la norma del poder constituyente: la legitimación de la Constitución subsistente y el aseguramiento de su pretensión de vigencia. Su normatividad se verá afirmada frente a dos elementos: el Derecho y la Política. Respecto al primero se cimenta la primacía de la Constitución frente al Derecho ordinario. Respecto a esta última se fundamentará su autonomía jurídica frente a la vida política, afirmándose también la autoridad del Derecho frente a fuerzas que pretendan representar al pueblo soberano⁵⁰.

La categoría del poder constituyente encuentra su punto de contacto más importante con el Derecho positivo en la disposición sobre la reforma constitucional; ésta sitúa la Constitución bajo una defensa agravada y excluye su núcleo substancial de la modificación constitucional legítima, para asegurar la continuidad sustancial y la integridad (Art. 79 GG)⁵¹. El alcance de un cambio constitucional viene estrictamente marcado y delimitado *también* contra la revolución y el acto constituyente originario⁵². La interpretación reconoce aquí la diferencia entre el *pouvoir constituant* y los *pouvoirs constitués*, y —por cierto— más o menos se acerca a aquella figura que Carl Schmitt, su transmisor alemán más influyente⁵³, ha perfec-

⁵⁰ Vid. KIRCHHOF (N 7), 19 Rn. 17; ROELLECKE (N 73), S. 933 f. Respecto a la primacía de la Constitución: ULRICH SCHEUNER, Die rechtliche Tragweite der Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung des 19. Jahrhunderts (1973), Staatstheorie und Staatsrecht, 1978, S. 633 (642 f., 651, 653); en: ders., Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit, en: CHRISTIAN STARCK (Hg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. II, 1976, S. 1 (40); RAINER WAHL, Der Vorrang der Verfassung, en: *Der Staat* 20 (1981), S. 485 ff.; ders., Die Entwicklung des deutschen Verfassungstaates bis 1866, en: *HStR* Bd. I, 1987, 1 Rn. 35 ff.

⁵¹ Respecto a la cautelas formales y materiales respecto a la reforma constitucional: KIRCHHOF (N 7) 19 Rn. 34 ff., 47 ff. (Nachw); BADURA (N 7) 160 Rn. 18 ff.

⁵² Vid. A II 3

⁵³ Para una determinación espacial de las posiciones actuales respecto al *pouvoir constituant* sirven de ayuda las cimas de la teoría de la Constitución de

cionado en su “Verfassungslehre” de 1928⁵⁴. Desde el punto de vista normativo no se encuentra en el horizonte de la legalidad constitucional ningún lugar para un poder constituyente supra-constitucional. Se ha agotado en el acto de la decisión. En el futuro podrá estar solamente activo siendo revolucionario⁵⁵. La Ley constitucional no impide la revolución en caso de peligro. Pero puede limitarla jurídicamente. Esto consta en la Ley Fundamental de una manera expresa. Para el Derecho del Estado el constitucionalismo revolucionario no constituye un tema⁵⁶. El constituyente se ha vinculado a sí mismo, no puede recurrir más a la Constitución por él legitimada⁵⁷. La referencia al pueblo como fundamento de la Constitución significa para el Derecho Constitucional “Geltungshilfe”⁵⁸. Pero no es una función jurídica, sino una expectativa prejurídica.

Weimar como puntos trigonométricos: la Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen, el decisionismo y la Teoría de la integración de RUDOLF SMEND. Los dos primeros puntos de vista se completan hoy más o menos en el Normativismo. KELSEN recoge el punto de vista jurídico de la Constitución, su primacía normativa, la adecuación de la jurisdicción constitucional, SCHMITT la distinción aguzada entre acto constituyente y revisión constitucional, la interpretación de la Constitución (“positiva”) como decisión básica, los límites materiales a una reforma constitucional. Sin embargo propiamente pervive una auténtica polaridad entre estas maneras de contemplar complementarias y la teoría de la integración de SMEND. La polaridad se manifiesta fructífera para los impulsos de la crítica, equilibrio y desarrollo de la Teoría de la Constitución y de la Dogmática constitucional.

⁵⁴ SCHMITT (N 3), S. 20 ff., 75 ff. Dazu HASSO HOFMANN, Legitimität gegen Legalität, 1964, S. 124 ff., 131 ff.; STEINER (N 7), S. 216 ff.; REINHARD MUSSGNUG, Carl Schmitts verfassungsrechtliches Werk und sein Fortwirken im Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, en: HELMUT QUARITSCH (Hg.), *Complexio Oppitorum*, 1988, S. 517 ff.

⁵⁵ STEINER (N 7), S. 209 ff., 220 ff.; MURSWIEK (N 7), S. 162 ff. (mit verfassungspolitischer Kritik an der Regelung). Anders aber BRYDE, der nach förmlicher Änderung des Art. 79 GG auch die legale Schaffung einer neuen Verfassung für möglich hält (Art. 79 Rn. 3, 44).

⁵⁶ STEINER (N 7), S. 209 ff.; KRIELE, S. 59; ders., Einführung in die Staatslehre, 1980, S. 113 ff., 224 ff.; KIRCHHOF (N 7), 19 Rn. 15, 34 ff.; WILHELM HENKE, Das Ende der Revolution und die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, en: *Der Staat* 31 (1992), S. 265 (268 ff.); ROELLECKE, S. 933 f.; MATTHIAS JESTAEDT, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, S. 157 f.

⁵⁷ STEINER (N 7), S. 225; BÖCKENFÖRDE (N 36), S. 18 ff.

⁵⁸ N. Trad.: Se podría traducir como “apoyo en favor de la validez”. So KIRCHHOF (N 7) 19 Rn. 12 Ähnlich ROELLECKE, S. 933 f.

La perspectiva dogmático-constitucional cambia cuando el poder constituyente no tiene una única dimensión con relevancia jurídica, sino cuando mantiene su presencia de manera continuada. La asunción alternativa no suprime el régimen del normativismo de modo necesario, pero sí lo condiciona. Al pueblo, como dimensión política, se le concederá el poder y la autoridad “en el sentido de una competencia preconstitucional”, de sostener la Constitución en su pretensión de vigencia, de apoyarla y de anularla⁵⁹. Aquí se abre, al menos en forma de rendija, la puerta a la significación jurídica con el argumento de que el fundamento del Derecho también pertenece al Derecho⁶⁰. Así asciende el poder constituyente a “Grenzbegriff des Verfassungsrechts”⁶¹, concepto límite por cierto, pero concepto jurídico al fin y al cabo, aunque periférico, y parte del ordenamiento jurídico.

La relevancia jurídico-constitucional se extiende en la medida en que principios y reglas de la Constitución vigente son transmitidos en virtud de su validez a través de su fundamento histórico y legitimador. Las rupturas de este principio de funcionamiento de la Ley Fundamental serán justificadas en la medida en que la Ley Fundamental esté legitimada democráticamente a través del poder constituyente⁶².

La sincronización jurídica entre Constitución y acto constituyente no debe resultar afirmativa; puede servir

⁵⁹ ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Demokratie als Verfassungsprinzip, en: *HStR* Bd. I, 1987, 22 Rn. 7. Ähnlich WALTER LEISNER, Betrachtungen zur Verfassungsauslegung (1961), en: ders., *Staat*, 1994, S. 191 (218 f. “tatsächliche creatio continua” durch Auslegung); HECKEL, 197 Rn. 51 ff. (Volk als der “permanente Verfassungsträger”). Anders KRIELE, Einführung, S. 113 ff., 224 ff.

⁶⁰ So BÖCKENFÖRDE (N 36), S. 8 unter Berufung auf WILHELM HENKE, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes in Lehre und Wirklichkeit, en: *Der Staat* 7 (1968), S. 165 (171), aber, jedenfalls aus der nachträlichen Sicht HENKES, wohl nicht zu Recht (N 82, S. 288 f.).

⁶¹ N. Trad.: Se podría traducir como “concepto-límite del Derecho Constitucional”. Título y tesis del escrito de BÖCKENFÖRDET, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes - Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts, 1986, S. 8 f. und passim.

⁶² Respecto a la independencia de la administración FRITZ OSSENBÜHL, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 196 ff. En este sentido crítico: JESTAEDT, S. 276 ff. Näher u. E II 2.

también para poner en tela de juicio la validez de la Constitución, porque en su independencia externa no se hayan realizado democráticamente y a través del procedimiento correcto, aquellas condiciones que ella misma prevé para la estatalidad constituida, de manera que el constituyente se mantenga por debajo del nivel de sus propias normas. Esto se atestigua en la teoría del nacimiento defectuoso de la Constitución con la invocación a circunstancias de su origen histórico⁶³. El recurso al poder constituyente, con el que la Ley Fundamental en el Preámbulo quiere legitimarse a sí misma, puede derivar a través de esa interpretación en instrumento de deslegitimación.

b) Controversia sobre la sustitución de la Ley Fundamental

No por casualidad la teoría del nacimiento defectuoso ha devenido virulenta desde la reunificación, ya que encuentra —real o supuestamente— una entrada jurídico-positiva a través de una brecha, que de otro modo no se mostraría en unos muros normativos ensamblados de una forma tan recia, sólida y duradera: la sustitución de la Ley Fundamental por una Constitución que será decidida por el (conjunto del) pueblo alemán en una decisión libre, como modo posible de reunificación (Art. 146 GG). Se afirma que mientras que la división de Alemania era una realidad, estaba suspendida la autorización jurídico-positiva. De acuerdo a la doctrina dominante, se afirmaba la pretensión de vigencia incondicionada e ilimitada de la Ley Fundamental, porque una vuelta del poder constituyente

⁶³ Representante es DIETER GRIMM, Das Risiko Demokratie. Ein Plädoyer für einen neuen Parlamentarischen Rat, en: *Die Zeit vom 10.8.1990*, Nr. 33, S. 34; ULRICH STOROST, Das Ende der Übergangszeit, en: *Der Staat* 29 (1990), S. 321 (325); RAINER WAHL, Die Verfassungsfrage nach dem Beitritt, en: *Staatswissenschaften und Staatspraxis* 1990, S. 468 (476); MAHRENHOLZ (N 19), S. 28 ff.; SCHNEIDER (N 19), 158 Rn. 37; HANS HERBERT V. ARNIM, *Staat ohne Diener*, 1993, S. 36 ff.; JOCHEN ABRAHAM FROEIN, Die Entwicklung der Rechtslage Deutschlands von 1945 bis zur Wiedervereinigung 1990, en: ERNST BENDA/WERNER MAIHOFER/HANS-JOCHEN VOGEL (Hg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 1994, S. 19 (34). Kritik: ISENSEE (N 44), 166 Rn. 32 ff. (Lit.).

estaba aplazada al *incertus an, incertus quando* de la unidad alemana⁶⁴. En la misma medida la disposición actuaba de prohibición de una revolución⁶⁵. Cuando llegó el Kairós de la unidad, no se produjo a través del camino jurídico-constitucional de la sustitución (Art. 146 GG a.F.), sino del de la adhesión (Art. 23 GG a.F.)⁶⁶. Al mismo tiempo la cláusula de sustitución, con una nueva redacción a través de una reforma constitucional a causa de la reunificación, se mantuvo en el texto de la Ley Fundamental. El texto produce falta de claridad y exige de intérpretes. Entre ellos domina la pugna de si la Disposición final de la Ley Fundamental está todavía vigente y es practicable y, en su caso, que significación práctico-jurídica hay que atribuirle. La teoría del nacimiento defectuoso parte de la continuidad de la autorización e indica como concesión de la Ley Fundamental por la que, y en contra de lo que se establece desde antes en el Preámbulo, que permanece inalterado tras la reunificación, no remite a la voluntad del pueblo, y sí contempla la sustitución como oportunidad para activar el *pouvoir constituant*, y así restañar el defecto de nacimiento de la Constitución a través de un proceso que implique una consulta popular.

De hecho esta figura jurídica de la sustitución significa que la nueva Constitución sea fundamentada originariamente por el poder constituyente del pueblo, en virtud de una autorización de la Constitución antigua. Acto constituyente acorde a la legalidad, sin el riesgo de la discontinuidad y de la revolución. El constituyente alemán en conjunto debe respetar libremente los procedimientos democráticos, aunque esta interpretación de la literatura es menos pretenciosa que la de una simple reforma constitucional; la mayoría simple en el Parlamento y en la deci-

⁶⁴ ULRICH SCHEUNER, Art. 146 GG und das Problem der verfassungsgebenden Gewalt (1953), en: HANS KURZ (Hg.), Volkssouveränität und Staatssouveränität, 1970, S. 288 (289 ff.); MURSWIEK (N 7), S. 144, 160 f.

⁶⁵ MURSWIEK (N 7), s. 144, 160 F.

⁶⁶ JOSEF ISENSEE, Verfassungsrechtliche Wege zur deutschen Einheit, en: Zparl 1990, S. 309 (312 ff.); ders., Staatseinheit und Verfassungskontinuität, en: VVDStRL 49 (1990), S. 39 (48 ff.)

sión popular debe ser suficiente. En segundo término, la autorización para la sustitución permanece inalterada, de manera que la correspondiente mayoría parlamentaria, siempre que quisiese, podría poner en funcionamiento el procedimiento del *pouvoir constituant* y derogar la Constitución vigente. La pretensión de vigencia de la Ley Fundamental queda sometida a una reserva de revocación. La legalidad posibilita el cambio a otra República, que de otro modo necesitaría de una revolución. El valor político de la legitimación de legalidad no debe ser menoscambiada, porque los alemanes son un pueblo necesitado de la legalidad⁶⁷.

c) La comprensión previa integradora de la Constitución

Incluso sin una autorización del Derecho positivo, el poder constituyente puede intervenir en el sistema jurídico-constitucional, y no sólo a través de la interpretación, cuando se cambie la interpretación normativa por la integradora de la escuela de Rudolf Smends⁶⁸. La Constitución no se manifiesta aquí como el ordenamiento básico del Estado, sino como medio de integración, dirigido a establecer la unidad estatal y expresarla. La unidad no es algo que se dé por supuesto. Debe ser continuamente establecida en un proceso permanente. El Derecho Constitucional entra en una relación de intercambio tanto con la vida estatal como social. La diferencia entre ser y deber ser, que guía el pensamiento normativo, palidece. La pretensión de vigencia jurídica de la Constitución es ahora menos significativa que su eficacia efectiva⁶⁹.

El contenido de la Constitución no aparece sin más de un modo fijo e idéntico, porque se establezca por la Ley, sino en un estado de evolución permanente. El acto consti-

⁶⁷ N. Trad.: La expresión es de CARL SCHMITT: "röhrend legalitätsbedürftiges Volk", Das Problem der Legalität (1950), en: ders., *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1958, S. 440 (446).

⁶⁸ RUDOLF SMEND, *Vefassung und Verfassungsrecht* (1928), en: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 1968, S. 119 ff.

⁶⁹ Respecto a la diferenciación: A II 4.

tuyente no se agota en el momento de su promulgación, dura para siempre⁷⁰, y se apaga sólo con la muerte de la Constitución⁷¹. No está limitado a un procedimiento determinado. La interpretación constitucional se muestra como forma del acto constituyente, en cuanto afirma y perfecciona el pertinente entendimiento de la Constitución. Pero en ella colaboran todos, órganos del Estado y fuerzas sociales, ciudadanos y cargos públicos, teoría y práctica —la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución⁷²—. Comparable al espíritu terreno del Fausto de Goethe, bulle el constituyente en las corrientes vitales, en la tormenta activista, teje en el veloz telar del tiempo, para dar a la Constitución un vestido vitalista.

Desde este punto de vista la Constitución material será más relevante que la Ley constitucional, la percepción de la norma más importante que su literalidad. Con ello resulta un panorama libre para el desarrollo y el cambio del Derecho Constitucional, fenómenos por tanto que aunque resulten invisibles para el observador externo, también serán difíciles de apreciar para la retícula dogmática del Normativismo⁷³. Esto conduce a la alternativa entre legalidad constitucional rígida o revolución. El pensamiento integrador puede evitarlo, ya que observa a la Constitu-

⁷⁰ N. Trad.: Se utilizan los términos “ewig” y “unendlich”, referentes a la eternidad y al infinito, respectivamente.

⁷¹ Respecto al constitucionalismo en sentido amplio: PETER HÄBERLE, Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung, en: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* N. F. 97 (1978), S. 1 (16 und passim). La tesis se encuentra con anterioridad en la obra de (aunque relativizada a través de la antítesis) WALTER LEISNER, Imperium in fieri (1969), en: ders., *Staat*, 1994, S. 247 (264 f.).

⁷² PETER HÄBERLE, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, en: *JZ* 1975, S. 297 ff. Respecto a la teoría de la Constitución abierta en el sentido de HÄBERLE: ISENSEE, 162 Rn. 48 (Nachw.). Respecto a la interpretación del Tribunal Constitucional alemán como constituyente: OTTO DEPENHEUER, *Der Wortlaut als Grenze*, 1988, S. 50 f.

⁷³ BRUN-OtTO BRYDE, Verfassungsentwicklung, 1982; KIRCHHOF (N 7), 19 Rn. 46; BADURA (N 7), 160 Rn. 13 ff.; KONRAD HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1993, Rn 39 f., 46 ff., 77; ders., Verfassung und Verfassungsrecht, en: ERNST BENDA/WERNER MAIHOFER/HANS-JOCHEN VOGEL (Hg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 1994, S. 3 (11 f.); ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, en: *Festschrift für Peter Lerche*, 1993, S. 3 ff.

ción en permanente evolución, y así, en concordancia con las fuerzas dominantes de un tiempo determinado y de manera permanente, lo alcanza por medio de un acto constituyente interpretativo.

La Constitución se convierte en un modelo en movimiento de las relaciones de poder dentro del Estado y de la sociedad pluralista. Pero con ello pierde la capacidad para ser un parámetro de fuerza normativa y de contraposición crítica. Las disposiciones de la Ley Fundamental para su auto-afirmación jurídica amenazan con quedar vaciadas de contenido⁷⁴. En la sociedad abierta del constituyente se diluyen las diferencias entre *pouvoir constituant* y *pouvoirs constitués*. Por un lado sigue el acto constituyente interpretativo los movimientos del espíritu de los tiempos. Por otro lado debe también estar vinculado a la nueva creación de una Constitución, respetar los procedimientos constitucionalizados y aceptar determinados contenidos⁷⁵. La Constitución constitucionalizada anticipa así una eficacia con carácter previo a su nacimiento.

Se derriten las diferencias entre sociedad y Estado, y con ellas las de Derecho ordinario y Constitución. Pues ahora se abre la Constitución a todo el ordenamiento jurídico, a la cultura, a la realidad política y social, y de ellos extrae su sustancia; se convierte en total⁷⁶. La ilimitación del concepto de Constitución produce la ilimitación del *pouvoir constituant*. Cuando potencialmente todo es Constitución, también todos pueden ser constituyentes. Si el concepto de poder constituyente se convierte en omnicomprendsivo, si cualquier definición y distinción se excluye, hay que preguntarse qué sentido puede todavía mantener, sin que se convierta en una mera reminiscencia semántica.

⁷⁴ Contemplado como un peligro por HÄBERLE, S. 45 ff.

⁷⁵ Respecto al mínimo procedural y de contenido como límite al constitucionalismo del pueblo: HÄBERLE (N 34), S. 86 ff.

⁷⁶ PETER HÄBERLE, Zeit und Verfassung, en *ZfP* 1975, S. 111 ff.; ders., S. 1 ff.; ders., Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungstaat, 1981, S. 40 ff.; ders., Zeit und Verfassungskultur, en: ANTON PEISL/ARMIN MOHLER (Hg.), Die Zeit, 1983, S. 289 (318 ff.).

III. CONTRADICCIONES

La teoría y la historia de la eficacia del poder constituyente es la historia misma de sus contradicciones. Ya estaban desde el inicio presentes en la forma arquetípica que había adoptado desde la Revolución francesa. La representación del pueblo como constituyente choca con

- la irreabilidad de un pueblo no constituido como sujeto con capacidad de obrar,
- la realidad de la élites políticas auto-legitimadas,
- la imposibilidad de fundamentar el principio democrático mayoritario en la decisión por mayorías,
- la inaprensibilidad jurídica del origen histórico-político,
- la dependencia del origen de la constitución de condicionamientos jurídicos y reales,
- la imposibilidad práctica de organizar la decisión política fundamental,
- la determinación del poder constituyente a través de premisas del Estado constitucional,
- la determinación no de la causa sino del éxito de la Constitución⁷⁷,
- la pluralidad de significados de “Constitución”, y por consiguiente de acto constituyente.

1. Incapacidad de obrar del pueblo no constituido

Cuando el pueblo es el sujeto que se da una Constitución, éste debe preexistir como dimensión con capacidad de obrar. Aunque el observador de la nueva hazaña pueda tener dificultades para distinguir dónde está el pueblo en la hora cero, quién llama a actuar en su nombre y cómo se reconoce la llamada.

⁷⁷ N. Trad.: El autor utiliza dos términos con un significado equivalente, pero en castellano no se nos ofrece la posibilidad de matizar entre ambos, y así poder reflejar las connotaciones que los términos “Determiniertheit” y “Massgeblichkeit” tienen en alemán.

A) *Elites políticas auto-legitimadas*

Ya se manifestó en 1789, en el primer caso de aplicación prototípica de la doctrina del poder constituyente. El pueblo no apareció como actor político. Los actores políticos, los representantes del *Tiers État*, que se reunieron en Asamblea Nacional, no podían invocar a un mandato del pueblo, sino sólo a uno de los pertenecientes del estado de un determinado grupo de electores. Y el mandato se refería a las tareas de una Asamblea de Estados en el contexto del *Ancien régime*, y no al de la representación del pueblo, en absoluto a una del constituyente. Las exigencias particulares que Siéyès puso delante de una Asamblea constituyente —que estaría encargada de la elección y de la separación del acto constituyente de la legislación ordinaria— se redujeron a papel mojado.

