

LA FUERZA DE LA CONSTITUCION Y LA CONSTITUCION DE LA FUERZA (*)

ANA VICTORIA SANCHEZ URRUTIA

Jellinek publica esta monografía entre la 2.^a (1905) y 3.^a edición de su *Teoría General del Estado*. Se trata de la versión ampliada de una conferencia pronunciada ante la Academia Jurídica de Viena en 1906. No puede considerarse una obra aislada, sino que, por el contrario, se enmarca en el inicio de una preocupación de los problemas básicos de la aplicación de la Constitución y la evolución del orden constitucional. Las inquietudes que Jellinek muestra en la obra son parte de un interés que empieza a desarrollarse en esta época sobre las situaciones *de hecho*, las condiciones de aplicación de la Constitución y, más concretamente, sobre las formas de evolución constitucional.

En la época en que Jellinek publica esta obra ya existen monografías y obras generales que de una manera u otra contemplan los problemas de la evolución constitucional. En Alemania, Laband describe los cambios constitucionales producto de leyes que contradicen lo estipulado por la Constitución en su *Wandlungen der deutschen Reichsverfassung* (1895). En Inglaterra, Dicey, en su *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), propone una definición y configuración de las convenciones constitucionales. Bryce describe la evolución constitucional estadounidense en su *American Commonwealth* (1888) y formula el concepto de rigidez constitucional en su *Flexible and Rigid Constitutions* (1901). En Estados Unidos de América ya existen dos clásicos sobre el tema: la obra del que años después será presidente de la Unión, W. WILSON, *Congressional Government* (1885), y la monografía de Tiedeman, *The Unwritten Constitution of the United States* (1890). En Francia, Esmein sostiene el valor consuetudinario de la Declaración de los

(*) A propósito de G. JELLINEK: *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. de Christian Förster, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Derechos del Hombre de 1789 en su obra *Elements de droit constitutionnel* (1903). Tres años después de la obra de Jellinek, Santi Romano publica en Italia su *Diritto e correttezza costituzionale* (1909).

La obra de Jellinek también va a servir de precedente al trabajo clásico sobre mutaciones constitucionales escrito por Hsü Dau Lin en el marco de la República de Weimar: *Die Verfassungswandlung* (1932).

I. EL CONTEXTO

En 1906 reinaba dentro del sistema constitucional alemán una cierta calma. Esto no quiere decir que en el marco de la Constitución Imperial de 1871 no se hubieran planteado problemas. Las características específicas de este texto constitucional configuran un régimen muy singular que produce muchos de los problemas que llevan a Jellinek a escribir la monografía que nos ocupa.

La Constitución del Imperio alemán de 1871 llega después de muchos intentos de unificación que marcan la historia alemana del siglo XIX (1). Esta unión es posible una vez que la rivalidad por la hegemonía alemana se resuelve a favor de Prusia y en detrimento de Austria, que es excluida del nuevo Imperio. La Unión Alemana la van a formar Estados muy distintos entre sí: desde los Grandes Ducados, como Mecklemburgo-Schwerin, donde existía aún el absolutismo, hasta las llamadas ciudades libres, como Hamburgo, que eran repúblicas, pasando por monarquías limitadas como la prusiana.

Este nuevo ordenamiento de la Constitución de 1871 se superponía a confederaciones anteriores y al régimen organizativo de cada uno de los Estados miembros. En muchos casos, como señala Jellinek, no existió una adaptación formal de los ordenamientos particulares al ordenamiento del Imperio. Factor éste que, junto con otros, creaba una cierta incertidumbre jurídica.