Para el caso de que se hubiese podido hablar de legitimación por el electorado, quedaba abierta una discrepancia respecto a en quienes la Asamblea Nacional hubiese podido sustentar su legitimación, y la totalidad, que pretendía representar. Aunque el tercer estado ostentaba la preponderancia numérica sobre los otros dos, la aristocracia y la espiritualidad, por el contrario sólo era una minoría en el conjunto de la población⁷⁸. Según estimaciones contemporáneas, pertenecían a la burguesía activa de los 26 millones de franceses aproximadamente 4. El derecho de voto exigía no sólo la nacionalidad francesa y la mayoría de edad, sino también ser varón, independencia económica y social, educación⁷⁹. Lo que no pertenecía al

⁷⁸ SIÉYÈS comienza en su escrito fundamental *¿Qué es el tercer estado?* Afirmando que éste supone diecinueve vigésimas partes del conjunto, por contraste con los dos primeros estados, cargados con todo aquello que es realmente ocioso (N 49, S. 121). El derecho de voto debe ser restringido a los ciudadanos, que pertenezcan realmente al tercer estado, con la consecuencia de que queden excluidos: los menores de edad, las mujeres (buenas o malas), los vagabundos, mendigos, recaderos, los extranjeros, los servidores del clero y de la nobleza (N 49, S. 134 ff.).

⁷⁹ MARGUERITE VANEL, *Histoire de la nationalité française d'origine*, Paris 1945, S. 98 ff., 102 f.; ALEXANDER N. MAKAROV, *Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts*, 1962, S. 104 Fn. 176.

tercer estado se consideraba una *quantité négligeable*. Pero no se trataba de cantidades, sino de la calidad de la pretensión de los delegados burgueses, de actuar en nombre de la nación e incluso de ser la “nación completa”: “el Tercer estado comprende también todo lo que pertenece a la nación; y todo aquello que no forma parte del tercer estado no puede considerarse como parte de la nación. ¿Qué es entonces el tercer estado? TODO”⁸⁰.

Pero sería inapropiado medir la obra de la Asamblea Nacional con las reglas democráticas que ella introdujo. Por ello era revolucionaria, ya que en su rechazo de la monarquía absoluta, fundamentaba la Constitución democrática *ex novo*, sin poder recurrir a estructuras democráticas previas. Del mismo modo ocurrió ocho decenios después tras el desastre de Sedan, el imperio de Napoleón III fue derrumbado por una minoría en el Parlamento, que proclamó la República, mientras que la mayoría fiel al emperador no opuso ninguna resistencia. Aquí como allí no aparece como inicio de la democracia el pueblo, y tampoco como una representación legitimada por el pueblo, sino un grupo que pretendía actuar en nombre del pueblo. La doctrina del pueblo como constituyente se demostró y se demuestra todavía hoy como una fórmula de auto-legitimación para élites políticas.

En el resultado no cambia nada decisivo, si la iniciativa para la revolución y la renovación no proviene de la organización estatal, sino de la “calle”, de una *levée en masse*. Tampoco las manifestaciones de masas a favor de la democracia pueden pretender para sí que se actúe en nombre del “pueblo” en su conjunto. Con independencia de cuantos participen, se trata todavía sólo de una minoría políticamente activa. Esto es válido incluso para la revolución de la RDA, cuyo impulso estuvo en las manifestaciones públicas, que se alzaron en contra del régimen del SED. Desde unos pequeños comienzos se convirtieron en unos verdaderos aludes: el 2 de octubre de 1989, de diez a veinticinco mil en Leipzig, el 16 de octubre de nuevo en Leipzig, cien-

⁸⁰ SIÉYÈS (N 49), S. 124 f.

to veinte mil, desde ahí hasta febrero de 1990 en las manifestaciones semanales de cada lunes, repartidas por todo el país, varios cientos de miles. Aunque incluso la más grande de todas las reuniones fue la que tuvo lugar el 4 de noviembre y en la que se reunieron un millón de personas en Berlín Este, aunque es cierto que sólo era una minoría de una población de 17 millones. Cuando los manifestantes enarbocaban frente a la pretensión de representación del aparato del partido estatal la proclama “*Wir sind das Volk*”, todavía estaba presente la petulancia de representar al conjunto del pueblo y actuar en su nombre. El pueblo en su conjunto tomó por primera vez la palabra en las elecciones a la Cámara popular del 18 de Marzo de 1990, las primeras que tuvieron lugar bajo los presupuestos democráticos de generalidad, libertad e igualdad. En ella tomaron parte 11,5 millones de ciudadanos (93,38 del electorado). Las fuerzas políticas que animaron al comienzo tuvieron que conformarse con un resultado de menos del 3% de los votos, y reconocer que los efectos de lo que ellos habían desatado, no se correspondían con sus intenciones iniciales y que la evolución se había distanciado de sus autores. Sin embargo, en la fase inicial habían actuado como legítimos representantes del pueblo. Lo que tiene de trágico es que no se dieron cuenta de cuando expiraba su mandato histórico, y que en adelante no serían más que pequeños grupos con efectos publicitarios, que decían imperturbables de sí mismos que “*Wir sind das Volk*”. Pero el pueblo, que se articuló en las elecciones ya no se encontraba en el estado primitivo de espontaneidad, sino que estaba constituido a través del derecho de voto. Se movía en el marco de un orden nuevo democrático, que aunque todavía no formalmente codificado ya era efectivo. El electorado decidió como *pouvoir constitué*⁸¹.

⁸¹ Respecto a la cualidad y el desarrollo de la Revolución alemana de 1989: HELMUT QUARITSCH, Eigenarten und Rechtsfragen der DDR-Revolution, en: *VerwArch* 83 (1992), S. 314 ff.; WILFRIED FIEDLER, Zur rechtlichen Bewältigung von Revolutionen und Umbrüchen in der staatlichen Entwicklung Deutschlands, en: *Der Staat* 31 (1992), S. 436 ff.; ders., Die Deutsche Revolution von 1989: Ursachen, Verlauf, Folgen, en: *HStR* Bd. VIII, 1994, 184 Rn.18 ff.; THOMAS WÜRTEN-

La situación no hubiese podido juzgarse de otro modo, sin el pueblo de la RDA la decisión sobre el rumbo a tomar se hubiese manifestado no de una forma mediata a través de la elección de los correspondientes partidos, sino inmediata a través de la votación sobre una nueva Constitución. En el referéndum constitucional se manifiesta el pueblo a través de unas reglas procedimentales predeterminadas, que anticipan de una manera esencial la Constitución democrática *in fieri*, sobre una propuesta constitucional que permite sólo la alternativa entre el sí y el no. Aquí es soberano no el que responde la cuestión sino el que la plantea. El pueblo no es el factor de decisión primario, sino el secundario, no actúa como constituyente sino como poder constituido, como una unida formada a través de una organización dada y un procedimiento determinado.

La decisión popular tiene un alto valor simbólico para la izquierda, en particular para los ideólogos socialistas, que están seguros de tener al pueblo de su lado, aunque no siempre en su voluntad empírica, sí en la que afirman como la suya “verdadera”. La tradición retrocede hasta los jacobinos, que cercaron al pueblo en una aclamación constitucional (y, que después de haber cumplido su deber, suspendieron la Constitución, y establecieron la oligarquía revolucionaria inconstituida)⁸².

B) *El círculo del pueblo inconstituido como constituyente*

Aquí se pone de manifiesto un nuevo dilema. El pueblo sólo puede darse una Constitución cuando es capaz de

BERGER JR., Die Verfassung der DDR zwischen Revolution und Beitritt, ebd., 187 Rn. 2ff.

⁸² ZWEIG (N 34), S. 389 ff.; JULIEN LAFERRIÈRE, *Manuel de Droit constitutionnel*, Paris 1947, S. 96 ff.

La ejecutiva socialista de la RDA se movía dentro de la tradición jacobina, que planteó unas elecciones sobre la Constitución en 1968 y alcanzó el resultado de 94,49% de los votos favorables: DIETRICH MÜLLER-RÖMER, Comentario introductorio: *Ulbrichts Grundgesetz. Die sozialistische Verfassung der DDR*, 1968, S. 26 ff.

obrar. Pero sólo es capaz de obrar cuando está organizado, sobre todo cuando dispone de representantes, que pueden hablar y actuar en su nombre. Pero el *modus* de organización y representación componen lo esencial de una Constitución. El pueblo debe estar previamente constituido, de modo que se pueda dotar de una nueva Constitución. Sólo un pueblo constituido puede crear una Constitución. Ya Hegel describió el círculo. Declaró sin sentido la cuestión de quién tiene que hacer la Constitución, porque ésta presupone “que no haya ninguna Constitución, y que sólo haya juntos una agrupación de individuos atomizados. Como en una agrupación, ya sea por sí o a través de otros, a través de bondad, pensamiento o fuerza, se llegaría a la Constitución, pero luego tendría que disolverse, ya que el nuevo concepto no tiene nada que ver con la primitiva agrupación. Sin embargo, esa pregunta presupone ya una Constitución previa, del mismo modo el hacer significa sólo un cambio, y el presupuesto de una Constitución se contiene inmediatamente en sí mismo, el cambio sólo puede ocurrir a través de caminos acordes a la Constitución”⁸³.

Cuando el pueblo (o lo que es lo mismo, sus representantes) se mueve dentro de los límites de la Constitución vigente, se garantiza la continuidad constitucional; pero en ella hay un espacio mayor o menor para la perfección, para el cambio o la sustitución del orden establecido. La situación del inicio, en la que el *pouvoir constituant* se puede mostrar en todo su esplendor, presupone por el contrario la ruptura con la Constitución anterior. Pero aquí el pueblo todavía no tiene capacidad de obrar. Los actores políticos no pueden estar legitimados por el pueblo como consecuencia de la carencia de una Constitución. La irreabilidad del pueblo sin constituir, como sujeto con capacidad de obrar, se corresponde con la realidad de una élite auto-

⁸³ GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), 273 (hg. Von Johannes Hoffmeister, 1975, S. 239). S. Auch u. N 148. En sentido similar la crítica de STAHL (N 65), S. 533 ff.; HERMANN HELLER, *Staatslehre*, 1934, S. 278.

legitimada. Esta se da en el comienzo de una Constitución democrática. Si es correcta su pretensión de actuar como el pueblo o en su nombre, se decide con posterioridad, cuando el pueblo constituido asume su condición de tal y la llena de vida.

Lo mismo es válido para el caso de que la democracia sea inmediatamente posterior a un sistema autocrático, y la Constitución se remonte a la concesión de un monarca ilustrado del siglo XIX o a la reglamentación de un dictador comunista reformista del siglo XX. Tampoco es diferente cuando Estados extranjeros, potencias coloniales, de ocupación o intervencionistas actúen como fiduciarios constitucionales del pueblo por ellos dominado, o cuando la comunidad internacional en el tránsito de una colonia a la independencia estatal hace de comadrona en el acto constituyente⁸⁴.

C) *El pueblo como sujeto referente*

Se muestra como la doctrina del pueblo como actor constitucional no debe ser tomada en su literalidad. Sugiere que propiamente es la fuerza motor. Pero el pueblo no se muestra en la realidad política como sujeto con capacidad de obrar, sino únicamente como sujeto de referencia. Es sujeto de referencia para los actores auto-legitimados de la política constitucional en la fase de la creación de la norma. Mandatarios sin mandato que se refiere al pueblo como si de su mandante imaginario se tratase. Pero también es sujeto de referencia para la Constitución misma en la fase de la vigencia. La derivación de una Constitución

⁸⁴ NICO SCHRIJVERS, Introducing Second Generation Peace-Keeping: The case of Namibia, en: *African Journal of International and Comparative Law* 1994, Vol. 6, Nr 1, S. 1 (9 ff.). En profundidad respecto al surgimiento de la Constitución de Namibia bajo el influjo de la ONU: MANFRED HINZ, Die Verfassung Namibias (1990): Entwicklung, Hintergrund, Kontext, en: *JöR* N.F. 40 (1991/92), S. 653 (669 ff.); confróntese también HENNING MELBER, Ein Modell mit Schönheitsfehlern, Die Umsetzung des Lösungsplans für Namibia durch die Vereinten Nationen, en: *VN* 38 (1990), S. 89 ff.; CHRISTIAN TOMUSCHAT, Die Verfassung Namibias, en: *VN* 38 (1990), S. 95 ff.

vigente de la voluntad del pueblo se asemeja a las pruebas de la existencia de Dios de la escolástica, que van de la causa a la causa, del movimiento al movente, de lo contingente a lo necesario. Pero con las pruebas de la existencia de Dios tienen con las pruebas del pueblo también algo en común, sólo convencen a los que ya creían.

2. *El Dilema del procedimiento de decisión*

A) *Legalidad democrática versus Efectividad*

Según la teoría de Siéyès el pueblo puede exteriorizar su voluntad constitucional de cualquier forma; no está atado por reglas de procedimiento anteriores⁸⁵. En la praxis revolucionaria resulta que los procuradores auto-legitimados del pueblo se sirven de aquel procedimiento, que en la situación concreta promete una mayor posibilidad de éxito. Perciben las oportunidades que se ofrecen para alcanzar la capacidad de actuar y de imponerse. No hay ninguna que esté previamente cerrada por causas jurídicas, tampoco dependen de ninguna. Si hay un principio que domina es el de la efectividad, y éste es puro y sin disimulo.

Hay también un cierto malestar, dado que hoy precisamente domina una inmovilidad donde las reglas de la producción jurídica tienen que ser fundamentadas. Es natural que la participación inmediata del pueblo se erija en regla y toda Constitución se someta a referéndum. La Convención nacional francesa previó en su decreto del 21 de septiembre de 1792 la confirmación expresa a través del pueblo como condición de validez: “qu'il ne peut y avoir de Constitution que celle qui est acceptée par le peuple”.

⁸⁵ Cuando SIÉYÈS rechaza la vinculación del pueblo respecto a formas predefinidas, también porque articularse desde la situación de estar inconstituido restringe las posibilidades, se hacen más precarias y no se pueden reducir sin necesidad: “una Nación nunca abandona el estado de naturaleza, y entre tantos peligros no puede apenas disponer de las posibilidades de expresar su voluntad” (N 49, S. 169).

El proyecto constitucional de la Convención del 24 de junio de 1793, la Constitución jacobina, se presentó a las reuniones de electores y —con la participación de un tercio de los legitimados para el voto— fue aceptada por quasi-unanimidad. Sin embargo la Constitución fue un aborto. La Convención Nacional, que estaba dominada por los jacobinos, suspendió desde el principio su vigencia, para tener las manos libres y mantener la dictadura del Comité de Salud Pública⁸⁶.

El desastre previo de la teoría no lleva al error a los teóricos de la democracia y a los constitucionalistas posteriores. Infieren de manera general del contenido democrático de la Constitución la exigencia de un origen democrático y extrapolan los principios de decisión democrática del ámbito de la vigencia constitucional al previo del acto constituyente. Es indiferente que la decisión se tome por el pueblo o a través del gremio de sus representantes, siempre decide la mayoría. La premisa consiste en que una Constitución democrática sólo puede fundamentarse a través de la aceptación de la mayoría del pueblo.

B) *No fundamentación del principio mayoritario en la decisión mayoritaria*

La vinculación jurídica de la decisión democrática mayoritaria no puede ser fundamentada a través de la pura decisión de la mayoría respecto a la aceptación de una

⁸⁶ En la doctrina alemana respecto al acto constituyente y a la sustitución de la Constitución, se ha exigido de manera repetida la mayoría simple en el referéndum constitucional, ya sea por causa de la doctrina pre-positiva sobre el pouvoir constituant, ya sea por una de las teorías derivadas de una interpretación tal del Art. 146 GG en su redacción nueva o antiguá: GRIMM, S. 34; JÜRGEN HABERMAS, Der DM-Nationalismus. Weshalb es wichtig ist, die deutsche Einheit nach Art. 146 zu vollziehen, also einen Volksentscheid über eine neue Verfassung anzustreben, en: *Die Zeit vom 30.3.1990*, Nr. 14, S. 62 f.; ERNST GOTTFRIED MAHRENHOLZ, Das Volk muss „Ja“ sagen können, en: BERND GUGGENBERGER/TINE STEIN (Hg.), *Die Verfassungsdiskussion im Jahr der deutschen Einheit*, 1991, S. 220 ff.; SCHNEIDER (N 19), 158 Rn. 47; STOROST, S. 322 f.; WAHL, S. 476.

Constitución democrática. Pero el orden constitucional no puede regir por una decisión mayoritaria. Ya que ésta no encuentra ningún sustento jurídico.

La impotencia legitimadora del principio mayoritario se constata por Friedrich Julius Stahl: “Si la mayoría del pueblo no está sometido a las leyes fundamentales y a la autoridad dada, tampoco está sometido el particular ni la minoría a la mayoría del pueblo. Ya que la ley de la mayoría de votos ya es una ley fundamental. Y por lo tanto no la voluntad del pueblo, sino la voluntad de cada partido y de cada individuo es la soberana”⁸⁷. El principio mayoritario no supone un comienzo válido. En la medida en que el pueblo del Estado todavía no está constituido y se quiere dotar de una Constitución, no puede una mayoría cualquiera en una votación pretender representar al pueblo, y su voluntad identificarse con la voluntad del pueblo. La Constitución de la mayoría democrática necesita de un fundamento preconstitucional, que por su parte no puede reposar en el principio mayoritario.

Derivar la mayoría de la mayoría sería un círculo vicioso, establecer el dominio de la mayoría por otra mayoría sería una imposición. El primero incompatible con la razón, el segundo incompatible con la libertad de pensamiento. El principio de la mayoría no puede explicar porqué debe estar la minoría obligada a aceptar el voto de la mayoría y hacerlo propio, de modo que la voluntad de la mayor parte debe aceptarse como la voluntad de la generalidad. La minoría estará lista para aceptarlo en el caso de que reconozca en la Constitución democrática las reglas del juego comunes. Todos los partícipes, tanto los que pertenezcan a las posibles mayorías como los que formen parte de las potenciales minorías, deben haberse adherido. Según esta idea, la Constitución que introduce el principio mayoritario necesita por su parte fundarse en la unanimidad⁸⁸.

⁸⁷ STAHL (N 65), S. 534.

⁸⁸ STAHL (N 65), S. 534.

C) *Nuevo comienzo sobre viejas estructuras*

Los actores del acto constituyente se desentienden de la labor de desenmarañar pacientemente el nudo gordiano de la teoría de la Constitución o al menos de deshacerlo. Lo ignoran y buscan una vía en la que dadas las circunstancias cuanto antes puedan tener capacidad de actuar y de imponerse. Se sirven simplemente de la organización existente y de la técnica procedural contrastada. De este modo recurren al viejo sistema, al que quieren sobreponerse. El comienzo de una Constitución democrática no raras veces se encuentra en el seno de un orden pre-democrático, no es raro que sea un procedimiento no democrático el que ayuda a darle a luz.

Así utilizan los diputados del tercer estado en 1789 las oportunidades de actuar de los Estados Generales, que el rey había convocado, y que utilizaron para sus fines. El cambio desde un despotismo del partido socialista hacia metas democráticas y liberales en la Unión Soviética y en los Estados que la seguían partió de la dirección del Estado y del partido soviético, por lo tanto fue una revolución otorgada, decretada por la autoridad, una democracia desde arriba. El iniciador esencial, el Jefe del Estado y del Partido Michail Gorbatschow, no podía apoyarse en ningún mandato democrático, ni en uno anterior ni en uno posterior. En la RDA el rechazo de la dictadura socialista en 1989 supuso una revolución desde abajo. Pero se dejó a la vieja organización estatal el hecho de transponer los fines de la revolución. Las estructuras estatales se acomodaron a las nuevas circunstancias sólo de una manera parcial y reticente. También cuando la dirección del Estado hubo cambiado tras las elecciones a la Cámara Popular, y por primera vez estuvo legitimada democráticamente, aquella se sirvió todavía del esquema organizativo de la Constitución vieja de la era totalitario-socialista, cuyos fundamentos de validez hacía tiempo que estaban caducos. La Ley constitucional sobrevenida se cambió en muchos puntos, pero no se sustituyó en su conjunto. El nuevo vino se echó en odres viejos; pero no necesitó poner a prue-

ba su idoneidad en la fase de tránsito corta y enervada hacia la unión alemana. De una manera similar se completó en 1990 la evolución en Sudáfrica, con el rechazo del sistema del apartheid y el tránsito a la democracia, que del plebiscito general e igualitario surgió en 1994, en las vías del viejo ordenamiento dimisionario.

A pesar de las diferencias que se aprecian en los citados procesos tanto en su comienzo, como en su desarrollo y en su culminación, se deja extraer un modelo común: la génesis del nuevo ordenamiento constitucional con la ayuda del viejo. El *ancien régime* dedica sus recursos materiales y jurídicos a la renovación del ser común. Los órganos del viejo sistema ponen a disposición su capacidad de trabajo y su competencia profesional. A este préstamo se corresponde el de la Constitución. La vieja Constitución se utilizará para promover su propia sustitución y para facilitar la transmisión al nuevo ordenamiento. El último servicio: sirve como puente sobre el abismo en el que amenaza la guerra civil. Da al nuevo sistema el pase a la legalidad y la lealtad del ejecutivo, y no de menor manera el del ejército y el de la policía. En la “revolución legal” la revolución acepta un crédito del *ancien régime*: una legalidad prestada.

3. *Predeterminación de la Constitución estatal*

La doctrina del *pouvoir constituant* inspira a veces ideas sobre la omnipotencia de la soberanía del pueblo, y alimenta fantasías de omnipotencia democrática, por las cuales el pueblo, que no está sometido a ninguna norma previa ni sometido a ninguna autoridad, puede disponer sobre el bien común con arbitrariedad política y diseñar la Constitución. El texto clásico de Siéyès podría afirmar esta idea, cuando dice que la nación como sujeto del poder constituyente está libre de condiciones sociales y es independiente de todas las formas jurídicas, no está atada por ningún tipo determinado de Constitución, su voluntad es siempre “la Ley máxima”. Ni siquiera tiene por qué atarse a su propia Constitución. Siéyès fundamenta la prohibi-

ción de la auto-vinculación en el peligro en el que incurriría la nación en la medida en que perdería su libertad; atrapada en la Constitución, y podría derivar en una tiranía de la que no se podría volver, de modo que perdería para siempre la capacidad de poder expresar su voluntad⁸⁹

El pueblo no tiene según Siéyès la libertad para enajenar de una manera definitiva su libertad y darse a un despota. El inicial desbordante voluntarismo retrocederá todavía más. El acto constituyente desemboca en las vías de la separación de poderes del sistema de representación, mientras que su ejercicio será separado de los *pouvoirs constitués*. La determinación más importante subyace en el modelo mismo de Ley constitucional. El poder constituyente, que debe ser libre en todos los aspectos, se refiere a una forma de Ley y a una Ley con una temática determinada, que es la del tipo de documento constitucional, tal y como se desarrolló en el siglo XVIII.

Tampoco se comporta de una manera indiferente respecto a su contenido. La Ley constitucional se dirige siempre al Estado constitucional, como se anticipó en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que afirmó que una sociedad, en la que no está garantizada la separación de poderes, no tiene Constitución (Art. 16). El *pouvoir constituant* tiene su Telos interior. Con él se reducen las posibilidades de configuración de aquel espacio de juego que deja abierto el tipo de Estado constitucional. Estas posibilidades se limitan en la medida en que se plantea la cuestión de si la profusión teórica no es exagerada, y el excesivo voluntarismo es algo que va más allá del poderío revolucionario.

⁸⁹ La utilización de una Ley Fundamental vigente para hacer caer el sistema sustentado por la misma, puede servir no sólo para el establecimiento de la democracia, sino también para apartarla, como muestra el ejemplo de la “revolución legal” de Hitler. Cuya “legalidad” no resiste una comprobación jurídica: HANS SCHNEIDER, Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933, en: GOTTHARD JASPER (Hg.), *Von Weimar zu Hitler 1930-1933*, 1968, S. 405 (421 ff.); ROLF GRAWERT, Die nationalsozialistische Herrschaft, en: *HStR* Bd. I, 1987, 4 Rn. 5). De este modo pudo HITLER utilizar el nimbo de la legalidad entre sus contemporáneos y aprovecharse de él políticamente.

4. *Premisas indisponibles de lo político*

A) *La utopía de la libertad ilimitada de decisión. La teoría del nacimiento defectuoso*

A veces se adhiere a la doctrina del poder constituyente la expectativa política según la cual el pueblo debe disfrutar de una independencia completa sin ninguna coacción externa ni presión interna, para tener abierta la elección entre ilimitadas posibilidades de decisión. La expectativa no se corresponde con la experiencia. Ninguna de las Constituciones que hoy están vigentes, y ninguna que jamás haya estado vigente, retrocede a una situación fundacional tal. Ninguna puede de una manera seria legitimarse en un origen histórico similar.

La expectativa también es inapropiada para construir la legitimación, de modo que sirve para destruir la legitimación, porque es sencillo demostrar en una Constitución que la historia de su origen no es satisfactoria. El polémico esquema subyace en la virulenta teoría actual del nacimiento defectuoso, que reprocha a la Ley Fundamental en el quinto decenio de su vigencia, el que en su origen en 1949, el pueblo alemán careciese de la imprescindible soberanía externa para poder actuar el acto constituyente democrático. Se originó bajo la tutela de las tres potencias occidentales de ocupación, que tuvieron un influjo en su contenido. También la adhesión de la RDA a la República Federal en 1990, con la que se extendía la vigencia territorial de la Ley Fundamental a los nuevos Estados federales —acto constituyente a través de la asunción y apropiación de una Constitución ya subsistente en otro lugar—, se somete a una crítica similar. Los alemanes de la RDA no habrían sido libres en el momento decisivo, estarían desorientados e indefensos tras la ruptura del régimen socialista, bajo presión política, sometidos económicamente al Oeste, forzados y seducidos a través de la oferta de dinero y consumo. Aquí no podría hablarse de una decisión libre⁹⁰.

⁹⁰ En esta línea MEYER (N 128), S. 162; HABERMAS (N 122), S. 62 f.

B) *Necessità, virtù, fortuna*

La esperanza en una decisión ilimitadamente libre del constituyente y de una factibilidad irrestricta de la Constitución es utópica. El acto constituyente es político, y como tal viene determinado por las premisas de la realidad, por la *necessità* en el sentido de Machiavelo. En esta necesidad previa se rompe la voluntad conformadora política y la eficacia del Derecho. En ella termina la soberanía popular. Sin embargo, este principio no contiene una *protestio facti*. No se dirige contra lo fáctico, sino contra las pretensiones de poder único o compartido de fuerzas que hacen peligrar el potencial legitimador democrático.

El acto constituyente es Política elevada al máximo exponente, política estatal y jurídica también sometida al riesgo máximo. En contraposición a la legislación ordinaria carece de las garantías previas a través de un procedimiento jurídico predeterminado con sus reglas competenciales y procedimentales. La necesidad del éxito bajo condiciones de absoluta inseguridad desafía la inteligencia política de los actores. Esta no es suficiente. Tiene que haber suerte. Con los términos de Maquiavelo: El acto constituyente necesita de *virtù* y de *fortuna*⁹¹. Si el poder constituyente se actualiza y si, con qué significado y en qué sentido, el “pueblo” está activo, es algo que sólo puede ser juzgado *ex post*, cuando consta que la Constitución ha alcanzado eficacia. Ya que el poder constituyente se tiene que contemplar desde la perspectiva de la Constitución vigente. Si falla el intento de hacer caer la Constitución anterior y de crear una desde la base, permanecerá la visión de la Constitución vigente como determinante y se calificará el intento como una empresa enemiga a la Constitu-

⁹¹ La circunstancia de que la Ley Fundamental que nunca antes en la historia de Alemania tuvo una aceptación y una fortuna tales, no será puesta en tela de juicio por los partidarios de la teoría del nacimiento defectuoso, aunque ello no suponga ningún motivo para someter a revisión sus modelos para la crítica teórica-constitucional: MAHRENHOLZ (N 19), S. 19 ff.; STOROST (N 89); WAHL (N 89), S. 475 ff.

ción, como perturbación de la seguridad pública, como alta traición.

Esto no significa que un proyecto fallido constitucional deba quedar sin consecuencias. La Constitución de la Paulskirche de Frankfurt de 1849, que nunca entró en vigor, influyó de una manera soterrada la evolución jurídica alemana. Fórmulas y contenidos se asumieron en Leyes y Constituciones posteriores. Señaló la medida que tiene que servir de baremo para toda Constitución alemana⁹².

De la necesidad del bien común puede surgir la necesidad de una Constitución. La *necessità* que restringe el terreno de juego de la configuración político-constitucional, actuará como causa del éxito de la Constitución, cuando de una situación política límite deduce la necesidad general de una Constitución. Una necesidad tal puede producirse por la creación de un nuevo Estado, porque la comunidad naciente quiere asegurar su identidad, garantizar los fundamentos jurídicos comunitarios y fijar la forma del ordenamiento estatal. Los prototipos históricos son la Constitución americana de 1787 y la belga de 1831. Los condicionamientos externos e internos del bien común pueden ayudar a que todos sus ciudadanos se aúnen para recordar sus intereses comunes y reunirse sobre unas reglas básicas de la convivencia estatal. La necesidad de las circunstancias puede hacer de más la discusión sobre las cuestiones fundamentales, cuando sólo queda libre una opción, como en el año 1949 a los alemanes de la República Federal la opción de un Estado constitucional del Oeste. La compresión de la necesidad, que no es una barrera a la libertad, como les puede parecer a los utópicos y a los revolucionarios embriagados de factibilidad, sino desde la perspectiva de la razón práctica su contenido esencial.

Necesidad y apremio son unos cooperadores más exitosos del punto que el discurso innecesario y nada apremian-

⁹² Respecto a la eficacia de la Constitución de la Paulskirchen vid. JÖRG-DETLEF KÜHNE, *Die Reichsverfassung der Paulskirche. Vorbild und Verwirklichung im späteren deutschen Rechtsleben*, 1985, bes. S. 147 ff.; también WAHL, *Entwicklung* (N 74), 1 Rn. 17 ff.

te sobre la mejor Constitución posible y sobre la posible mejora de la ya existente. Está claro que en la tarde anterior a la Revolución Francesa pudo el amplio discurso crear una fiebre constitucional que atacó al conjunto del cuerpo estatal. Pero en una sociedad pacífica y poco inclinada a la revolución el discurso solo no puede fundamentar la necesidad práctica para la gran rebelión y sólo de una manera difícil poner en movimiento un auténtico movimiento constitucional⁹³. De este modo los debates tienen rara vez efecto, se introducen de arriba abajo, por un malestar abstracto en el *status quo*, por una necesidad profiláctica de los políticos o por un impulso en busca de una mejora del mundo de la clase intelectual. Los intentos iniciados desde arriba en Suiza y en Alemania para una revisión total de la Constitución vigente en los años setenta (que no es un acto constituyente originario⁹⁴) llevaron al trabajo de una comisión para la reunión de las posiciones doctrinales, con un esforzado trabajo sobre la opinión pública y finalmente a unas propuestas de modificación que casi en su totalidad se filtraron en la arena del desinterés parlamentario y público.

C) *Ninguna creatio ex nihilo - Inevitabilidad de la asociación*

La doctrina del poder constituyente da respuesta a la pregunta sobre el fundamento de validez de la Constitución. Pertenece a la lógica del Derecho positivo el que

⁹³ Por el contrario DIETER GRIMM considera el discurso como un fin en sí mismo, que debe sobreponerse sobre el contenido general y garantizado por la Constitución: "Una discusión constitucional sobre una Constitución exitosa siempre conlleva un peligro para la misma. Este riesgo debe ser asumido ya que es el riesgo de la democracia, aparte de que las discusiones reprimidas suelen pedir venganza". (N 89, S. 34).

⁹⁴ PETER HÄBERLE acredita la no completada revisión total suiza como acto constituyente en sentido amplio (N 37, S. 77 ff.; N 99, S. 34 ff.). Aunque esto no supone una equiparación con el acto constituyente auténtico en sentido estricto textual, porque en HÄBERLE todo puede ser acto constituyente (s. O. B V, II 2 c).

cada norma tenga un origen, más allá del que no puede plantearse ninguna cuestión jurídico-positiva. Por ello la Constitución no necesita también por su contenido el situarse un comienzo, como creación incondicionada de un nuevo ordenamiento, como *creatio ex nihilo*, como estallido inicial del cosmos político⁹⁵. A la pretenciosa conciencia de los revolucionarios les puede parecer a veces que dan un inicio nuevo absoluto a la Constitución y que el constituyente puede hacer todo *ex novo*⁹⁶. Pero la Constitución es de modo necesario producto de su situación histórica y dependiente de circunstancias que le son previas. Ataca unos temas determinados del momento y reacciona a las necesidades concretas con la modificación de situaciones reprobables y garantizando las puestas en peligro. Pero siempre asumirá más que cambiará, siempre podrá prever más que regular. El acto constituyente se somete al condicionamiento que es válido para todo actuar humano: debe partir de lo existente. En la lengua de los filósofos: "Nur indem das geschichtlich Vorhandene immer schon ohne Zutun als Vorgabe da ist, hat das eigene Zutun eine Chance; kein Mensch kann absolut von vorn anfangen, jeder muss ... an das anknüpfen, was schon da ist: Zukunft braucht Herkunft. ... Menschliche Praxis macht stets nur das Wenige, was noch zu machen ist: damit sie möglich sei, muss in einem sehr beträchtlichen Umfang schon nichts mehr zu machen sein"⁹⁷.

Así son todas las Constituciones originarias parcialmente creaciones originales, y tampoco pueden dar en sus regulaciones algo más que la imagen de un ordenamiento fragmentario; el conjunto sólo puede ser reconstruido a partir de los presupuestos no escritos. Las Constituciones del Estado constitucional del siglo XX son más o menos

⁹⁵ No un "big-bang jurídico": KIRCHHOF (N 7), 19 Rn. 16.

⁹⁶ Respecto a la fe en un nuevo comienzo absoluto a través del constitucionalismo en Francia de 1789 a 1794: SCHMALE (N 33), S. 57 ff.

⁹⁷ ODO MARQUARD, Ende des Schicksals? Einige Bemerkungen über die Unvermeidlichkeit des Unverfügablen (1977), en: ders., *Abschied vom Prinzipien*, 1981, S. 67 (78, 79).

confecciones a medida sobre el modelo de la americana y francesa del siglo XVIII. Pero éstas tampoco son por su contenido, ni tampoco por su forma, creaciones *ex novo* sin condicionamientos previos, porque asumen o presuponen una tradición que ha crecido desde la antigüedad en Europa. La Revolución Francesa de 1789, el corte temporal más profundo de los últimos siglos, no constituye una excepción. Asumió las estructuras básicas del Estado moderno como unidad de poder y de decisión centralizada, que desde el siglo XVI había sido desarrollado por los reyes franceses; sólo trastocó las posiciones de dominio y definió determinadas autoridades nuevas. La continuidad era para muchos más importante que la revolución⁹⁸. La revolución americana edificó una nueva esencia estatal en un nuevo continente, y de este modo asumió la herencia europea de la estructura del Estado, de las formas jurídicas y del Ethos político.

5. *Significados múltiples de “Constitución” y variedades del “acto constituyente”*

A) *Constitución en sentido formal: Ley constitucional*

La doctrina del poder constituyente parte del concepto formal de Constitución⁹⁹. Las expectativas jurídicas y enfáticas que se dirigían hacia la Constitución en el período de 1789 a 1794, tomaron cuerpo en un documento, la Ley constitucional¹⁰⁰. Esta se diferencia de las leyes ordinarias por sus particulares objetos de regulación (forma del Estado, órganos del Estado, derechos fundamentales) y por peculiares cualidades formales (reforma agravada, primacía).

⁹⁸ SCHMALE (N 33), S. 31 ff., 57 ff. (Nachw.).

⁹⁹ Explicación impresionante: ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la Révolution*, Paris 1865.

¹⁰⁰ Respecto al desarrollo del concepto de Constitución ZWEIG (N 34), S. 142 ff. HASSO HOFMANN, Zur Idee des Staatsgrundgesetzes (1986), en: ders., *Recht-Politik-Verfassung*, 1986, S. 261 ff.

Una ley tal se deja reconducir a un punto determinado de su promulgación y a una determinada forma de su elaboración. Así como los órganos estatales que cooperan en el procedimiento legislativo pueden ser hipostasiados al “legislativo”, también los cooperadores en la creación de la Ley constitucional pueden serlo al “constituyente”. Una Ley se puede hacer, también una Ley constitucional. Aunque *a priori* no hay ninguna regla de procedimiento ni competencial para la elaboración jurídica a nivel constitucional, parece lógica la analogía con la elaboración normativa del legislativo.

La claridad relativa de este punto de partida formal y conceptual termina cuando la Constitución se entiende en sus otros significados, que hoy ha asumido y donde lo decisivo no es la forma sino el contenido¹⁰¹.

B) *Constitución en sentido material:
ordenamiento jurídico básico*

En sentido material “Constitución” significa el ordenamiento básico-jurídico del Estado¹⁰². Cuando se acepta que el ordenamiento básico está codificado de una manera cerrada por la Ley constitucional y que su contenido completo está en la misma escriturado, las ideas sobre el *pouvoir constituant*, que han sido expresados para la Constitución formal, no se ajustan a la material. Ya que el contenido de la Ley constitucional se abre únicamente con la interpretación. Pero ésta no es acto único, sino un proceso continuado. Un texto legal puede permanecer inalterado a lo largo de los tiempos; pero su interpretación y su aplicación se completan en el tiempo y se someten al desarrollo histórico. El ordenamiento básico no surge *uno actu*. Su origen no permite ser fijado en una fecha determinada y tampoco permite atribuirsele a un autor históricamente

¹⁰¹ Visión global de los distintos conceptos constitucionales en la dogmática constitucional alemana y teoría: ISENSEE (N 2), 13 Rn. 136 ff.

¹⁰² WERNER KÄGI, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, 1945, S. 39 ff., 59 ff., 152 ff.; HESSE, *Verfassung* (N 102), S. 7 f.

aprensible. La categoría de la identidad no corresponde con el entendimiento material de la Constitución, que sublima el factor tiempo, sino en el de la continuidad, que le comprende¹⁰³.

Las diferencias se hacen más profundas cuando el concepto de Constitución material va más allá de la temática de la Ley constitucional y asume contenidos del Derecho ordinario, momentos de la vida cultural y estatal, substancias de la realidad¹⁰⁴. Las distinciones que con respecto a la Ley constitucional parecen plausibles, se vuelven cadas.

C) *Constitución real: las relaciones de poder subsistentes*

La imagen cambia de una manera total cuando la Constitución no se entiende de una manera normativa, sino —de acuerdo a las vías de la vieja doctrina de las formas del Estado— descriptiva, no como la Constitución que contiene el ser común, sino como la Constitución en la que está: como la forma estatal subsistente, como las estructuras reales de poder, como el *Establishment*¹⁰⁵. La Constitución real como el producto de muchas fuerzas actuantes en la historia y en el presente. Como un todo complejo no está ni planeado ni hecho; ha crecido. No se deja tampoco modificar ni derogar a través de un determinado acto de voluntad política. Hegel acierta en este problema: “Die Frage, wem, welcher und wie organisierten Autorität die Gewalt zukomme, eine Verfassung zu machen, ist dieselbe mit der, wer den Geist eines Volkes zu machen habe... eine Verfassung hat sich aus dem Geiste nur entwickelt iden-

¹⁰³ LEISNER, S. 218 f.; ders. S. 264 f. “Abschied vom Dogma der Punktualität”: HÄBERLE, S. 24 f.

¹⁰⁴ Respecto al concepto de Constitución total en PETER HÄBERLE (Nachw.).

¹⁰⁵ El concepto relativo a la realidad de Constitución como forma de Estado (*Politeia*) se encuentra en ARISTOTELES (*Politik*, 1278 b, 1281 a). Moderne Varianten der Realverfassung: FERDINAND LASALLE, Über Verfassungswesen, en: ders., *Gesammelte Reden und Schriften*, 2. Bd., 1919, S. 41 (55 f.); HELLER, S. 249 f.

tisch mit dessen eigner Entwicklung und Veränderungen durchlaufen. Es ist der innenwohnende Geist und die Geschichte —und zwar ist die Geschichte nur seine Geschichtte— von welchen die Verfassungen gemacht worden sind und gemacht werden”¹⁰⁶.

D) *Constitución positiva: Decisión global sobre la forma y el tipo de la unidad política*

a) La doctrina de Carl Schmitt

Una vez más el concepto de Constitución positiva de Carl Schmitt ofrece otra perspectiva: “la Constitución como la decisión global sobre la forma y el tipo de la unidad política”¹⁰⁷. Esto debe ser diferenciado de Ley constitucional. Un documento constitucional contiene una pluralidad de artículos individuales sobre los órganos del Estado y sobre los símbolos estatales, sobre las competencias del Estado federal y sobre el procedimiento parlamentario, sobre las tareas del Estado y sobre los derechos fundamentales. Tras las dispares normas, a veces también con fórmulas de compromiso, está “el diseño global, por el que se decide la unidad política”¹⁰⁸. Esta no es idéntica a la Ley constitucional. Se expresa en las regulaciones particulares, pero las precede como fundamento de su validez. “Si se escriben otras normas particulares en la Constitución, esto sólo tendrá una significación técnico-jurídica: protección a través de procedimientos agravados de reforma”¹⁰⁹. La Constitución de Weimar fundamentó el Estado de Derecho burgués sobre la decisión general a favor de la democracia, la república, la estructura de Estado federal del Reino, la forma de re-

¹⁰⁶ GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundriss, 1830, 540 (en: ders., *Gesammelte Werke*, hg. Von der Rheinisch-Westfälischen Akademie der Wissenschaften, Bd. 20, 1992, S. 513 f.).

¹⁰⁷ SCHMITT (N 3), S. 20 ff.

¹⁰⁸ SCHMITT (N 3), S 21.

¹⁰⁹ SCHMITT (N 3), S. 76.

presentación parlamentario para la legislación y para el gobierno¹¹⁰.

Mientras que las determinaciones particulares de la Ley constitucional podían ser cambiadas por los órganos por ella constituidos según la correspondiente disposición constitucional, la decisión global de la reforma legal está vetada¹¹¹. Constituye el núcleo duro e intocable de la Constitución, cuya identidad normativa y continuidad garantiza. Este núcleo no puede ser apartado a través de la revisión constitucional, sino a través de la revolución: un acto del poder constituyente¹¹². Si se restringe la posibilidad de la inmanente revisión constitucional, se agudiza la diferencia entre el *status naturalis* de lo inconstituido y el *status civilis* del Estado constitucional, y los actores políticos se verán confrontados con la ruda alternativa de tener que elegir entre la legalidad constitucional y la revolución. Una dogmática afirmativo-constitucional encuentra aquí una base teórica, para prometer a la Constitución una rigidez normativa, que un positivismo jurídico indiferenciado no podría permitirse. Como decisión global puede afirmarse en el cambio de las corrientes políticas y contra las intemperancias del espíritu de los tiempos.

Asimismo el poder constituyente no se agota cuando se utiliza una vez. “La decisión política que significa la Constitución no se puede retrotraer contra su sujeto ni derogar su existencia política”¹¹³. Cuando Carl Schmitt designa como objeto del acto constitucional no a la Ley constitucional sino a la decisión general, se levanta el dilema de

¹¹⁰ SCHMITT (N 3), S. 25 f., 102 f.

¹¹¹ SCHMITT (N 3) S. 23 f.