Otro aspecto importante en el régimen constitucional imperial era la clara primacía de Prusia sobre los demás Estados alemanes. El órgano legislativo estaba compuesto por dos Cámaras, El *Bundesrat* o Consejo Federal, estaba formado por delegados de cada uno de los Estados miembros. La representación no era igualitaria: Prusia tenía derecho a 17 delegados, mientras que el que más tenía después de Prusia era Baviera, con seis. La Cámara Baja, el *Reichstag*, era elegida por sufragio universal masculino. Si tomamos en cuenta que Prusia tenía la población de las dos terceras partes del Imperio, se deduce

(1) Sobre las características políticas de la unidad alemana, PIERRE GUILLÉN: *El Imperio alemán (1871-1918)*, trad. de M. Llop Remedios, Barcelona, Editorial Vicens-Vives, 1973.

claramente una mayoría clara de Prusia en esta Cámara. El rey de Prusia era el emperador alemán. El canciller imperial era generalmente el presidente del Consejo prusiano.

La Constitución era rígida. No podía prosperar ninguna reforma a la Constitución del *Reich* que tuviese 14 votos en contra en el Consejo Federal. Por tanto, Prusia era el único Estado que por sí solo podía bloquear una reforma constitucional.

II. CARACTERISTICAS GENERALES

A lo largo de la obra se pueden distinguir problemas generales que se traslucen a través de ella y problemas específicos que se describen en el transcurso de su desarrollo.

Se desprenden preocupaciones generales del autor que no están enunciadas expresamente, pero que se dejan entrever a lo largo de toda la monografía. Así, los problemas del método jurídico y la fuerza normativa de la Constitución son preocupaciones que nos muestra constantemente el autor. A la vez, trata de problemas más específicos que son los que le dan el título a la obra.

III. METODO

Jellinek se refiere a la insuficiencia del método jurídico para el estudio de ciertos fenómenos constitucionales. A Jellinek se le ubica claramente en la tradición de la Escuela Alemana de Derecho público que propugna, como punto de partida metodológico, la radical separación entre Derecho y política. El Derecho público, según esta escuela, debía ser estudiado de manera aislada, sin tener en cuenta los fenómenos políticos cambiantes. Esta escuela, fundada por Gerber y Gierke, inicia una tradición «científica» en Alemania dentro de la cual se inscriben juristas de la talla de Laband y el mismo Jellinek. Tradición cuyo gran heredero sería el austríaco Kelsen.

Triepel (2), en su crítica a la escuela alemana de Derecho público, incluye a Jellinek entre sus máximos representantes. La introducción a la traducción de la *Teoría General del Estado*, de Fernando de los Ríos, confirma esta adscripción. Una de sus monografías más celebradas, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1882), se encuadra claramente dentro de esta tradición.

(2) HEINRICH TRIEPEL: *Staatsrecht und Politik* (1926). Se ha consultado la versión castellana: *Derecho público y política*, trad. de J. L. Carro, Madrid, Civitas, 1974.

Todo esto hace que se vea con sorpresa una de las primeras frases que Jellinek nos brinda en el prólogo del libro: «El curso de esta investigación se mueve entre el Derecho y la política» (pág. 3). Sugiere que a pesar de que anteriormente ha sostenido la separación entre Derecho y política, llega un momento en que los fenómenos políticos deben ser estudiados. Se queja de la indiferencia que existe hacia los fenómenos políticos en Alemania: «En la actualidad ningún gran pueblo culto muestra tan escaso interés sobre las cuestiones políticas como el nuestro» (pág. 3).

Jellinek es, al parecer, inducido a estudiar los fenómenos políticos por el vacío científico que había en la época. Existe, en el trabajo que nos ocupa, una llamada directa a la Ciencia Política a que estudie los fenómenos políticos alemanes. Así lo muestra Jellinek cuando en el prólogo se refiere a «exigencia de investigaciones políticas complementarias y avanzadas» (pág. 3) y cuando más adelante se refiere a la Ciencia Política como «... una disciplina científica que apenas se trata en Alemania de una manera coherente y sistemática» (pág. 41).