¹¹² Según la teoría de CARL SCHMITT la “revolución legal” no sería aceptable —como se posibilitó a través de la Ley de habilitación de 24 de marzo de 1933 en la Constitución de Weimar. La teoría de SCHMITT no se había aplicado en la época de Weimar. La doctrina dominante consideró legal la destrucción y la inversión de la substancia de la Constitución (ANSCHÜTZ (N 3), Art. 76/Anm. 3 (S. 402 ff.); RICHARD THOMA, Das Reich als Demokratie, en: GERHARD ANSCHÜTZ/RICHARD THOMA (Hg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. 1, 1930, S. 186 (193 f.); ders., *Grundbegriffe und Grundsätze*, ebd., Bd. 2, 1932, S. 108 (153 ff.). Zu dem Problem MUSSGNUG (N 79), S. 517.

¹¹³ SCHMITT (N 3), S. 77.

cómo el pueblo sin estar formado ni organizado, puede deber decidir sobre las cuestiones básicas de su forma política y organización¹¹⁴. La imagen del pueblo como portador del poder constituyente bascula en Schmitt entre la nación y la opinión pública, entre el sujeto actuante y el sujeto de aclamación, entre la realidad empírica y la teología política¹¹⁵. Del mismo modo Schmitt se sujet a la doctrina expuesta, por la que el pueblo sólo en unos pocos momentos tiene una voluntad decisiva y expresable de un modo reconocible, y en virtud de una voluntad tal es capaz de responder con un sí o un no a las cuestiones fundamentales de su existencia política¹¹⁶.

b) Imposibilidad de organización e imposibilidad de aprehensión de la decisión-global

Carl Schmitt presenta los típicos caminos del acto constituyente (aunque no obligatoriamente predeterminados), la Asamblea Nacional votante, la Convención proponente, el plebiscito. Aunque aquí sólo se trata de la creación de la Ley constitucional¹¹⁷. La decisión global sobre la dirección político-constitucional no se toma aquí. Se pregunta si la auténtica *Weichenstellung* es en absoluto el resultado de una decisión (inconsciente).

En noviembre de 1918 culminó el cambio de la monarquía a la república, cuando el canciller Max von Baden declaró espontáneamente que el Kaiser había abdicado y cuando el secretario de Estado del Reich Philipp Scheidemann en un discurso desde el balcón del Reichstag de una manera retórica lanzó un viva a favor de la república y con ello, sin quererlo, dio el pistoletazo para la fundación de la república¹¹⁸. ¿Qué fue aquí decisión? ¿Quién ha deci-

¹¹⁴ SCHMITT concede esta “debilidad” (N 3, S. 83).

¹¹⁵ SCHMITT (N 3), S. 77 ff., 83 f.

¹¹⁶ SCHMITT (N 3), S. 83.

¹¹⁷ Esto es constatado expresamente por SCHMITT (N 3, S. 85 f.).

¹¹⁸ Respecto a la génesis histórica de la República de Weimar: ERNST RUDOLF HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. V, 1978, S. 682 ff., 690 ff.

dido? ¿Dónde estaba el pueblo? ¿Quién era el pueblo? ¿La gente que más o menos casualmente estaba congregada enfrente del edificio del Parlamento y que escuchó la aclamación de Scheidemann por la república?¹¹⁹ En todo caso no era revocable la fijación de agujas política. No quedó a disposición de una manera seria para la Asamblea Nacional convocada después de Weimar, cuya convocatoria, que Friedrich Ebert consiguió frente a los Representantes populares del Consejo¹²⁰, era ya de por sí una decisión sobre la dirección política. El dado cayó en contra de la dictadura socialista y a favor de la democracia parlamentaria y el Estado de Derecho burgués. El modo de elección, que no restringía a la Asamblea constituyente a los ganadores revolucionarios de izquierda, sino que se abría también a los partidos burgueses según los principios del voto secreto, general y libre, anticipó el resultado en vista de las fuerzas dominantes en el electorado. De este modo la Asamblea Nacional no fue en Weimar la autora de la decisión global, que tuvo su expresión en la Constitución del Reich, sino su producto. Cuando el pueblo estaba ocupado, en la elección de la Asamblea Nacional y posteriormente del Reichstag, mientras que daba a los partidos constitucionistas la suficiente mayoría. Está claro que el apoyo resultó más mal que bien, de modo que el sistema constitucional de Weimar ya desde su nacimiento portaba en sí la enfermedad mortal. El “pueblo” que decidía aquí se articulaba de una manera previa a través del derecho de voto y de la dimensión formada a través del sistema de partidos, pero no como una informal fuerza conformadora.

Aquí se demuestra que la categoría “decisión” es susceptible de ser malentendida, porque falta una manifestación de voluntad consciente y pública. Tampoco es de esperar en un momento de ruptura. Una acción política puede ser motivo para que la corriente del desarrollo político se mueva

¹¹⁹ CARL SCHMITT constata de madera lapidaria que el pueblo alemán negó el principio monárquico existente en Noviembre de 1918, lo que significó por sí mismo la República (N 3, S. 84).

¹²⁰ HUBERT, S. 777 ff.

en una dirección determinada, pero no es la causa, si ésta se toma en el sentido de Thucydides. Los efectos de una acción no tienen que corresponderse con las intenciones del autor. La revolución se desencarrila de sus padres y los atropella. El caer del dado político-constitucional no se deja manipular. Tampoco debe ser reconocible para los implicados y sus contemporáneos. Con frecuencia sólo se deja determinar más de cerca el punto de inflexión echando la vista atrás. Los sucesos de la ruptura política pueden parecer designios teológico-históricos de Dios o actuar de fuerzas demoníacas histórico-filosóficas; pero una cosa sí que no son: un acto voluntario del pueblo como sujeto empíricamente aprehensible o jurídicamente determinable.

La teoría constitucional no se sujetta tanto a la decisión como tal. Más bien se dirige al resultado normativo de la decisión: la cualidad decisoria de Constitución, la distinción entre sustancia y accidente en la Ley constitucional, la resistencia al cambio de la sustancia. Al mismo ofrece, aunque no el concepto patético de decisión sino el unempático —y positivo— de Constitución, un motivo al teórico para poder determinar el punto de inflexión de la ruptura política y del devenir histórico de una Constitución. Para ello un ejemplo.

La decisión direccional para la Alemania dividida después de 1945 resultó de los respectivos regímenes de ocupación en el conflicto Oeste-Este: *cuius occupatio, eius constitutio*¹²¹. El núcleo constitucional de la Ley constitucional, que según el art. 79 Abs. 3 GG está protegido frente a la reforma, estuvo ya anticipado en lo esencial por los presupuestos de las tres potencias de ocupación, como fueron fijados en el Comunicado final de Londres de 7 de junio de 1948, y en el primero de los Documentos de Frankfurt del 1 de julio de 1948.

La revolución pacífica en la RDA supuso en su primera fase, marcada por los grupos de oposición de izquierda, el cambio hacia la democratización y liberalización del siste-

¹²¹ HANS PETER IPSEN, Über das Grundgesetz (1949), en: ders. (N 135), S. 1 (20).

ma socialista existente. En la segunda fase, la *levée en masse* en las calles desde Dresde a Leipzig, impusieron —frente a los oponentes de la primera hora— las exigencias de unidad nacional y de asunción de la Constitución de la Alemania occidental y del sistema económico. Las decisiones básicas fueron confirmadas por las elecciones a la Cámara popular del 18 de Marzo de 1990, cuando aquellos partidos que apoyaban los fines de la revolución, consiguieron una mayoría de cuatro quintos. La Ley constitucional formalmente vigente de la RDA de 1968/1974 fue superpuesta por la Constitución positiva no escrita de la revolución pacífica. Esta encontró poco a poco también su expresión formal en las modificaciones *ad hoc* del viejo texto constitucional, a través de la Ley de principios constitucionales del 17 de junio de 1990, y sobre todo con el Tratado acordado con la República Federal para la unión social, económica y monetaria, que entró en vigor el 30 de junio de 1990.

c) Leyes constitucionales sin decisión-global.
Las Constituciones de los Estados federados

El teorema de la Constitución positiva puede acreditarse dogmáticamente frente al problema federal de las Constituciones de los Estados federados, en la RFA y por lo tanto frente a las Constituciones federadas. Los Länder están arropados tanto en su existencia como en su competencia en el Estado según la Constitución federal. Por otro lado poseen la cualidad estatal, que se corresponde con su soberanía constitucional, que no se puede separar del Estado federal y tampoco llevar a autorizar la competencia para darse una Constitución¹²². Por lo tanto no sorprende que también los Länder acudan a la doctrina del poder

¹²² En este sentido BVerfGE 1, 14 (61); 34, 9 (19 f.); JÜRGEN HARBICH, *Der Bundesstaat und seine Unantastbarkeit*, 1965, S. 121; STERN (N 7), S. 667 f.; WOLFGANG GRAF VITZHUM, Die Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts in der Gegenwart, en: VVDStRL 46 (1988), S. 7 (22 ff.); THEODOR MAUNZ, Staatlichkeit und Verfassungshoheit der Länder, en: HStR Bd. IV, 1990, 94 Rn. 1 ff., 25 ff.;

constituyente, que invoquen al pueblo soberano como origen sin constitución previa, sea simbólicamente, para adornar la acreditación de la propia estatalidad con la imagen de una herencia, sea con la intención política de pretender la soberanía para emitir regulaciones que incluso puedan colisionar con el Derecho federal e incluso con la Constitución federal¹²³.

Aunque el acto constituyente se completa en los Estados federados en otras condiciones que en el Estado conjunto. Los Länder no están sometidos a la aporía del comienzo, porque pueden construir sobre fundamento jurídico previo, la Constitución federal. A esta agradecen su estatalidad, ya que son Estados de acuerdo a las prescripciones de la Constitución federal, y no —como es el caso del Estado conjunto— son Estados en virtud del Derecho Internacional¹²⁴. A la Constitución federal agradecen su soberanía constitucional así como su dotación competencial. La decisión política-global está anticipada por la cláusula de homogeneidad de la Constitución, que prescribe que el ordenamiento conforme a la Constitución en los Länder tiene que corresponder a los principios republicano, democrático y del Estado de Derecho social, y además principios que han de ser entendidos en el sentido de la Constitución, cuya interpretación vinculante se reserva al Estado federal a través del Tribunal Constitucional federal (art. 28 Abs. 1. S. 1 GG).

HENNER JÖRG BOEHL, Landesverfassungsgebung im Bundesstaat, en: *Der Staat* 30 (1991), S. 572 (582 ff.).

¹²³ Contradicciones y roces se produjeron sobre todo desde las iniciativas político-constitucionales en el Land Brandenburg (1990-1992). En este sentido DIETRICH FRANKE/R. KNEIFEL-HAVERKAMP, Die brandenburgische Landesverfassung. Verfassunggebung in einem neuen Bundesland als Teil der gesamtdeutschen Verfassungsdiskussion, en: *JöR N.F.* 42 (1994), S. 111 (138 ff.); Véase también: JOHANNES DIETLEIN, *Die Grundrechte in den Verfassungen der neuen Bundesländer*, 1993 S. 59 ff.; HANS PETER BULL, Die Verfassungen der neuen Länder —zwischen östlicher Selbstbestimmung und westlichen Vorgaben, en: *Festschrift für Werner Theime*, 1993, S. 305 (323 f.); UTE SACKSOFSKY, Landesverfassungen und Grundgesetz — am Beispiel der Verfassungen der neuen Länder, en: *NVwZ* 1993, S. 235 ff.; THOMAS R. WOLF, Landesverfassungen in den neuen Ländern unter dem Grundgesetz, en: *VR* 1994, S. 117 ff.

¹²⁴ En el mismo sentido JOSEF ISENSEE, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, en: *HStR* Bd. IV, 1990, 98 Rn. 64.

Los Länder por lo tanto no deciden sobre la forma y el tipo de unidad política. Están desde el primer momento asumidos dentro de la unidad política que está llamada a defender el Bund, la unidad estatal global pacífica, decisoria y solidaria. Aunque son Estados, lo son sin soberanía externa y sin el riesgo existencial de la auto-afirmación, Estados sin estado de necesidad¹²⁵.

La Constitución federal encarna de una manera común para el Bund y los Länder a la Constitución positiva. De aquí que los Länder sólo necesiten conformar de una manera más próxima las estructuras básicas presupuestadas, afinar y colorear la premisa. Si se exceden y el contenido de homogeneidad se acredita como algo propio, esto tendrá sólo un significado declarativo —desde el punto de vista jurídico—. Visto desde el punto de vista político puede significar un reconocimiento del ordenamiento constitucional del conjunto del Estado. Esto se pone de manifiesto en las nuevas Constituciones de los Länder que surgieron de la RDA. Completan para sí las premisas estatales y afirman a su manera la reunificación alemana; interiorizan la aceptación de la Ley Fundamental y hacen propia su sustancia¹²⁶.

Al Estado federado no le acrece una capacidad constituyente originaria, sino aquella derivada de la Constitución federal, desde el comienzo una competencia tasada jurídicamente, una Ley constitucional que se hace norma según los criterios de la Constitución federal: una Constitución sin decisión-global. Puede utilizar el espacio de juego político-constitucional, que deja abierto la Ley Fundamental, pero no modificarlo, por lo tanto no puede disponer sobre la Constitución positiva. Las posibilidades decisorias subyacentes se afirman en el uso del lenguaje corriente como “autonomía constitucional de los Länder”¹²⁷, de modo que

¹²⁵ ISENSEE (N 169), 98 Rn. 220 ff.

¹²⁶ JOSEF ISENSEE, Chancen und Grenzen der Landesverfassung im Bundesstaat, en: *Sächsische Verwaltungsblätter* 1994, S. 28 (31).

¹²⁷ BVerfGE 36, 342 (360 ff.); vgl. MAUNZ (N 166), 94 Rn. 25; RICHARD BARTLSPERGER, Das Verfassungsrecht der Länder in der gesamtstaatlichen Verfassungsordnung, en: *HStR* IV, 1990, 96 Rn. 21 ff.

terminológicamente se sitúan en la cercanía de la autonomía reglamentaria de las corporaciones de administración independiente. La designación es demasiado baja, en vista de su calidad de Estado. Por el contrario la referencia a la doctrina del *pouvoir constituant* sería demasiado elevada. La soberanía constitucional de los Estados federados pertenece a la doctrina competencial del Estado federal. Se separa de la presente temática.

E) *Definición de competencia por la ciencia*

Con la diferenciación de “Constitución” con Ley constitucional se completa la emancipación de la doctrina del Estado de Derecho de la del positivismo constitucional. La teoría constitucional y la dogmática constitucional se erigen como disciplinas científicas independientes. Su objeto ya no será predeterminado exclusivamente por el Derecho positivo. Definen su objeto y determinan qué es Constitución.

La competencia de definición sobrepasa a la competencia de interpretación. Ya a la interpretación es inherente un momento creativo; pero de acuerdo a la idea de fondo sólo puede descubrir que es lo que desde el comienzo está contenido en el texto constitucional. Pero ahora la doctrina del Derecho del Estado pretende decidir sobre ello, sí y en qué medida el texto es en absoluto una Constitución, y así también sobre la cuestión de la interpretación constitucional relevante, y de qué otras fuentes se nutre. Con el concepto de Constitución no se altera el objeto del acto constituyente. En ella subyace una parte de la auto-legitimación de la ciencia, porque ahora pretende disponer sobre el concepto clave de la vida estatal. No se debe por su parte estilizar hacia un nuevo género de *pouvoir constituant*¹²⁸; pero no se puede soslayar que la disposición sobre el concepto conlleva la disposición sobre el objeto.

¹²⁸ En este sentido la idea de HÄBERLE de un acto constituyente ilimitado a través de la interpretación constitucional (N 99), S. 34 ff.

El tema del poder constituyente se diferencia ahora todavía más. Pierde también el último reflejo de univocidad y claridad, que tampoco verdaderamente posee cuando se observa a la luz, si se identifica de una manera ingenua Constitución con Ley constitucional.

IV. UN MITO DEMOCRÁTICO

1. *La dialéctica de la Ilustración*

La doctrina del pueblo como constituyente desarrolla una cierta fuerza luminosa, cuando se observa desde lejos, y permanece en una indistinción. En cuanto uno se acerca, se apaga la luz. Cuando la quieres reconocer, se diluye. Quiere uno aprehenderla, y decae en sus contradicciones. No guarda ninguna verdad histórica, y no supone ninguna vinculación jurídica. En vano buscará uno una plausibilidad, de la que también tiene necesidad una hipótesis. Le falta ya la univocidad lógica y consistencia.

El *pouvoir constituant* es un mito, un mito democrático. La ilustración política realiza aquí un salto mortal dialéctico. Puesto en pie para liberar al hombre de su minoría de edad merecida, lucha contra mitos estatales tradicionales, sacrales y profanos, que pueden obstaculizar en su despliegue a la razón y la libertad, y abre el camino hacia el Estado constitucional, en el que la libertad guiada por la razón debe encontrar la realidad. Presupone ciudadanos ilustrados. Pero toma precauciones para el caso de que las premisas de la realidad no se acepten completamente y ciudadanos cansados y resistentes a tanta ilustración no se conformen con el ordenamiento racional del Estado en los límites de la racionalidad. De aquí que interponga también medios irracionales para sus fines. Crea su propio Mhytos, para asegurar y fundamentar el Estado constitucional. Platón es el modelo, quien partiendo del ser “infantil” y “mentiroso” del Mhytos, se esfuerza en primer lugar en la purificación radical del Mhytos y quiere proscribir todos los cuentos sobre el Estado ideal, para exigir

al final la creación de un nuevo Mito como “mentira al servicio del Estado”¹²⁹. Está claro que el filósofo griego consigue justificar su nuevo Mito al servicio del Estado de una manera más fácil que los pensadores de la democracia moderna. Ya que la jerarquía de clases autoritaria Platón la fundaba sobre la desigualdad de capacidades, también de las cualidades morales e intelectuales, mientras que el Estado constitucional se basa en la igualdad y libertad de todos los ciudadanos y en la desconfianza hacia la razón individual.

La desmitificación provoca inevitablemente la necesidad de nuevos mitos. Deja detrás vacío, frialdad y desorientación. No todos pueden soportar esta situación y dejarla tal como está, contraponiendo al *horror vacui* la ficción de una norma básica kelseniana. Conceptualidad abstracta y percepciones de la razón que no llenan el vacío, porque la psique de la persona y de los ciudadanos no se diluye en la razón sin descanso.

La Ilustración, llevada hasta los límites de sus posibilidades, busca su complejión y su soporte en lo inexplicable, en el Mito. La fuerza que posee en comparación con su contradictor, la crítica socrática de la Ilustración, la describe Nietzsche. Dibuja la imagen de su presencia como el “resultado de aquel socratismo dirigido a la destrucción del Mito”: la costumbre abstracta, el Derecho abstracto, el Estado abstracto, una cultura que “no posee un lugar de origen santo y firme”, el hombre desmitificado “eternamente hambriento”, excavando y revolviendo en todo el pasado buscando raíces, aunque tuviese que husmear tras ellas en las épocas pasadas más lejanas. Cura para esta inquietud desorientadora trae el Mito. Sin él “pierde cada cultura sus fuerzas naturales creativas; sólo un horizonte poblado de Mito engloba en la unidad un movimiento cultural en su conjunto ... Las imágenes de los mitos deben ser los vigilantes demoníacos omnipresentes que pasan desapercibidos, bajo cuya defensa las almas jóvenes cre-

¹²⁹ PLATON, Politeia, 377 a ff., 389 b, 414 b ff., 595 b ff.

cen, en cuyos rasgos el hombre interpreta su vida y sus luchas: e incluso el Estado desconoce una leyes no escritas más poderosas que el fundamento mítico, cuyo desarrollo desde representaciones míticas garantiza su conexión con la religión”¹³⁰.

2. ¿Utilidad constitucional del Mito?

El Estado constitucional abstracto puede esperar algo similar del Mito de un pueblo creador-constitucional: carisma e imaginería, medio y orientación. El pueblo, invisible en el día a día de la democracia liberal, será perceptible en la imagen y estará en la fantasía política. El origen constitucional se asimila a un paraíso perdido, en el que quizá fuese posible volver con una inteligencia correcta. La época dorada de antaño ha dejado al menos un testimonio escrito, en el que se conserva la memoria de la democracia directa, pura, del ordenamiento santo e ininterrumpido, de la libertad como felicidad infantil. La doctrina del *pouvoir constituant* aquietó similares expectativas como ocurría en la antigüedad con los dichos políticos fundacionales, la fundación de Atenas por Pallas Atenea, el origen de los romanos de Venus, Eneas y Romulo, la salida de las leyes vigentes de Lykurg, Solon o del Dezemvirn.

La norma superior del ordenamiento jurídico contiene ayuda del Mito, para sofocar el escándalo de su contingencia¹³¹ y para acreditarse como producto de una necesidad superior. La contingencia es molesta para la Ley constitucional, porque la altura de la pretensión normativa contrasta con la trivialidad de las circunstancias de sus orígenes históricos¹³². El dilema que representa el hecho de que

¹³⁰ FRIEDRICH NIETZSCHE, Die Geburt der Tragödie (1872), en: ders., *Werke* (N 1), Bd. I S. 7 (124 f.) Una filosofía de la cultura diferenciadora del mito en relación con el pensamiento racionalista da LESZEK KOLAKOWSKI, *Die Gegenwärtigkeit des Mito* (1972), traducción al alemán desde el polaco por Peter Lachmann, 1973.

¹³¹ OTTO DEPENHEUER, Zufall als Rechtsprinzip?, en: *JZ* 1993, S. 171 f.

¹³² La contingencia será puesta de manifiesto de manera sarcástica por FRIEDRICH JULIUS VON STAHL en un discurso parlamentario: “Pero, señores míos,

en el culmen de la escala normativa haya un Derecho realizado por el hombre, y éste sea de la misma sustancia de las normas cuya dirección señala, será sublimado a través de la remisión a un autor cuasi-transcendente, el gran demiurgo, que está más allá de su creación. De su creador, de lo *fascinosum* y *tremendum* de su origen, recibe la Constitución dignidad y autoridad. En la medida en que el mito del *pouvoir constituant* contribuye a legitimar la Constitución vigente y a fortalecer su eficacia¹³³.

En Alemania los intérpretes constitucionales invocan con agrado a los “padres” de la Constitución. No se apoyan en su mayoría en hechos de su origen histórico, o lo que es lo mismo en las tomas de posición decisivas en el Consejo parlamentario, sino en el propio modelo de la Constitución originaria y verdadera, como ésta debería representarse si se librare de posteriores oscuridades y sobre pintadas. Sus “padres” utilizan como pantalla de proyección posiciones interpretativas retroactivas. Los “padres” tienen poco parecido con los diputados del Consejo parlamentario o con los influyentes ministros presidentes, consejos ministeriales, asociaciones de funcionarios y oficiales de ocupación de 1948/49, sino más bien con el Dios-Padre del Génesis o con el padre superior de la psicología. Cuando recientemente tiene lugar un cambio de paradigma y se habla de los “padres y madres” de la Constitución, no ocurre en absoluto porque la investigación última haya descubierto una insospechada significación política de las mujeres —pocas— en el Consejo parlamentario, sino porque entretanto la *political correctness* obliga a un tal giro lingüístico. La mitología constitucional se convierte en el estandarte de la teología feminista.

Si el pueblo como constituyente asume rasgos del Dios creador, forma una deidad muda, cuya voluntad tiene

planteo la cuestión de quién ha hecho la Constitución. No queda más que afirmar que ha sido realizada por la casualidad, ya que todos nosotros particulares hemos trabajado en ella, y si hoy gano yo y mañana mi opositor, esto supone que el resultado en su conjunto no puede sino derivar de la pura casualidad” (Parlamentarische Reden, o.J. (1856), S. 120).

¹³³ Respecto a las funciones o. B IV 2, 4.

que ser expuesta por los intérpretes llamados. Los intérpretes pueden apoyarse sin riesgo en el constituyente, porque éste personalmente no puede elevar la voz. El recurso al pueblo como voluntad y representación puede servir para garantizar un entendimiento constitucional transmitido, por lo tanto una parte de la Constitución material, o para reformar éste a través del retroceso a las fuentes.

La referencia al constituyente mítico requiere de aquella confianza metódica que requiere una interpretación histórico-subjetiva. Pero esquiva el dilema de colegir el sentido de la Ley de las expresiones transmitidas dispares y fragmentarias de los implicados individuales en el procedimiento legislativo. Se pone de manifiesto una paradoja: cuanto más se aleja la figura del constituyente de los hechos históricos, más se aprovecha el Derecho constitucional del impulso normativo, y de la capacidad de desarrollo y de acomodación. Bajo el abrigo de la interpretación histórico-subjetiva se completa la interpretación objetiva, que es más inteligente para la Ley que la del legislador¹³⁴. Aquí surge el problema de la dificultad del método objetivo, cómo puede ser interpretada la Constitución de una manera segura, sin caer en la arbitrariedad de los intérpretes.

3. *Peligrosa multivalencia*

¿Es, por lo tanto, la doctrina del *pouvoir constituant* un Mito útil para el Estado constitucional?

Quien afirma la utilidad mira sólo a sus funciones legitimadoras y estabilizadoras de la norma. Pero es sólo una de las caras. El Mito puede también desestabilizar y deslegitimar¹³⁵ y servir como título revolucionario. Las vanguardias políticas le sirven para la ideología de la auto-

¹³⁴ Respecto al método histórico subjetivo y el objetivo: DEPENHEUER (N 101), S. 20 ff. (Nachw.).

¹³⁵ S. o. B IV.

legitimación, para manifestarse como el pueblo o para actuar en su nombre, para usurpar su soberanía inaprensible y para sobreponerse a ataduras jurídico-constitucionales cargantes, es decir, a las reglas de la formación de la voluntad política en el sistema representativo o a las barreras del Estado de Derecho de la democracia de mayorías. La disfunción del argumento constitutivo de la Constitución en un argumento destructor de la misma no puede sin más ser catalogado de abuso, ya que la ambivalencia le viene dada desde el comienzo. El Mito democrático sirve al mismo tiempo tanto para proscribir el caos, para conjurararlo.

El Estado constitucional no necesita de un culto atávico a los antepasados¹³⁶. Estaría bien aconsejado si renunciase a las leyendas fundacionales y se despidiese de los ensueños originarios. La doctrina del *pouvoir constituant* ha hecho su trabajo al servicio del desarrollo del Estado constitucional. Es remarcable y pertenece al museo de la historia de la Constitución¹³⁷. Aquello que espera el Estado constitucional como posibilidad legitimadora, tiene un precio demasiado alto y demasiado peligroso. No tiene necesidad de un Mito artificial, porque el ser y el valor de la democracia liberal está en sí misma y no tiene que agradecérselo a un origen.

4. ¿Abreviatura utilizable?

Se mantiene la cuestión de si el teorema del poder constituyente del pueblo debe al menos sobrevivir como abreviatura de un tema complejo, como un tipo de código. Así

¹³⁶ HANS KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1929, S. 86. Nahezu wortgleich ders., *Demokratie* (1927), en: HANS KLECATSKY/RENÉ MARCIC/HERBERT SCHAMBECK (Hg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Bd. 2, 1968, S. 1743 (1762).

¹³⁷ Con un resultado similar HENKE: El poder constituyente del pueblo puede ser positivizado como concepto de la Teoría del Estado y como concepto jurídico, y como consecuencia del peligro de su utilización ideológica, lo mejor sería evitarlo como concepto político (N 82, S. 280). Ähnlich ROELLECKE (N 73), S. 929 ff.

se le puede otorgar la significación de una expresión del lenguaje¹³⁸.

Una figura tal descarga de un exigente trabajo de fundamentación. Muestra el momento del que resulta la legitimación constitucional-estatal, que no es otro que la tradición de la ilustración política. La tradición encuentra aquí su símbolo. El Mito es asequible de una manera general, comprensible en lo esencial para cualquiera. Es válido para el discurso popular, en el que la reflexión científica debe trabarse, y así puede alcanzar popularidad.

El Mito quiere al mismo tiempo desvelar la verdad y hacerla pública. Encarna la verdad como misterio. Dice el lugar en el que se encuentra la verdad, pero prohíbe la entrada a los no iniciados, ya que marca una zona tabú del escalofrío cultural y de la prohibición de pensamiento y pregunta, y que sólo será traspasado por frívolos, ladrones de templos y falsos profetas.

No puede ser una cuestión de la ciencia la conservación y el cuidado de misterios, sino la búsqueda de la verdad y, en la medida en que las posibilidades ayuden, acercarse a ella. No conoce ningún tabú y no respeta zonas prohibidas a la investigación, aunque tiene presente los límites en los que permanece el conocimiento científico. El Mito como tal no es un dato científico. La imagen del pueblo como Mito del constituyente no sirve para la teoría constitucional ni para la dogmática constitucional, cuya tarea es desarrollar conceptos abstractos y modelos de pensamiento para la solución de problemas. La imagen puede ser esclarecedora, pero no puede sustituir a la solución. No da ninguna respuesta científica.

La fórmula del lenguaje, legítima en la retórica política como en la poesía, puede ser peligrosa en el lenguaje jurídico para la causa del Derecho, cuando imagen y sentido no se diferencian, cuando la metáfora se confunde con la verdad y se reduce a una simplificación horrible. En la reciente doctrina jurídica alemana muchos

¹³⁸ Confrontar la obra maestra de HANS KELSEN "Vom Wesen und Wert der Demokratie".

autores toman la Declaración del pueblo como constituyente como moneda usual de cambio. Esperan de ella la respuesta a la delicada cuestión, de dónde viene la Constitución. La vieja doctrina de la Ilustración será creída y contada como un cuento de cigüeñas para juristas crecidos.

V. LA LEGITIMACIÓN COMO OBJETO DE LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

1. *El problema de la legitimación y de la legitimidad*

Con la desmitificación no se acaba con la cuestión a la que el mito quería responder: la cuestión sobre la legitimación de la Constitución. Se dirige hacia el fundamento último de su obligatoriedad, y con ello hacia la justificación del ordenamiento estatal, que se construye sobre la Constitución y sobre el orden jurídico del Estado, que tiene su cima en la Constitución. De este modo la función afirmativa de la referencia al pueblo se hará visible. Lo que tiene de revolucionario la deslegitimación permanece oculto.

El problema de la justificación afecta tanto al ser como al deber ser¹³⁹. Referido a la pretensión de vigencia de la Constitución, es un problema normativo, por qué una Constitución merece aprobación. Se trata de una cuestión de dignidad de reconocimiento moral, su filosofía política. Referido a su eficacia, la legitimación se pregunta por la causa por la cual la Constitución tiene que ser aceptada de una manera efectiva, por aquellos a quien se dirige normativamente¹⁴⁰. Aquí se trata del fundamento del éxito de su vigencia —empírico-normativo—, allí de la fundamentabilidad de la pretensión de vigencia —axiológica—¹⁴¹.

¹³⁹ Respecto a la legitimidad como hecho y criterio normativo: HASSO HOFMANN, *Legitimität und Rechtsgeltung*, 1977, S. 11 ff. (Nachw.).

¹⁴⁰ Esta es la perspectiva de la tipología de la legitimidad de MAX WEBER (N 64), S. 159 ff.

¹⁴¹ Distinción entre eficacia y validez de una norma: A II 4.

Los dos momentos actúan conjuntamente. La justificación normativa quiere transmitir la aceptación fáctica. La aceptación fáctica a la larga no se da sin bases legitimadoras iluminadoras. Las teorías de la legitimación se retrotraen a la realidad con la esperanza de resonancia. La legitimación media entre el ser y el deber ser. Las esferas, que de otro modo se separan por una tumba, aquí se distinguen sólo a través de un Ecuador invisible, que se deja cruzar tanto en un sentido como en otro.

Si la legitimación busca el fundamento de la Constitución, se muestra la palabra “fundamento” en una significación múltiple: como el motivo para la aceptación, como el argumento que introduce la justificación y la aceptación, pero también como la base, como el cimiento sobre el que se erige la Constitución. “Fundamento” puede ser entendido de una manera genética, como el de dónde, el origen de la Constitución, pero también teleológicamente como el para qué, el sentido. Todas las cuestiones de legitimación sobre el fundamento de la Constitución desembocan en la cuestión sobre su fundamento último, más allá del cual no cabe cuestionarse, sobre el *primum principium*¹⁴².

Legitimación y legitimidad se utilizan como sinónimos en la literatura¹⁴³, aunque el uso general del lenguaje permite entrever diferencias de significado. Esto es lo importante ahora. La legitimación se completa como proceso, la legitimidad es resultado de una legitimación exitosa, la situación que hace su aparición cuando el proceso ha sido completado. La legitimación fluye de la Constitución, pero la legitimidad es algo suyo.

En la cuestión sobre la legitimación hay que diferenciar entre el objeto de legitimación y el fundamento legitima-

¹⁴² HOFMANN, S. 185, S. 11. Tipología de la justificación del Estado desde un último principio, y dentro del mismo también la justificación desde el estado: JOSEF ISENSEE, Staat, en: *Staatslexicon* (hg. Von der Görres-Gesellschaft), Bd. 5, 1989, Sp. 133 (146 ff.).

¹⁴³ Es válido también para HASSO HOFMANN, Legalität, Legitimität, en: JOACHIM RITTER/KARLFIRED GRÜNDER (Hg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 5, 1980, Sp. 161 (163 f.). Begriffsgeschichte: THOMAS WÜR滕BERGER, *Die Legitimität staatlicher Herrschaft*, 1973.

dor. El fundamento debe quedar fuera del objeto. Así la autoridad se legitima “por otros valores y ordenamientos, de los que se deriva, o por factores integradores por los que una comunidad puede ser gobernada, que ya han servido de fundamento, y que seguirán haciéndolo”¹⁴⁴. Lo que el fundamento tiene en sí mismo, lo que existe incuestionado e independiente, es algo que no necesita de justificación y tampoco es capaz de ello. Esto es en la teología del Estado constitucional la persona del ser humano, en su sentido, su dignidad y su libertad. No conoce ningún fundamento que quedase fuera de sí misma (si omitimos la fundamentación religiosa que queda más allá del horizonte secular del Estado constitucional).

La Constitución no se legitima a sí misma y tampoco contiene la base de su legitimidad. Al mismo tiempo cabe preguntarse si hace referencia a un fundamento determinado o deja entreverlo.

2. La visión interna del Derecho Constitucional

A) *Origen autocertificado de la voluntad del pueblo*

La Constitución define su pretensión jurídica de validez. A la misma pertenecen el comienzo temporal y el fin de la vigencia, el alcance personal, espacial y objetivo, la intensidad normativa. Todo esto es sustancial para las normas jurídico-constitucionales, cuya interpretación es materia de la jurisprudencia y cuya exposición sistemática es cuestión de la dogmática.

Por el contrario la Constitución no puede garantizar por sí misma el éxito de su vigencia. La base de su validez no está a su disposición. Al mismo tiempo puede evidenciar cómo se ve fundamentada y qué legitimidad ansía. Este es el sentido de las declaraciones que se pueden encontrar frecuentemente en los Preámbulos y en las Disposiciones finales, en las que se afirma que la Constitución

¹⁴⁴ SMEND (N 97), S. 150.

presente surge de la voluntad del pueblo y gracias a su poder ha sido decidida en virtud del poder constituyente que le atañe. La Norma máxima nombra el fundamento sobre el que quiere apoyar su pretensión de validez. Espera que ésta sea aceptada por los receptores. Pero ni quiere ni puede obligar a nadie para que crea en su referencia derivada. No está en su poder generar la pretendida legitimación. Por otra parte, un artículo de la Constitución no se sitúa por encima de los demás si habla del poder constituyente del pueblo. El tema no nace sacrosanto. Una disposición tal puede ser, como todas las demás, revocada a través de la pertinente modificación constitucional¹⁴⁵.

La invocación al pueblo como constituyente, como se encuentra en el Preámbulo de la Ley Fundamental, no habla del origen histórico, incluso cuando cita las circunstancias históricas, en las que se anuda su comprensión. La autorreferencia no se afirma ni se contradice por pruebas históricas. La intención de legitimidad pertenece al reino del deber ser. El criterio de lo verdadero no tiene lugar aquí. Cuando la Ley Fundamental en su Preámbulo se refiere a la decisión del pueblo alemán, su pretensión de legitimidad no se derriba con el pretexto de que el pueblo alemán no puede ser considerado como origen, porque en el momento del surgimiento de la Ley Fundamental ni tenía capacidad de obrar ni era libre¹⁴⁶.

B) *La tesis de la legitimación democrática de la Constitución*

Una respuesta jurídico-positiva a la cuestión de la legitimación se indica en el topos interpretativo de la

¹⁴⁵ ULRICH STOROST, Legitimität durch Erfolg?, en: *Der Staat* 30 (1991), S. 537 (542, 545 f.); MAHRENHOLZ (N 19), S. 33; WAHL (N 89), S. 475 ff.

¹⁴⁶ En este sentido se designará el recurso a la Constitución como una triquiñuela doctrinal (“schriftliche Lüge”) HANS-PETER SCHNEIDER, en: *Der Spiegel*, Heft 33/1990, S. 19; WAHL (N 89), S. 47; como formulación conducente al error (“irreführende Formulierung”) (WAHL, aaO.); como mentira vital (“Lebenslüge”) (MICHAEL SACHS, Das Grundgesetz im vereinten Deutschland, en *JuS* 1991, S. 985 (990). En general respecto a la teoría del nacimiento defectuoso véase: B V 2 b.

legitimación democrática, que la Ley Fundamental ha alcanzado a través del constituyente¹⁴⁷. La legitimación democrática que hace referencia a la Ley Fundamental no debe ser confundida con la legitimación que por su parte exige para el ejercicio del poder estatal constituido.

De acuerdo al principio jurídico-constitucional por el cual todo poder estatal surge del pueblo (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG), debe poder reconducirse todo ejercicio de las funciones estatales a la voluntad del pueblo como su única base legitimadora. El pueblo otorga su legitimación de una manera inmediata a través de las elecciones y las votaciones o mediatisada a través del sistema representativo de separación de poderes. El ejecutivo y el judicial deben apoyarse en la legitimación personal, a través de las actas electorales o de los nombramientos, y en la legitimación objetiva, como se transmite a través de la Ley¹⁴⁸. Del mismo modo la Constitución permite que la legitimación personal y objetiva del ejecutivo no alcance su nivel habitual, en ámbitos funcionales particulares, como el poder exterior y la reglamentación autónoma de la administración. Propiamente no habría que hacer demasiados aspavientos por estas anomalías, porque la Constitución que dicta una regla, tiene que proveer con excepciones; el principio de la separación de poderes da testimonio con sus modificaciones y rupturas en la Ley Fundamental. Aunque una parte de la doctrina, incluida la del Tribunal Constitucional, no quiere conformarse con el supuesto déficit de legitimación. Intentan equilibrarlo a través de una legitimación democrática de segundo orden, que parte del mismo constituyente; éste se la traslada a la Constitución y ésta la transmite a los órganos ejecutivos constituidos por él, de donde fluye hacia las instituciones, que son objeto de la regulación jurídico-constitucional (legitimación institu-

¹⁴⁷ OSSENBUHL (N 88), S. 197 ff.

¹⁴⁸ Cfr. BVerfGE 83, 60 (71 ff.). Una explicación global ofrece JESTAEDT (N 82), S. 265 ff., 301 ff. (Nachw.).

cional), y en las funciones que ellos ejercen (legitimación funcional)¹⁴⁹.

La legitimación que se transmite a través de la Constitución recurre al pueblo como constituyente, mientras que la legitimación que se exige por la Constitución, se deriva del pueblo constituido, del cuerpo electoral. El sujeto referente (o en todo caso su agregado jurídico-constitucional) no es idéntico por lo tanto. Ante todo es diferente la cualidad jurídica del modo de legitimación. En el primer caso aparece una fundamentación metajurídica, en la segunda un imperativo jurídico-positivo de la Constitución, el principio del Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG. Este principio constitucional que se refiere a la actuación del Estado sometida a la Constitución, será datado de manera previa en la fase constituyente y proyectado desde el poder constituyente, de modo que la Constitución puede acreditar de una manera democrática y legítima el fundamento de validez de la necesaria legitimación democrática¹⁵⁰. El principio constitucional por el que todo poder estatal parte del pueblo, ha mantenido un vástago crípto-jurídico-naturalista de su contenido, ya que también el poder constituyente parte del pueblo. La jurídico-constitucional genuina debe ser estrictamente diferenciada de la nueva significación meta-jurídica¹⁵¹. Como una consecuencia jurídico-positiva de la reduplicación del principio de legitimación puede acreditarse como democráticamente legitimado un actuar estatal permitido. Si no son suficientes la elección parlamentaria y la voluntad popular transmitida parlamentariamente, saltará a la brecha el pueblo como constituyente con su legitimación funcional e institucional. Permanece en la os-

¹⁴⁹ BVerfGE 49, 89 (125); 68, 1 (88, 109); 83, 60 (72). Representante literario de la interpretación: OSSENBÜHL (N 88), S. 196 ff.; BÖCKENFÖRDE (N 85), 22 Rn. 15; EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Der Rechtstaat*, en: *HStR* Bd. I. 1987, 24 Rn. 52; ALBERT JANSEN, *Über die Grenzen des legislativen Zugriffsrechts*, 1990, S. 31, 230 ff. Análisis crítico: JESTAEDT (N 82), S. 277 ff.

¹⁵⁰ La legitimación democrática (o legitimidad) de la Constitución es un tópico común en la doctrina de la Teoría del Estado. Cfr. BÖCKENFÖRDE (N 36), S. 9.

¹⁵¹ Una distinción exacta de los niveles de significación y una crítica dogmática a la duplicación del imperativo de legitimación: JESTAEDT (N 82), S. 156 ff., 276 ff.

curidad el cómo debe fluir la legitimación desde el origen prepositivo de la Constitución hacia las funciones particulares del ejecutivo, mientras el Parlamento debe conformarse con la legitimación “simple” derivada de la elección popular.

El recurso al *pouvoir constituant* como tapagujeros legitimador emborrona la situación jurídica. Es superfluo, porque el Derecho Constitucional vigente, que introduce el principio de la legitimación democrática, también puede atenuarlo y adaptarlo a circunstancias particulares. Con esta significación resuelve la jurisprudencia clásica las creaciones artificiosas de la legitimación funcional e institucional.

C) *La irrelevancia jurídica del poder constituyente*

La Ley Fundamental toca el tema del poder constituyente cuando en la Disposición final del Art. 146 regula las condiciones de su sustitución por una nueva Constitución, bajo las que la Ley Fundamental retira su pretensión de validez y se dispone para la abdicación legal. La cláusula derogatoria —sometido a que todavía sea hoy válida¹⁵²— se mantiene dentro del programa normativo posible de la Constitución, porque contiene la autorización para un actuar futuro y al mismo tiempo marca el fin temporal de la pretensión de validez jurídica.

Como una Constitución federal la Ley Fundamental contiene regulaciones para el constituyente de los Länder. La garantía de la autonomía constitucional conforma una auténtica norma competencial, y es más, de la competencia exclusiva de los Länder de poder dotarse de una Constitución. Las premisas de contenido que la Ley Fundamental establece a favor de la homogeneidad del conjunto del Estado, forman directivas jurídicas del ejercicio competencial. Aquí se muestra la Constitución como la Ley

¹⁵² En realidad la cláusula de sustitución está obsoleta desde la Reunificación: ISENSEE (N 44), 166 Rn. 48 ff. (Nachw.).

Fundamental de todo el Estado, que supone la base de las Constituciones de los Estados federados¹⁵³. Estas pueden por tanto derivarse de un Derecho superior, en contraposición con la Constitución federal. No se encuentra con la aporía del comienzo. Aquí no aparece un poder constituyente originario¹⁵⁴.

Poder constituyente originario se da únicamente en el Estado global. En este nivel no se le puede calificar como competencia¹⁵⁵, porque no está jurídicamente constituido y no es jurídicamente constituable. Sólo hay competencias para unidades de organización constituidas del poder del Estado, a las que el ordenamiento jurídico responsabiliza de determinadas tareas para su ejecución exclusiva¹⁵⁶.

El poder constituyente (originario) no es objeto de regulación para la Ley Fundamental. En todo caso puede razonar sobre su origen, pero no puede disponer nada él. De aquí que no haya ninguna norma jurídica sobre el *pouvoir constituant* en la Ley Fundamental. El poder constituyente de esta forma no es un concepto límite del Derecho constitucional, sino un concepto que hay que situar más allá de los límites del Derecho Constitucional. El resultado: la base de la Constitución no pertenece al Derecho Constitucional¹⁵⁷.

¹⁵³ La Ley Fundamental tiene una doble función, en la medida en que supone la Constitución del Bund como Estado centralizado, por otra parte es la Constitución global, que es vinculante de igual manera tanto para el Bund como para los Länder, ya que determina la autoridad competencial para determinar las atribuciones de cada uno. ISENSEE, 98 Rn. 84, 227. La trama teórico-constitucional la desarrolla KELSEN (N 27), S. 208.

¹⁵⁴ En todo caso se puede hablar aquí en un sentido análogo de un *pouvoir constituant* Respecto al concepto: STERN (N 7), S. 208.

¹⁵⁵ MURSWIEK (N 7), S. 236 ff.; ders., Maastricht und der Pouvoir Constituant, en: *Der Staat* 32 (1993), S. 161 (171 f., 174 ff., 189).

¹⁵⁶ Respecto al concepto de la competencia HANS J. WOLFF/OTTO BACHOF, *Verwaltungsrecht*, Bd. II, 1976, S. 9 f., 12 f.; MARKUS HEINTZEN, *Die Kategorie der Kompetenz im Bundesstaat*, *Habilitationsschrift*, Bonn 1994, Typoskript, S. 119 ff. (Nachw.).

¹⁵⁷ Sin embargo en el título del artículo de BÖCKENFÖRDE “Un concepto límite del Derecho Constitucional” (“Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts”) (N 36), S. 8 f.

3. *La visión externa de la Teoría de la Constitución*

La legitimación de la Constitución no es objeto de la interpretación de la Constitución, que se mueve dentro del sistema jurídico-constitucional, sino de la Teoría de la Constitución, que lo contempla desde fuera. El observador externo, que no penetra en el sistema, sino que mantiene la distancia, observa la especial necesidad de legitimidad de la Constitución, que surge de su particular carácter normativo. Como norma máxima no puede apoyarse en otra norma. Dirigida a los máximos órganos del Estado, no encuentra un garante superior y depende de la obediencia voluntaria. Según el rango la máxima, según el contenido la más pobre de las normas en los peldaños del sistema jurídico. Ocupada de penetrar la vida del conjunto del Estado y de guiar el ordenamiento jurídico estatal, necesita en su abstracción y apertura de la complejión y ejecución jurídica. Contiene las reglas para la producción jurídica, pero su propia creación se completa más allá de toda regla.

La Teoría de la Constitución se enfoca sobre todo a la eficacia de la Constitución; la pretensión de vigencia jurídica queda postergada. De ese modo los factores extrajurídicos de los que depende el éxito de la vigencia cobran relevancia. También son relevantes las consecuencias que se extraen de la praxis constitucional: el desarrollo de la Constitución material, la continuidad y el cambio.

En concreto el problema de la legitimación se plantea para una Constitución determinada, pero también como tipo para el ordenamiento del Estado constitucional.

4. *El Richtpunkt de la legitimación*

A) Determinabilidad del éxito de la vigencia

El *Richtpunkt* de la legitimación es el éxito de vigencia de la Constitución¹⁵⁸. No hay ninguna garantía fáctica ni

¹⁵⁸ De manera acertada HERMANN HUBA, Das Grundgesetz als dauerhafte gesamtdeutsche Verfassung-Erinnerung an seine Legitimität; en: *Der Staat* 30 (1991), S. 367 ff.

jurídica para el éxito. A diferencia de las leyes ordinarias la Constitución no encuentra ningún punto de anclaje en un régimen procedural predeterminado. La legitimación convencional procedural retrocede¹⁵⁹. Si una Constitución cuaja, depende de la asunción efectiva a través de sus receptores, que son los ciudadanos en sus diferentes papeles y relaciones, como individuos y como miembros del pueblo, como particulares y como detentadores de organización estatales y sociales. Una Constitución que garantiza a los ciudadanos una libertad tanto política como particular, sólo puede ser asumida libremente. La coacción estatal no puede, vista en su conjunto, sustituir la libre donación.

Esto converge en la respuesta que a la cuestión sobre el fundamento general de validez del Derecho ofrece la Teoría del reconocimiento, a diferencia de la respuesta que da la Teoría de la coacción¹⁶⁰. De hecho la doctrina sobre el poder constituyente será sustituida por la teoría del reconocimiento, que se adapta a las particularidades de la Constitución.

B) *Permanencia de la necesidad de aceptación*

Una Constitución no se implanta a través de *uno actu*. Su éxito no es nunca definitivo o indiscutido. Debe ser continuamente renovado, en el plebiscito diario de la vida social y estatal, de modo que la eficacia de la Constitución no se seque y desaparezca.

Mientras que la pretensión de vigencia de la Constitución se puede afirmar de una manera idéntica e inamovible en el transcurso del tiempo, la eficacia se somete a una evolución histórica. Puede moverse y puede paralizarse, puede crecer y encoger, fijarse o diluirse.

¹⁵⁹ Cfr. NIKLAS LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 1975.

¹⁶⁰ Respecto a la teoría del reconocimiento como fundamentación de la validez jurídica: RADBRUCH (N 20), S. 176 ff.; HEINRICH HENKEL, Das Problem der Rechtsgeltung, en: *Gedächtnisschrift für René Marcic*, 1974, S. 63 (66 ff.); HOFMANN, S. 32 ff.; ders.; Gebot, Vertrag, Sitte, 1993, S. 30 ff.

C) *Perspectiva ex post*

La eficacia de la Constitución se decide aquí y ahora. El *plébiscite de tous les jours* sobre la aceptación tiene en rasgos particulares una semejanza con el del *pouvoir constituant*, como el Abbé Siéyès lo dibujó: soberano, irresponsable, no sometido a regla alguna, tampoco a las auto-impostas, capaz igualmente para aceptar el ordenamiento existente como para rechazarlo. Aunque el *pouvoir constituant* esté de acuerdo a la doctrina clásica situado fuera de la Constitución. Por el contrario el proceso de aceptación se completa bajo la vigencia de la Constitución y en su marco. No se trata del origen y de la validez, sino de la confirmación y eficacia de la Constitución. La doctrina clásica observa al *pouvoir constituant* desde un punto de vista *ex ante*. La legitimación se consigue *ex post*.

Aquí y ahora también se decide si ejercen un influjo sobre la aceptación de la Constitución las circunstancias de la historia fundacional o un ethos originario, si una legitimación tradicional permanece fresca o se vuelve insípida. El comienzo de la Constitución puede ser el momento estelar de la nación, la hora de la victoria, de la liberación, de la reconciliación. Pero puede caer en momentos de derrota, de la dominación extranjera, de la discordia. Si hay estrella u oscuridad, es una cuestión de la interpretación política. Los vencidos pueden acreditarse como liberados, y los liberados como vencidos¹⁶¹. También se dejan revisar los retratos, los mitos se dejan desenmascarar. Tanto los retratos como los mitos tienen sus coyunturas basculantes. Pero todo ello no es al final decisivo, porque depende de la aceptación actual, y ésta será determinada a través del origen de la Constitución.

Sólo desde la perspectiva *ex post* se puede contemplar la evolución de la Constitución real y material. Un ejem-

¹⁶¹ Cfr. el estudio para la autocomprendión de los alemanes: HANS JOACHIM ARNDT, *Die Besiegten von 1945*, 1978, S. 13 ff. Con otras señales se pondrá en entredicho la situación política de los alemanes de la RDA respecto a la aceptación de la Ley Fundamental en 1990.

plo puede desprenderse de la Integración europea, cuando la Unión Europea constituida convencionalmente, en este momento una “Asociación de Estados” sin cualidad de Estado¹⁶², absorbe la cualidad soberana de los Estados miembros y se desarrolla hacia un Estado federal, y por lo tanto pretende una cualidad de Estado auténtica. Los Tratados, sobre los que se ha construido la Unión Europea, no necesitaban ser modificados por causa de las regulaciones de sus fórmulas compromisorias. La metamorfosis hacia el Estado federal no debería completarse en la praxis de una manera discreta, sin que los contemporáneos lo percibiesen. El Estado federal europeo vendría —si acaso deba llegar— de puntillas. A los historiados posteriores se les dejará datar el *point of no return*.

D) Ausencia de criterio procedimental vinculante

La legitimidad actual no depende de las condiciones del origen de la Constitución. Por mucho que los iniciadores se hayan esforzado en lograr una aceptación a través de prevenciones jurídico-procedimentales de la nueva Constitución, de vincular a la ciudadanía en el proceso originario, y de entregarle la última palabra, no se basa en ello el éxito de validez. El *Menetekel* histórico es la Constitución jacobina francesa de 1792, que se presentó al pueblo para que la votase, y fue casi aprobada por unanimidad, para ser suspendida por la Convención, ya que así lo exigía la situación de la República, por término *sine die* y sin nunca entrar en vigor¹⁶³.

¹⁶² Cfr. BVerfGE 89, 155 (182 ff., 188 ff.); PAUL KIRCHHOF, *Der deutsche Staat in Prozess der europäischen Integration und ihren Rechtsquellen*: MARKUS HEINTZEN, Hierarchisierungsprozesse innerhalb des Primärrechts der Europäischen Gemeinschaft, en: *Europarecht* 1994, S. 35 (39 ff.).

¹⁶³ Es digno de mención el ejemplo francés en la creación de la Constitución de la IV República en el año 1946, del “ejercicio democrático del poder constituyente en la historia constitucional europea”: KALUS VON BEYME, *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes. Demokratische Doktrin und politische Wirklichkeit*, 1968, S. 39 f. (Zitat S. 39).

No hay ninguna receta procedimental para el constitucionalismo. Se trata de un pasatiempo doctrinal, si los teóricos de principios o por experiencia intentan desarrollar procedimientos “correctos” y “buenos” y cuando insisten en la elección de una Asamblea Constituyente o/y un referéndum constitucional¹⁶⁴. Obligados en tales esquemas, hubiesen sido condenados desde el principio al fracaso los movimientos democráticos de los últimos años en Rusia y en Sudáfrica. Bajo las condiciones imperantes de la realidad hubiese sido imposible el tránsito de la autocracia a la democracia. El nacimiento de la democracia se efectúa la mayoría de las veces con la asistencia de comadronas no democráticas y usando estructuras predemocráticas: legalidad prestada¹⁶⁵.

Cuando estamos frente a una experiencia incapaz de ser generalizada, donde sólo importa la situación histórica de partida, que determina el espacio de juego y sólo encuentra su camino a través de las respectivas coordenadas (necesita) la inteligencia política (*virtù*), en la que surge para la Constitución la máxima oportunidad de éxito y perdurabilidad (*fortuna*). El procedimiento iniciador, desde el punto de vista de la legitimación posterior, no es más que un ritual introductorio. Qué tipo de ritual ofrece el efector legitimador mayor y perdurable, no puede responderlo ninguna teoría constitucional. La aceptación no se deja organizar, ni la integración canalizar. El espíritu sopla donde quiere —también el del pueblo—. Las reglas y consejos generales no pueden captar el llegar a ser de la Constitución real y material, ni tampoco la génesis de aquellas decisiones políticas fundamentales que preceden a la Ley Constitucional. Si hay una teoría que haga justicia a todas las posibilidades políticas de partida, es la del Abbé Siéyès, según la cual “todas las formas son buenas”¹⁶⁶.

¹⁶⁴ WAHL (N 89), S. 478 ff.; MAHRENHOLZ (N 19), S. 39 ff.; SCHNEIDER (N 19), 158 Rn. 27 ff.

¹⁶⁵ Según VON BEYME casi todas las Constituciones de la historia han surgido de una forma oligárquica.

¹⁶⁶ Vid. B III.

Como no importa el origen, no es perjudicial para el contenido de una Constitución democrática el que se impute a una élite auto-legitimada, sea otorgada por un Monarca o por una fuerza colonial o de ocupación. Las reglas democráticas, que tienen validez gracias a la Constitución, no tienen un efecto retroactivo sobre su origen. No son un criterio de legitimidad. Si una Constitución es legítima en sentido democrático, no se decide por el autor histórico, tampoco el procedimiento de promulgación, sino el éxito real posterior: la aceptación libre de los ciudadanos. Una Constitución que se retrotraiga a un Monarca, a los usurpadores, a potencias exteriores, puede posteriormente —y todavía a tiempo— pretender la aceptación de la ciudadanía.

Así le puede acrecer el consenso a lo largo de su desarrollo a la Constitución, se quieran juzgar como se quiera las circunstancias de su surgimiento¹⁶⁷ y, por cierto, en una medida desconocida en la historia alemana en una Constitución. La asunción práctica se efectúa a través de la participación amplia en los comicios y en la opción generalizada por los partidos constitucionalistas, es más, en la percepción de la libertad como derecho fundamental y en la interiorización de los principios jurídico-constitucionales. La sociedad pluralista encuentra en la Constitución su consenso. Finalmente significa la adhesión de la RDA, también la aceptación de la Ley Fundamental. Hoy, cuando la Constitución está fundada así, podría servir un referéndum formal posterior con el propósito de sanar eventuales “vicios de nacimiento”, más bien para hacer peligrar la aceptación antes que fortalecerla, porque no serviría para tomar una instantánea del ambiente político¹⁶⁸. El consenso constitucional conseguido durante décadas se vería expuesto al aplauso temperamental. Incluso si en el día del referéndum dominase una euforia

¹⁶⁷ En este sentido HANS SCHNEIDER, *Fünf Jahre Grundgesetz*, en: *NJW* 1954, S. 937 f.; MUSSGNUG (N 128), 6 Rn. 100 ff.; HANS PETER IBSEN, *40 Jahre Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland*, en: *JöR* N.F. 38 (1989), S. 1 (9 f.).

¹⁶⁸ Crítico: ISENSEE, *Staatseinheit* (N 92), S. 58.

constitucional, no garantizaría ésta ni confianza ni pervivencia.

De manera que hay que mantener la constatación de que la legitimidad de la Constitución no se deriva del acto pasado de su promulgación, sino de su aceptación actual. Este descubrimiento ya se discierne en Thomas Hobbes: “El verdadero legislador no es aquel por cuya autoridad fueron promulgadas las leyes originariamente, sino aquel por cuya autoridad permanecen hoy como eficaces”¹⁶⁹.

E) *Legitimación por el contenido*

Cuando la eficacia de la Constitución reside en la aceptación práctica —sobre la fuerza normativa de lo fáctico¹⁷⁰, no pueden residir los motivos decisivos en el origen o en la forma del acto originario. Más bien surgen del contenido de la Constitución, en la que toman forma normativa las ideas sobre los derechos fundamentales, la democracia liberal, el Estado de Derecho social, el federalismo. En la Teoría del Derecho se ve representada la tesis general por la que no se puede extraer de la legitimidad del acto creador la consecuencia de la legitimidad de la pretensión del deber ser de la norma; éste no se deja fundamentar abstractamente por el contenido de la norma¹⁷¹. Respecto a esta tesis surgen dudas en la medida en que se refiere al Derecho ordinario, que en el procedimiento de elaboración normativa encuentra una base formal de su pretensión de validez¹⁷². La Constitución no se apoya en una base semejante. No le queda otra posibilidad que acreditarse a través de su contenido: a través de las ideas y las instituciones que la hacen suya. El contenido justifica, en la me-

¹⁶⁹ “For the Legislator is he, not by whose authority the Lawes were first made, but by whose authority they now continue to be Laws” (THOMAS HOBES, *Leviathan*, London 1651, Part 2, Chap. 26, n. 5 (139), Reprint Oxford 1952, S. 206).

¹⁷⁰ GEORG JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 1914, S. 337 ff.

¹⁷¹ En contraposición con HANS KELSEN: HENKEL, S. 77.

¹⁷² Cfr. HOFMANN, S. 31, 47 ff., 53 ff.

dida en que merece aprobación; sirve para que aquella encuentre una aceptación efectiva.

VI. IDEAL LEGITIMADOR: UNANIMIDAD - PRAXIS LEGITIMADORA: CONSENSO

1. *Legitimación de la Constitución por unanimidad*

A) *Ninguna legitimación por mayoría*

Hay que diferenciar de la eficacia de la Constitución, que proviene del consentimiento existencial, la justificación teórico-constitucional. La Teoría de la Constitución se encuentra con la tarea de derivar de un determinado principio superior la Constitución liberal. El hilo de pensamiento debe soportar los criterios de la plausibilidad y de la lógica. Por el contrario la praxis legitimadora, el plebiscito constitucional, será medido por el resultado real. La justificación que otorga una Teoría de la Constitución, se realiza de acuerdo al modelo. El modelo se abstrae de la contingencia de la realidad social. Pero no se abstrae de la dialéctica teórica, en la que la doctrina del poder constituyente se haya inmersa, tampoco del dilema del principio mayoritario.

El principio mayoritario, la regla de decisión típica de la democracia, no sirve como *primum principium* de la justificación. Ya que el principio mayoritario necesita a su vez de justificación, que no se puede otorgar por la decisión mayoritaria. Esta necesita de nuevo de una fundamentación. El auténtico problema legitimador no reside en que la mayoría imponga su voluntad, sino en que la minoría se pliegue a esa voluntad y la reconozca como voluntad general. Frente a este problema naufraga toda la doctrina del Derecho del Estado, el de derivar la vigencia de la Constitución de una decisión mayoritaria del pueblo o de una Asamblea elegida por él, y el de acreditar el principio mayoritario como una regla apriorística del constitucionalismo.

Cuando la Constitución debiera deducirse de un acto de voluntad¹⁷³, éste no debiera ser la voluntad de la mayoría, sino que debiera proceder de la voluntad de todos los miembros de la comunidad. Sólo la unanimidad es apta como fundamento de validez, porque en ella la libertad del individuo alcanza una vigencia irrestricta. La libertad individual forma el último eslabón de la cadena de la legitimación, porque subsiste por sí misma y no puede ser derivada más allá del horizonte terreno.

El principio de la unanimidad tiene una dimensión supra-individual. Esta alcanza hasta la formación de la voluntad corporativa de la sociedad estatal. Sólo aquellos individuos que pertenecen a ésta, pueden hacer valer su voz. En la misma medida habrá ya una consorcio estatal definido por sus miembros, un pueblo estatal. La unanimidad tiene dos clases de sujetos: los *Singuli* y el *Populus*, al que los *Singuli* pertenecen.

El principio mayoritario jurídico-constitucional encuentra su legitimación preconstitucional en la unanimidad. Si en el momento del comienzo de la democracia todos los particulares están de acuerdo en que la mayoría decide, puede y debe cada particular dentro del sistema así fundado de decisión democrática, cuando su voto sea desplazado por el de la mayoría, la decisión de la mayoría aceptarla como propia y adscribírsela, si actúa de una manera consecuente y razonable¹⁷⁴. Con ello no hay que excluir que la voluntad de la mayoría organizada contradice a la voluntad del particular. Esta divergencia se calculará previamente. Pero hay que partir de la concordancia básica sobre las reglas, según las cuales se lleva a cabo la formación de la voluntad estatal y se realiza la decisión estatal vinculante.

¹⁷³ En esta relación sólo se toma en consideración una legitimación voluntaria, pero no intelectual. Vid. A III.

¹⁷⁴ Hay que distinguir de la legitimación (externa) de la Constitución (con contenido democrático) la legitimación interno-constitucional de la democracia como principio constitucional inclusive en su regla de decisión. La legitimación interno-constitucional del principio mayoritario se presta para KELSEN sobre las premisas de la libertad e igualdad de todos (Vom Wesen, S. 53 ff.).

B) *El contrato social como figura de legitimación*

El Abbé Siéyès parte no sin fundamento de la doctrina del contrato social, como se propuso por la filosofía del Estado en el siglo del XVII y XVIII, para derivar la forma y el contenido de la dominación estatal de la voluntad del individuo y para justificarla frente a su libertad. El modelo de pensamiento del contrato social alcanza una estructura bien diferenciada con Samuel von Pufendorf, que distingue tres escalones¹⁷⁵:

- en el primer escalón el *pactum unionis*, en el que el ciudadano futuro se vincula uno con otro, de particular a particular (“*singuli cum singulis*”) en una asociación duradera y para reunirse en el pueblo del Estado;
- en el segundo escalón la fijación unánime de la forma de gobierno, el “*decretum*” o “*constitutum*”, en la terminología moderna: el auténtico constitucionalismo;
- en el tercer escalón la institución del gobierno a través del “*pactum subiectionis*”, en el que los futuros mandatarios y los futuros súbditos se ponen de acuerdo para que unos se obliguen al cuidado de la seguridad y el bien común, otros para la obediencia debida; también se trata de constituir los órganos del Estado.

En los tres escalones se perfila la distinción entre tres magnitudes: la de la comunidad estatal, la de la Constitución y la de los administradores. Estos se corresponden con tres actos creativos contractuales, que se presentan en el tiempo acumulativos; cada posterior viene condicionado objetivamente a través del anterior.

Para Pufendorf el surgimiento del Estado de los contratos pasa por un suceso histórico. Del mismo modo que acepta como probado que todo Estado ha tenido un co-

¹⁷⁵ SAMUEL VON PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo*, Lund 1672, Liber VII, 2. HANS WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, 1958, S. 58 ff.

mienzo, también está seguro de que en el surgir del Estado los contratos al menos tuvieron que ser cerrados de una manera tácita¹⁷⁶. Hoy ya no es el modelo del contrato social una hipótesis histórica aceptable, al igual que la del mito del pueblo como constituyente. Pero conserva la doctrina del contrato social una significación como teoría legitimadora individualista, que reconstruye el Estado, la Constitución y el Gobierno desde la voluntad del particular¹⁷⁷. En todo caso supone un *modus* teórico para la fundamentación del ordenamiento estatal.

2. *La experiencia histórica:* *Constitución como entendimiento y contrato*

La historia muestra como las Constituciones surgen de la unión de las fuerzas políticas, que determinan sobre el destino del bien común, que pueden decidir sobre el mantenimiento o la separación, sobre la paz o sobre la guerra civil. Deben entenderse entre sí y encontrar un equilibrio en todos los sentidos. Este proceso será perceptible si el documento constitucional mantiene la forma de un contrato, como era habitual en épocas pasadas, un contrato entre los señores del país y los estamentos, del que son representativos la Magna Charta y el Tübinger Vertrag¹⁷⁸. Constituciones acordadas pueden también ser acordadas entre los poderes externos e internos del ente común,

¹⁷⁶ PUFENDORF (N 229), 8.

¹⁷⁷ La economía nacional americana adapta, en el sentido de la Teoría Económica, las doctrinas clásicas del contrato social para la Constitución. Un ejemplo lo ofrece JAMES BUCHANAN, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor 1962 (conjuntamente con GORDON TULLOCK); ders., *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*, Chicago 1975; ders., *Freedom in Constitutional Contract: Perspectives of a Political Economist*, College Station and London 1977. En este sentido ERICH HOPPMANN, *Ökonomische Theorie der Verfassung*, en: *Ordo* 38 (1987), S. 31 (33 ff.).

¹⁷⁸ Respecto al contrato como forma de la Constitución: ZWEIG (N 34), S. 29 ff. (*Constitución como contrato para la paz*); SCHMITT (N 3), S. 61 ff.; GERHARD OESTREICH, *Vom Herrschaftsvertrag zur Verfassungsurkunde*, en: RUDOLF VIERHAUS (Hg.), *Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze*, 1977, S. 45 ff.; HOFMANN (N 141), S. 271 ff.

como en suelo alemán la Westfälische Friede y el Reichsdeputationshauptschluss.

El momento contractual se obscurece desde que el documento constitucional culmina como es habitual en una Ley, “Constitución” como es habitual desde el siglo XVIII. La forma de Ley corresponde a la decisión mayoritaria y a la pretensión de vinculación a una autoridad unitaria. Pero la forma no puede desmentir que el contenido sea por regla la obra de procesos de entendimiento y compromisos entre todas las fuerzas que son capaces de implantar la unidad política, garantizarla y proclamarla. De este modo a la fundación del Deutsches Reiches en 1871 y la promulgación de su Constitución, que decidió el primer Reichstag, les precedieron los Acuerdos de Noviembre entre el Norddeutsche Bund dominado por Prusia y los Estados del sur de Alemania: aquí se puede hablar de una Constitución acordada¹⁷⁹. La reunificación alemana a través de la declaración unilateral de la RDA —con la consecuencia jurídica de la asunción de la Ley Fundamental— fue preparada y fundada a través de varios Tratados entre los dos Estados alemanes. El Tratado sobre la Unión monetaria, económica y social tuvo para la RDA en los últimos meses de su existencia estatal el significado de un documento constitucional. El cambio interno de la RDA se puso en movimiento a través de las conversaciones entre los representantes de la revolución y del gobierno en una mesa redonda. La mesa redonda pasa desde entonces como símbolo de un constitucionalismo de entendimiento.

El rechazo de Sudáfrica al sistema de apartheid y la construcción de la democracia para el conjunto de la población se efectuó de 1990 a 1994 como consecuencia de los acuerdos y el entendimiento entre los grupos de población que anteriormente estaban separados y enfrentados políticamente por símbolos racistas. La meta era que estos grupos se reencontrasen de modo que pudiesen fundar la unidad política de la nación sudafricana, como base de la

¹⁷⁹ En este sentido ERNST RUDOLF HUBER, Das Kaiserreich als Epoche verfassungsstaatlicher Entwicklung, en: *HStR* Bd. I, 1987, 2 Rn 7, 9 ff., 11 ff.

libertad democrática y de igualdad entre todos los ciudadanos, más allá de las diferencias de raza o étnicas. Para ello era imprescindible que se reconciliasen los hasta entonces enemigos, que se equilibrasen sus contrastes, que se proscribiese el temor de unos a otros a través de seguridades jurídicas, postulando la confianza en el futuro de todos los sudafricanos, sin desplazar hacia la desesperanza a ninguna parte de la población, y sin hacer peligrar la situación de desarrollo única en todo el continente de Sudáfrica, la capacidad económica y el nivel de civilización, y aportando la cultura jurídica de la hasta ahora clase dominante en el ordenamiento común. Las posiciones encontradas negociaron en la mesa redonda reglas para la convivencia. En primer lugar se unieron en los principios fundamentales de la Constitución, que encarnaban la decisión-global, la Constitución positiva en el sentido de Carl Schmitt¹⁸⁰, así como los detalles de la Ley constitucional para el período transitorio. Aunque al principio se buscaba el equilibrio entre las dos potencias más importantes, la del gobierno “blanco” del presidente de Clerck y la del movimiento más fuerte de liberación “negro”, liderado por Mandela, con posterioridad participaron otros grupos que fueron ganados para el logro del equilibrio a través de concesiones constitucionales posteriores, como el Inkatha Party del líder zulú Buthelezi. Para el llegar a ser de la nación fue decisivo que las fuerzas contrarias que se habían reunido en un frente opositor, estuviesen dispuestas a participar en los primeros comicios constituyentes.

3. La reducción pragmática de la teoría: Constitución por consenso

A) Necesidad práctica de un consenso constitucional

La idea mental del contrato social no se deja aplicar hoy sin más a la legitimación de la Constitución. La repre-

¹⁸⁰ Los principios constitucionales del 2 de Julio de 1993 en los que se unieron los delegados de 26 partidos y organizaciones en un foro negociador, no sólo

sentación ideal de que todo particular alguna vez ha estado de acuerdo en determinadas cuestiones básicas es algo ajeno a la realidad. Tampoco puede englobar un consenso constitucional tan profundo y amplio a todos los individuos y a todos los grupos. Esto es inevitable a la vista de la naturaleza social antagónica del ser humano. En el residir peligro y desafío, impulsos a la destrucción así como al desarrollo. El ser común estatal no puede esperar a su desarrollo, hasta que englobe hasta el último de los disidentes. Ya que sólo es capacidad de obrar cuando está constituido, es decir, cuando se dispone de una Constitución en el sentido material. Su capacidad de obrar, su vida como Estado, no permite que se suspenda o se detenga temporalmente, hasta que se acabe con los precarios procesos de unificación.

Cuando tampoco se alcanza la unanimidad bajo las condiciones de la libertad individual y del pluralismo, hay que pretenderla tan lejos como sea posible. El ideal de la unanimidad se verá reducido al principio menos pretencioso y menos preciso del consenso¹⁸¹.

La Constitución sólo es capaz de vivir si encuentra el consenso, es decir: si y en la medida en que las fuerzas políticas relevantes del ser común la porten. Ningún grupo esencial en número o en peso debe quedar fuera, excluido o debilitado, si la Constitución quiere mantener un fundamento sólido. Se sustenta en la medida que los partidos

determinan la Constitución de transición, sino también la Constitución definitiva, que debía entrar en vigor en el primer período de legislatura. El Tribunal Constitucional las impondrá respecto a las disposiciones constitucionales presentes y futuras.

¹⁸¹ Según ULRICH SCHEUNER presupone una Constitución democrática “un ordenamiento preexistente, una unidad previa y permanente, en la que los miembros de la comunidad se han unido en unos principios comunes y en este marco se han sometido a la decisión de la mayoría” (*Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie*, en: RHEINISCH-WESTFÄLISCHE AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN (Hg.), *Vorträge G* 191, 1973, S. 54). Respecto al condicionamiento previo de la democracia también BÖCKENFÖRDE (N 85), 22 Rn. 63 ff. Respecto a la necesidad de consenso ULRICH SCHEUNER, *Konsens und Pluralismus als verfassungsrechtliches Problem*, en: GÜNTHER JAKOBS (Hg.), *Rechtsgeltung und Konsens*, 1976, S. 33 ff.; JOSEF ISENSEE, *Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens*, en: *NJW* 1977, S. 545 ff.; HOFMANN (N 185), S. 87 ff.

y los ciudadanos participan en el juego de la democracia y aceptan las reglas jurídicas de la misma, las reglas de la competencia de fuerzas, del ejercicio del poder, de la limitación del poder y de su alternancia. La lealtad básica democrática es el revés del antagonismo político que libera la democracia. Lo mismo es válido para los derechos fundamentales. A ellos corresponde la expectativa de que los particulares perciban la libertad jurídicamente garantizada con sentido ciudadano, con una disposición para el respeto de la libertad de los otros, siendo conscientes de los requerimientos de la convivencia estatal¹⁸².

B) *Dependencia de la Constitución de la unidad estatal*

El nuevo inicio revolucionario de la Constitución puede anudarse a unas determinadas estructuras estatales. Presupuesto es que el pueblo estatal se mantenga congregado no sólo a través de una coacción estatal y una mera vinculación jurídico-formal a la nacionalidad, que se constituirá más de dentro a fuera a través de una voluntad hacia los peligros estatales y el destino de la comunidad y a través del Ethos de la solidaridad, y de este modo se mostrará como nación¹⁸³. Esta presuposición es precaria. La Unión Soviética, Yugoslavia y Checoslovaquia recurrieron después de la caída de sus despotismos socialistas a sus elementos nacionales particulares, porque decaía su consistencia nacional. Sin embargo Polonia y Hungría pervivieron incólumes la ruptura de sus dictaduras, como Estados nacionales bien fundados, sólo cambiaron sus Constituciones.

La consistencia nacional es una función previa permanente de la democracia, porque garantiza la coordenada

¹⁸² Respecto a las condiciones previas y expectativas de la Constitución ISENSEE (N 18), 115 Rn. 1 ff., 163 ff. (Nachw.).

¹⁸³ Respecto a la relevancia de la Nación y su Ethos para la Constitución: DONATA LUXEN-PYTHA, *Nation und Ethos*, 1991, S. 119 ff.; OTTO DEPENHEUER, *Solidarität im Verfassungsstaat*, Habilitationsschrift, Bonn 1992, Typoskript, S. 366 ff.; ISENSEE (N 18), 115 Rn. 105 ff.

mínima de la unidad política, de la homogeneidad y de la solidaridad, y cuya formación de la voluntad requiere del principio mayoritario. No hay ninguna democracia sin Demos, que está fortalecido a través de la voluntad de una estatalidad común¹⁸⁴.

Un pueblo estatal sin grandes diferencias sociales, étnicas y culturales puede someterse fácilmente a las reglas democráticas de la elección libre, general e igualitaria, y al principio mayoritario. Cuanto menos homogénea es la población, más difícil es la aceptación general de la democracia. Esto es válido sobre todo para minorías estructurales: grupos que se diferencian de la mayoría gracias a la cultura, la lengua, la religión, el color de la piel y otros rasgos característicos, y que parten de que en condiciones democráticas nunca llegarán a ser mayoría, siempre tendrán que someterse a la voluntad de la mayoría y deberán sentir el Estado democrático como un poder ajeno. Aquí se ponen de manifiesto dificultades en el camino hacia una Constitución democrática, pero no son obstáculos absolutos. Lo decisivo es si todos los individuos y grupos por encima de sus particularidades y contrastes aúnan su voluntad para una vida en común, y si respecto al Estado la comunidad nacional es más fuerte que las propiedades e intereses separadores.

Por otro lado puede la Constitución contribuir a posibilitar un acercamiento pacífico de los grupos y un equilibrio entre las oposiciones a través de la limitación del dominio de la mayoría y de la defensa de las minorías. Esta se hace realidad para las minorías regionales con el federalismo, para las minorías culturales y étnicas a través de

¹⁸⁴ “Cuando una Constitución debe constituir un Estado, tiene que preceder la estatalidad de los grupos que van a constituirse ... Esto significa que la decisión respecto a la estatalidad precede a la Constitución y tiene su sede fuera de la misma” (HERBERT KRÜGER, *Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen*, en: *Festschrift für Ulrich Scheuner*, 1973, S. 285 (293). De manera similar: ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, en: *Festschrift für Adolf Arndt*, 1969, S. 53 (76). Interpretación del derecho a la democracia como “espacios para la unión estatal” WALTER LEISNER, *Staatseinigung*, 1991, S. 160 ff.

las garantías de libertad colectivas. El medio principal lo forman los derechos fundamentales que garantizan libertad e igualdad a la más pequeña de todas las minorías posibles, al ser humano individualizado. Pero todo esto es efecto de una Constitución exitosa, o en todo caso de su sentido, pero no de su fundamento de vigencia.

Un pueblo estatal unido, esto se demuestra aquí, no es sólo presupuesto de la Constitución, sino también su resultado; no sólo su creador, sino también su criatura. No se muestra en el momento de la decisión sobre la Ley constitucional el si ésta promueve y fortalece la unidad del pueblo, sino a lo largo de la vida estatal. Surge así una relación de intercambio entre la unidad estatal como presupuesto de la eficacia de una Constitución, y la integración estatal como consecuencia de una Constitución eficaz.

C) *El consenso constitucional a través del actuar concluyente*

La Constitución de la libertad, que no se deja imponer por causa del Estado y tampoco sustituirse, vive del consentimiento de los ciudadanos. Esta es la auténtica fuente de alimentación del Estado constitucional. La necesidad no se satisface de una vez para siempre. Depende de si aquí y ahora el pan diario está disponible de manera suficiente, pero no de que en un tiempo anterior se pudiese vivir de una manera opulenta o de que debiese sufrir privaciones.

La vitalmente necesaria afluencia de consenso no significa una fiebre revolucionaria constitucional, un celo de convicción democrática, un éxtasis humano. El documento constitucional es una Ley estatal y no una biblia mundana¹⁸⁵. Está al servicio del ordenamiento jurídico de la vida

¹⁸⁵ Esta opinión subyace en la doctrina de la Teoría del Estado alemán y en la Ciencia Política. Puede substentarse en LUDWIG UHLAND: "Die Verfassungskunde ist eine politische Bibel" (Kurze politische Aussprüche, in: ders., Gesammelte Werke, hg. Von Walter Reinöhl, o.J., 8 Bd., S 57). Sin embargo la sacratilización de la Constitución se produce ya en la Revolución Francesa (en este sentido SCHMALE, N 33, S. 66 ff.). Respecto a la peculiar susceptibilidad de los

estatal y no para la edificación y elevación. No es un objeto de devoción, de culto, de catequesis, de predica despabiladora. No hay ninguna obligación general ciudadana, continuadora de la añeja labor escriturista protestante, de sumergirse continuamente en la Constitución y de hablar sobre ella.

El consenso constitucional es una cuestión sobria de la praxis. De él resulta que tanto los ciudadanos como las fuerzas sociales, en las que se forma, aprovechen sus oportunidades de libertad y respeten las condiciones de la libertad de todos. El consenso resulta como regla de un actuar concluyente, sin que tenga necesidad de grandes palabras. Incluso cuando el Estado constitucional, fiel a su origen de la Ilustración, se entienda como objeto del discurso legítimo y necesario, y no evite la crítica, ni la principal ni la pragmática, no necesita erigirse como tema permanente de discurso. También se puede disolver el consenso. Una Constitución vital es un componente natural de la vida. La exclusión de un debate constitucional puede ser una señal de que el Estado está en la correcta Constitución, como Schiller lo constató para el mejor Estado:

“Woran erkennt’ich den besten Staat? Woran du die beste

Frau kennst! daran, mein Freund, dass man von Beyden nicht spricht”¹⁸⁶.

VII. LA SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DE LA LEGITIMACIÓN

1. *La cuestión de la relevancia*

La legitimación de una Constitución desde el consenso prejurídico ha sido hasta ahora discutida a nivel de la Teoría de la Constitución. Permanece la cuestión de si de

alemanes y su “patriotismo constitucional”: JOSEF ISENSEE, Die Verfassung als Vaterland, en: ARMIN MOHLER (Hg.), *Wirklichkeit als Tabu*, 1986, S. 1 ff.

¹⁸⁶ FRIEDRICH SCHILLER, Der beste Staat, en: ders., *Sämtliche Werke* (Cotta), 2. Bd., 1823, S. 230.

aquí resultan consecuencias operativas para el Derecho Constitucional. Las respuestas de la doctrina del Derecho del Estado resultan controvertidas; producen un cuadro desfigurado. Del montón de opiniones dispares se extraen dos posiciones ideales:

De un lado: la cuestión sobre el fundamento de la Constitución es jurídicamente irrelevante. El Derecho Constitucional constituye un sistema en sí mismo cerrado (modelo de legalidad).

De otro lado: la Constitución se desarrolla con la sociedad, de la que parte. El fundamento prejurídico de la Constitución tiene también una relevancia jurídica. El Derecho Constitucional supone un sistema abierto (modelo de legitimidad)¹⁸⁷.

2. *El modelo de legalidad*

En el sistema cerrado de legalidad no tiene ningún influjo la base prejurídica de la Constitución ni en su contenido jurídico ni en su pretensión de validez normativa. La Constitución tiene que canalizar el proceso político jurídicamente. Por lo tanto no tiene que permitir que se la implique en este proceso. Encarna lo persistente en el cambio de las relaciones de mayorías parlamentarias, de las corrientes sociales, de las situaciones enervantes políticas. La opinión pública y el espíritu de los tiempos, dimensiones difusas, no son el criterio de la interpretación jurídica. El pueblo se articula como dimensión constituida en los comicios y elecciones e infunde legitimación democrática a la organización del Estado parlamentaria y de poderes separados. Se muestra más como fundamento de legitimación que como sujeto de dominación. La categoría del po-

¹⁸⁷ El modelo de legalidad se corresponde en lo esencial con el entendimiento previo normativista del poder constituyente, el modelo de legitimidad con el integrativo (B V 2 a, c). Las posiciones antinómicas serán contrapuestas por WALTER LEISNER según el criterio de historicidad o antihistoricidad de la Constitución (por una parte: Antigeschichtlichkeit des öffentlichen Rechts? (1968), in: ders., Staat, 1994, S. 221 (236 ff.); andererseits: (N 99), S. 263 ff.).

der constituyente queda completamente más allá del campo visual jurídico.

Dominio del pueblo significa dominio del Derecho¹⁸⁸. Pero dentro del Derecho estatal rige la primacía de la Constitución. La Ley sancionada por la representación popular sólo es válida si no contradice a la Constitución. Incluso para el Tribunal Constitucional Federal no supone ningún impedimento el que una Ley haya sido decidida por unanimidad y sin oposición, para anular la Ley a causa de ir contra la Constitución. Los órganos del Estado están también vinculados por ella aunque la obligación jurídica parezca políticamente inoportuna. El Reglamento de la Función pública del Estado Constitucional garantiza a los servidores públicos aquella distancia institucional respecto a las fuerzas sociales y a los movimientos políticos, que les coloca en situación para que puedan llevar a cabo sus obligaciones jurídico-constitucionales. Tampoco la representación popular puede liberarse de la obediencia constitucional invocando que la obediencia ya no es entendida ni aprobada por el “pueblo”. Una barrera jurídica-constitucional no se supera a través de “consideraciones de proporcionalidad político-sociales ... Tampoco podría cambiar nada el que se produjese un cambio general en las concepciones dominantes de la población —en el caso de que pudiesen constatarse—”¹⁸⁹.

La Ley Fundamental corresponde tanto en su pretensión normativa como en su dicción al modelo de legalidad. Esta concebida como Constitución rígida, que no admite rupturas o desvíos. Cuando se notan nuevas necesidades políticas en el Derecho Constitucional, éste debe ser modificado con un pretencioso procedimiento formal y expreso. La modificación no debe tocar el núcleo constitucional de los derechos fundamentales ni la organización estatal. El choque contra este tabú es ilegal desde el punto de vista jurídico-constitucional, aunque pueda parecer legítimo al

¹⁸⁸ Cfr. KRIELE (N 75), S. 49 f.

¹⁸⁹ Cita: BVerfGE 39, 1 (67) —respecto al disenso de Derecho Constitucional sobre el aborto.

observador externo. Las precauciones constitucionales de la democracia a la defensiva deben proteger al ordenamiento constitucional contra el ejercicio indebido de la legalidad constitucional¹⁹⁰. Los alemanes tienen en virtud de la habilitación expresa de la Ley Fundamental, el derecho a levantarse contra cualquiera que pretenda desplazar el ordenamiento constitucional, cuando no sea posible recurrir a otros medios (Art. 20 Abs. 4 GG)¹⁹¹. En el caso límite de que a la mayoría abrumadora de los ciudadanos les hartase la democracia, podría defenderse el ordenamiento verdadero bajo el banderín de la fidelidad constitucional y en nombre de la democracia establecer un régimen minoritario.

Como muy tarde en este punto se muestra como el Derecho Constitucional no se deja desprender de la realidad, a la que se refiere. Una Constitución de la democracia que ya no encuentra demócratas en cantidad suficiente y fuerza, pierde su eficacia y se vacía en su pretensión de vigencia.

3. El modelo de legitimidad

Aquí aparece el modelo de legitimidad. En éste se ejecuta un cambio paradigmático de la pretensión de vigencia normativa al de la eficacia real de la Constitución, y con él, el de la norma constitucional como tal hacia su percepción a través de la interpretación, ejecución y concreción.

Incluso el intérprete normativo más rígido puede hacer suya la máxima interpretativa habitual, según la cual ante varias interpretaciones compatibles con el texto, el contenido dogmático y el origen histórico tienen que dar ventaja a aquella que “despliegue una eficacia

¹⁹⁰ Respecto a los fines y medios: JÜRGEN BECKER, Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes, en: *HStR* Bd. VII, 1992, 167 (Nachw.).

¹⁹¹ Para su interpretación: HANS SCHNEIDER, *Widerstandsrecht im Rechtsstaat*, 1969, S. 8 ff.; JOSEF ISENSEE, *Das legalisierte Widerstandsrecht*, 1969, S. 13 ff.; RUDOLF DOLZER, Der Widerstandsfall, en: *HStR* Bd. VII, 1992, 171 Rn. 11 ff.

jurídica de la norma más potente”¹⁹². Esta máxima está dirigida a colaborar al éxito efectivo de la pretensión de validez jurídica. Puede también desatar la arbitrariedad del intérprete, si no se refiere al conjunto de la Constitución, sino a las normas particulares, y cuando a costa de las demás quiere conseguir la mayor efectividad. Aquí la obediencia constitucional se vuelve una cuestión de selección.

Una ambivalencia similar posee el argumento por el cual la Constitución debe integrar a los ciudadanos en el Estado. De hecho tiene la tarea de establecer, fomentar y afianzar la siempre precaria unidad del ser común¹⁹³. Esto en primer lugar es sólo un conocimiento de la Teoría de la Constitución. El exceso en la praxis constitucional consigue que, cuando la regla interpretativa derive de aquella, la interpretación de la Constitución no ponga en cuestión la situación del ordenamiento político ni la unidad, y no deba acercar al conjunto del Estado hacia la disolución¹⁹⁴. Es la adaptación del adagio “*fiat iustitia, pereat mundus*”, un límite negativo al espacio de juego interpretativo. En cambio se abrirá uno positivo cuando el exégeta utilizará sólo la Constitución como medio con la intención de fundamentar la totalidad de la vida del Estado, y para asegurar que se tomará en cuenta en el trato con la Constitución a la totalidad de todas las fuerzas vitales del pueblo, de las que depende el éxito interpretativo, y en caso de conflicto estimará en menos la vinculación jurídica a la Constitución que el éxito interpretativo primariamente abandona-

¹⁹² Así en relación a disposiciones de derechos fundamentales RICHARD THOMA, *Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze*, en: HANS CARL NIPPERDEY (Hg.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, 1929, 1. Bd., S. 1 (9). Concordante: BVerfGE 6, 55 (72). En general también KONRAD HESSE, *Die normative Kraft der Verfassung*, 1959, S. 6 ff.; HANS HUGO KLEIN, *Bundesverfassungsgericht und Staatsraison*, 1968, s. 25, 32. Crítico: WALTER LEISNER, *Effizienz als Rechtsprinzip* (1971), en: ders., *Staat*, 1994, S. 53 (59 f. und passim).

¹⁹³ Representativo: HESSE, *Verfassung* (N 102), S. 5 f. S. Auch o. B V 2 c.

¹⁹⁴ Vid. ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts*, en: HELMUT QUARITSCH (Hg.), *Complexio Oppitorum*, 1988, S. 283 (286).

do. "Dieser aufgegeben Erfolg mag dabei vom politischen Lebenstrom vielfach in nicht genau verfassungsmässigen Bahnen erreicht werden: dann wird die durch die Wertgesetzmöglichkeit des Geistes wie durch die Artikel der Verfassung aufgegebene Integrationsaufgabe trotz dieser einzelnen Abweichungen dem Sinn auch der Verfassung eher entsprechen als ein paragraphengetreueres, aber im Ergebnis mangelhaftes Verfassungsleben"¹⁹⁵.

Por encima del argumento de integración presionan en el Derecho Constitucional respectivamente las corrientes y opiniones políticas dominantes. La Ley Fundamental se abre a aquellas sobre todo en las normas abstractas, en los conceptos-esclusa¹⁹⁶, en las fórmulas de compromiso dilatorias¹⁹⁷, en las antinomias irresolutas. El Derecho Constitucional permanece con capacidad de movimiento y de adaptación por encima de las consideraciones que se verifican durante su aplicación. Ya que la Constitución dice poco sobre qué peso hay que dar a los valores a tener en cuenta en la consideración, importan los criterios más o menos subjetivos y temporales de las personas que respectivamente sirven en la balanza. Las consideraciones ilimitadas conducen a la disolución del Derecho Constitucional.

La Constitución se desarrolla en su interpretación, sin que tenga que cambiar su redacción textual y sin que las garantías institucionales de su identidad, como se recogen en el Art. 79 GG, supongan un impedimento¹⁹⁸. Permanece

¹⁹⁵ Cita: SMEND (N 97), S. 189, 190.: "Este éxito renunciado puede no ser alcanzado a través de unos cauces constitucionales muy exactos para la corriente de la vida política: entonces la función integradora renunciada tanto por la valoración normativa del espíritu, como de la función interpretativa suspendida de los artículos de la Constitución, a pesar de divergencias particularizadas corresponderá mejor al sentido de la Constitución, más que el resultado defectuoso de la vida constitucional".

¹⁹⁶ ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft, en: *Festschrift für Hans Ulrich Scupin*, 1983, S. 317 (329 f.).

¹⁹⁷ Kategorie: SCHMITT (N 3), S. 31 f.

¹⁹⁸ PETER HÄBERLE acepta como admisibles para fundamento de su entendimiento constitucional "abierto", rupturas constitucionales en un determinado volumen, haciendo un rodeo del Art. 79 Abs. 2 GG, como relajaciones de la Constitución (Zeit und Verfassung, N 106, S. 132 f.).

cercana a la evolución de la sociedad y no debe temer perder el contacto con la realidad y hacerse extraña a la sociedad. Pero se presenta el peligro de que esté sincronizada sin reservas con el espíritu de los tiempos, de manera que sea una mera imagen de las relaciones de poder políticas, e incapaz de dirigirlas y criticarlas, y que le ocurra como a Mephisto en la Walpurgisnacht: “Du glaubst zu schieben, und du wirst geschoben”.

La función del consenso social será aquí modificada. Ya no sirve como basamento de la legitimación de la Constitución, sino como su directiva. Ya no lo busca, sino que se acomoda a él.

Así queda el camino expedito para que cualquiera de acuerdo a la discrecionalidad política enfrente a la legalidad de la Constitución con su legitimidad y se pongan en entredicho las disposiciones constitucionales vigentes invocando al fundamento de la vigencia. Es sencillo apelar a un “pueblo” extra-constitucional contra la soberanía constituida del pueblo y sus actos de autoridad acreditados democráticamente. El sujeto referente es mudo. Quien quiera puede deducir su “verdadera” voluntad de la demoscopia, o escucharla en las grandes manifestaciones, o encontrarla encarnada en organizaciones de masas o en la vanguardia progresista. En una sociedad libre no se le impedirá a ningún grupo de que se vanaglorie: “nosotros somos el pueblo”. El clamor democrático de protesta contra una dictadura de partido, se traslada al Estado constitucional, deviene en divisa deslegitimadora del movimiento jacobino contra la democracia parlamentaria.

La auto-habilitación virtual general será teórico-constitucionalmente abusiva cuando se califiquen todas las manifestaciones del ser común de Constitución, cuando cualquiera sea intérprete constitucional y todo intérprete sea constituyente¹⁹⁹. Las distinciones entre legitimidad y legalidad, entre constituyente y constituido, entre Política y Derecho, entre ser y deber se abren en una totalidad integradora.

¹⁹⁹ Cfr. HÄBERLE (N 99), S. 9 ff. Vid. también B V 2 c.

4. El consenso constitucional como función

A una Constitución con una pretensión normativa fuerte como es la Ley Fundamental, le corresponde básicamente un modelo de legalidad y no de legitimidad. No permite la relativización de su pretensión de vigencia por argumentos teórico-legitimadores, como los de la integración o los del consenso. No consiente que el legislador o el Tribunal Constitucional reclamen la competencia para introducir un cambio constitucional. Esto no significa que no se dé el cambio como tal. Aunque es un fenómeno empírico-normativo, objeto de la teoría de la Constitución, pero no una habilitación jurídica para actuar. Un órgano del Estado interpreta su comprensión oficial de acuerdo a la norma constitucional, del modo que siempre se ha hecho, quizá apartándose de una interpretación anterior, pero ahora por primera vez “correcta”. El observador externo puede valorar el resultado como un cambio constitucional, la intención del actor se dirige al siempre Derecho vigente.

De la misma manera de los argumentos teórico-constitucionales genuinos de la integración y del consenso no resulta ninguna competencia o indicación para la actuación estatal fuera de la Constitución o en su contra. A pesar de ello, la Constitución sólo puede pretender y mantener la eficacia si se apoya en un consenso suficiente de la sociedad o —de acuerdo a la teoría constitucional— si desarrolla una fuerza de integración suficiente.

A la Constitución liberal se corresponde la expectativa de que los ciudadanos y las fuerzas sociales se encuentren por sí mismas en el consenso constitucional, y desde aquí en la unidad estatal. Aunque el Estado constitucional no puede, en el caso de que la expectativa no se cumpla, forzar el consenso y sustituir por sí mismo la integración. Con las precauciones jurídicas para la protección de la Constitución puede defenderse de ataques particularizados de agentes ajenos. Pero está indefensa cuando los ciudadanos en un gran número le dan la espalda, cuando la voluntad general se paraliza. La disparidad entre necesi-

dad y potestades es la esencia del Estado constitucional: es dependiente de condicionamientos que, en nombre de la libertad, no puede garantizar²⁰⁰. La Constitución de la libertad vive de las prestaciones libérrimas de los ciudadanos. Esta dependencia es la *raison d'être* del Estado constitucional. Ningún sistema de legalidad tan fuerte puede librirla de ella y conducirle a la autarquía.

Pero el Estado no está por ello condenado al fatalismo. Aunque no disponga de su propio sustento, del que la Constitución extrae su eficacia, puede colaborar a su cuidado. Los medios legítimos que están a su disposición son: actuación ejemplar de los funcionarios, formación de la opinión pública, educación escolar, cooperación con las fuerzas sociales, que están dispuestas y son capaces de comprometerse en favor de la Constitución y fomentar el consentimiento²⁰¹. Así como al Tribunal Constitucional le está vedado manejar las disposiciones constitucionales de acuerdo a la oportunidad y al espíritu de los tiempos, sí le está permitido hacer campaña a favor de sus decisiones acordes a la Constitución para el consentimiento de la ciudadanía, de manera que aquellas sean comprensibles y tengan capacidad de provocar el consenso.

VIII. SUJETOS DE LEGITIMACIÓN: PUEBLO-SOCIEDAD-CIUDADANOS

¿Dónde permanece el pueblo en el sistema de legitimación del Estado constitucional? En el centro de la doctrina sobre el *pouvoir constituant* se presenta el pueblo como su sujeto. Aunque desde la formulación de la doctrina en su forma tradicional y mitológica no se ha tratado nada del pueblo en la explicación de la legitimación de la Constitución, aunque sí de los “ciudadanos” o de la “sociedad”. Ha

²⁰⁰ ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Zur Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation (1967), en: ders., *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, S. 92 (112).

²⁰¹ Cfr. las indicaciones del Tribunal Constitucional alemán para la defensa constitucional de la vida non nata con medios no coercitivos del Estado: BVerfGE 88, 203 (bes. 261). Allgemein ISENSEE (N 18), 115 Rn. 262 ff.

permanecido sin probar, asumido en el lenguaje hablado corriente.

La cuestión (histórica o ficticia) sobre el sujeto creador no es la misma que sobre el sujeto de legitimación (real o hipotético). El primero se situará en el período previo a la vigencia constitucional, el último dentro de este período temporal. La legitimación de la Constitución, que se logra *a posteriori*, puede vincularse a la estatalidad constituida, y con ella al pueblo como la asociación de los nacionales jurídicamente organizada y con capacidad de obrar²⁰². Cuando el pueblo expresa su voluntad en los comicios y elecciones, emana su necesaria legitimación a la organización estatal vinculada constitucionalmente. Es un proceso intra-constitucional en los límites del Derecho positivo. Por encima de ésta el pueblo presta otra, una legitimación extra-constitucional, que no emana hacia los órganos estatales constituidos, sino a la Constitución misma. Se acepta como la base del ordenamiento jurídico de la formación de la voluntad estatal en la medida en la que acepta el procedimiento fijado por aquella y llena de vida las instituciones, en la medida en que opta de una manera directa o indirecta en sus decisiones objetivas y personales por partidos constitucionalistas y por una política acorde a la Constitución. Un voto democrático en el marco de la Constitución significa un voto a favor de la Constitución de la Democracia. Este voto sucede espontáneamente. Si ocurriese de otra forma, visto en su conjunto, no habría ningún recurso legal posible que, cuando el pueblo decayese en la apatía política y en la abstención de voto, cuando se abandonase a movimientos opositores a la Constitución, se conformase con un régimen autocrático o una revolución anárquica, lo que es lo mismo, cuando se sacudiese el sistema de representación.

Cuando el pueblo presta una legitimación de doble efecto, no quiere decir que también duplique su existencia y

²⁰² Respecto al concepto de pueblo de la democracia: BVerfGE 83, 37 (50 ff.); 83, 60 (71 ff.); BÖCKENFÖRDE (N 85), 22 Rn. 26 ff.; JOSEF ISENSEE, Abschied der Demokratie vom Demos, en: *Festschrift für Paul Mikat*, 1989, S. 705 ff. (Nachw.).

que actúe tanto como sujeto intra como extra-constitucional²⁰³. Una construcción tal tiene poco sentido. Es más bien el mismo pueblo, cuya voluntad se expresa en los márgenes de la Constitución y que de este modo da a conocer su voluntad respecto a la Constitución.

Aunque la legitimación democrática que emana del pueblo (constituido) se refiere sólo al ejercicio del poder estatal. No engloba a la sociedad que está frente al mismo²⁰⁴, cuyo manantial de legitimación jurídico-constitucional son los derechos fundamentales. Pero estos no son únicamente barreras estatales, sino también habilitaciones del obrar civil. Fundan un ordenamiento competencial descentralizado para el establecimiento del bien común y para la unidad del ser común. También la percepción de los derechos fundamentales permite indicar la aceptación del ordenamiento jurídico básico, en la medida en que los detentadores de los derechos fundamentales grosso modo, protegen sus derechos constitucionalmente garantizados frente a abusos, respetan los derechos de los demás y cumplen las expectativas constitucionales del uso de la libertad en favor del bien común.

Pero sólo con reparos se puede designar a la sociedad como sujeto de legitimación. La sociedad no es en contraste con el pueblo (constituido), una unidad de decisión, sino únicamente la esencia para el conjunto de los que ostentan los derechos fundamentales, de las personas físicas y jurídicas dotadas de estos, de los individuos y grupos. Sólo estos tienen capacidad de obrar y por ello son capaces de participar en el plebiscito cotidiano de la vida estatal, y afirmar la Constitución o rechazarla.

²⁰³ Crítica a una reduplicación del pueblo como sujeto del poder constituyente: STEINER (N 7), S. 214 ff., 220 ff.

²⁰⁴ Para diferenciación de Estado y sociedad: ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung individueller Freiheit, en: *Vorträge der Rheinisch-Westfälischen Akademie der Wissenschaften* Q 183, 1973; ders. (Hg), *Staat und Gesellschaft*, 1976; HANS HEINRICH RUPP, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, en: *HStR* Bd. I, 1987, 28. La sociedad se ve incluida por HÄBERLE en el conjunto de una “pluralización” dentro del acto constituyente (N 99), S. 2 ff., 15 ff.

El pueblo y la sociedad se corresponden en su existencia. Se componen de los mismos seres humanos, que como ciudadanos forman el pueblo, y que como detentadores de derechos actúan en sociedad²⁰⁵. Aunque ambos papeles se diferencian absolutamente. Los ciudadanos son miembros en una asociación jurídicamente definida del pueblo. Como tales tienen la libertad para la participación democrática en la autoridad estatal²⁰⁶. Pero a los detentadores de derechos les ataña la autodeterminación. Serán protegidos contra ingerencias de la autoridad estatal en sus intereses propios. Los derechos fundamentales sustraen materias no susceptibles de votación a la disposición de la democracia de mayorías. El Estado constitucional se basa en la ordenación polarizada entre la co-determinación democrática y la autodeterminación basada en los derechos fundamentales. El *primum principium* es la *libertas* del individuo²⁰⁷.

El pueblo está constituido de una manera igualitaria, la imagen de la sociedad de un modo plural. La libertad como derecho fundamental desata desigualdad real. Pero actualiza la pluralidad de capacidades humanas, inclinaciones y necesidades. Desata competencia y conflicto. Por ello necesita de un mínimo de convicciones comunes, para no caer en contraposiciones irreconciliables e insostenibles. La Constitución ofrece un sustrato básico de causas comunes normativos. Se decidirá en la realidad si la socie-

²⁰⁵ Excepción constituyen los extranjeros que viven en otro país, y que pertenecen a la sociedad pero no al pueblo, y los nacionales que viven en el extranjero, que pertenecen al pueblo, pero no pertenecen a la sociedad.

²⁰⁶ Respecto a la terminología: “ciudadano” y “nacional” son sinónimos. Un círculo más estrecho lo constituyen los ciudadanos con derecho de voto. La palabra “ciudadanos” se entiende hoy sobre todo en un sentido poco técnico y amplio como la cara dirigida hacia al Estado del ser humano. A la diferenciación entre ciudadano y detentador de derechos se corresponde el par conceptual de *citoyen* y *bourgeois*, siendo el primero valorado de una manera positiva mientras que el segundo lo será de un modo negativo.

²⁰⁷ Respecto a las fuentes legitimadoras internas de la Constitución y el correspondiente entendimiento de la libertad: JOSEF ISENSEE, Grundrechte und Demokratie - Die polare Legitimation im grundgesetzlichen Gemeinwesen, en: *Der Staat* 20 (1981), S. 161 ff.

dad encuentra el consenso frente a los valores fundamentales de la Constitución y, con ello, hacia la aceptación de la misma.

Los actores jurídico-constitucionales que deciden sobre la eficacia de la Constitución son en cualquier otra circunstancia el pueblo, las fuerzas de la sociedad, los ciudadanos particularizados²⁰⁸. Jurídicamente son diferenciados. En su legitimación prejurídica actúan de una manera conjunta y producen en último término el fundamento de legitimación del ordenamiento jurídico-constitucional. El sujeto de la legitimación constitucional se muestra de una manera más diferenciada que el sujeto del *pouvoir constituant*, como lo representa la doctrina clásica.

IX. ¿CONSERVACIÓN DEL MITO DEMOCRÁTICO?

¿El pueblo como fundamento de la Constitución? La cuestión hay que responderla de una manera afirmativa, pero siempre con la reserva de que el “pueblo” no se entienda en un sentido jurídico, sino en una significación más amplia, en la que se prescinda de las diferenciaciones jurídico-estatales entre pueblo, sociedad y ciudadanos individuales. Una simplificación tal puede servir como puente entre el mito del pueblo como constituyente y para poner de manifiesto las divergencias y convergencias.

Si se quiere se puede figurar el pueblo como “constituyente”. Pero no por ello es aquel super-legislador, que promulga la Constitución y le otorga vigencia, sino el sujeto de legitimación, que le da eficacia. No aparece tampoco en su comienzo histórico. Actúa de una manera presente y continuada como fuente del éxito de su vigencia. Como sujeto originario, creador de libertad, con-

²⁰⁸ GÖRG HAVERKATE estima que los individuos son únicamente relevantes desde el punto de vista del poder constituyente, no como pueblo (*Verfassungslehre*, 1992, S. 332). De este modo se mantiene incluso antes de las construcciones contractual-sociales individualistas previas al siglo XVII y XVIII.

duce a la Constitución hacia el éxito de vigencia a través en la medida en que ésta le vincule. Actualiza su libertad en tanto en cuanto la Constitución la asume; pero no pierde con ello su libertad. No se difumina al constituirse. De este modo queda del mito del *pouvoir constituant* como *Menetekel* para el Estado constitucional, en la medida en que éste nunca puede estar seguro de una manera definitiva del fundamento sobre el que se erige.

Pero el mito ha servido. Aquello que contiene en sí de sustancia teórico-constitucional se deja trasladar a la doctrina de la justificación, de la validez y vigencia de la Constitución, una doctrina que renuncia sin perjuicio alguno a iconografía política, a sublimación pseudo-religiosa y deducción pseudo-teológica.

El mito permanece presente en los textos constitucionales, que comienzan con la *invocatio populi* y que invocan al “pueblo” como su autor. Contiene una relevancia simbólica pero no jurídica. Simboliza la tradición jurídico-constitucional y con ella la relación con los ideales de 1789. La Constitución quiere ocupar la tierra de nadie que entraña el concepto de lucha revolucionaria, para ponerla a su servicio, como credencial de su legitimidad y de este modo impedir que caiga en manos de sus opositores y se pueda utilizar en su contra²⁰⁹. Se arriesga, sin embargo, a que estos utilicen los restos del mito para deformar la Constitución interpretándola en su favor. La polivalencia del mito no se deja derogar. La esperanza de la Constitución de escapar del espíritu de la revolución en la medida en que se adorna con su emblema es equivalente a la creencia medieval por la que se pensaba que se podía desterrar a los demonios retratándoles en los muros exteriores de las catedrales.

²⁰⁹ De una manera similar la pretensión de asumir el concepto de revolución para un régimen establecido, que ha surgido de una revolución, y ahora quiere evitar convertirse en el objeto de una revolución. Cuando monopoliza para si a la larga el concepto de revolución, designa a sus enemigos como contrarevolucionarios.

No es seguro que la magia de las antiguas fórmulas sirva todavía. Sí es seguro que la Constitución que se permite iniciarse en éstas, no confía exclusivamente en la razón de los ciudadanos, y que quisiese buscar garantías en la irracionalidad. Para ello se encuentran fundamentos. La ciencia no necesita estar presente.