Jellinek no reniega de sus orígenes: «Siempre he sostenido la separación metódica y la unión científica de ambas disciplinas» (pág. 3). En la *Teoría General del Estado* sostiene: «La doctrina jurídica del estado es [...] una ciencia de normas, las cuales han de ser claramente diferenciadas» (3). Sin embargo, esto no impide que critique a Laband por ignorar la realidad. El *Bundesrat* se convirtió en una Cámara permanente en contraposición con lo establecido por la Constitución del *Reich*. Jellinek critica a Laband por ignorar el carácter permanente del *Bundesrat* en su obra (pág. 30). En otros momentos, Jellinek sorprende con claros tintes lasalleanos:

«El desarrollo de las Constituciones muestra, a pesar de que todavía no se aprecie suficientemente, el enorme significado de esta enseñanza: que las proposiciones jurídicas son incapaces de dominar, efectivamente, la distribución del poder estatal. Las fuerzas políticas reales operan según sus propias leyes, que actúan independientemente de cualquier fuerza jurídica» (pág. 84).

Toda esta actitud, que a primera vista parece contradictoria, no debe sorprender. Es cierto que Jellinek fue uno de los claros exponentes de la Escuela Alemana de Derecho Público, pero también lo es que era un intelectual

(3) GEORG JELLINEK: *Allgemeine Staatslehre* (1900). Hay traducción castellana de la segunda edición alemana (1905) por donde se cita: *Teoría General del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, Buenos Aires, Editorial Albatros, 1978, pág. 37 [existe una traducción castellana de la tercera edición alemana (1911) de Legaz y Lacambra publicada en Barcelona (1934) y México (1979)].

sensible a las circunstancias que le rodeaban. Que no esconde ni disfraza esta sensibilidad a su medio y que pretende conciliar el estudio del Derecho público por medio del método jurídico con la comprensión de la realidad social. Un claro ejemplo de esto es su *Teoría General del Estado*, donde existen dos partes claramente diferenciadas: una teoría sociológica del Estado y una teoría jurídica del Estado. Kelsen, en su *Teoría General del Estado*, critica esta pretensión de coordinar el estudio de la sociología del Estado con la teoría jurídica del mismo (4).

En Jellinek existía también una diferencia de matiz referente a sus antecesores de la Escuela Alemana de Derecho Público. La labor de éstos fue importante en la institucionalización tanto del régimen jurídico prusiano como del régimen jurídico del *Reich*. Jellinek fue un jurista con preocupaciones más democráticas, tal como lo demuestra en los últimos capítulos del libro. Esto lo convierte en un jurista de transición. El no negarse, cuando la circunstancias lo justificaban, a ocuparse de problemas relacionados con la práctica política lo relaciona con juristas de la época de Weimar, como Heller, Smend y hasta el mismo Schmitt, que utilizaron como método de trabajo la interacción entre el Derecho y la política. El aproximarse al estudio de la dogmática iuspublicista desde una sensibilidad más democrática constituye un claro antecedente de lo que sería la teoría del Estado en Kelsen pocos años más tarde.

IV. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCION

Otro problema que se aborda a lo largo de todo el trabajo, aunque más específicamente en los primeros capítulos, es el de la fuerza normativa de la Constitución. Sobre todo en el interrogante de cómo se garantiza el cumplimiento de una norma que es la Constitución.

No es un accidente que sean los exponentes de la Escuela de Derecho Público, como Laband o Jellinek en Alemania o Dicey en Inglaterra, que mantenía postulados metodológicos similares, los que se preguntaran sobre la obligatoriedad de las normas constitucionales y su garantía.

Antes, cuando se consideraban las Constituciones como meros instrumentos de orientación política, que sólo eran jurídicamente vinculantes en virtud de su desarrollo legislativo, no existían presupuestos para plantearse problemas acerca de la aplicabilidad de la Constitución, su mutación o su garantía.

El método jurídico aplicado al estudio del Derecho público trae como

(4) H. KELSEN: *Teoría General del Estado*, trad. de Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 1979, págs. 8 y 477 n.

consecuencia casi inevitable el considerar a la Constitución como norma. Esto se ve claramente reflejado en la monografía que se examina. La noción de Constitución como norma está expresada en varios de sus pasajes. Jellinek identifica a la Constitución con aquellas leyes fundamentales que están por encima del legislador y condicionan su actividad (págs. 5-6). Asimila la relación entre el reglamento parlamentario y la Constitución con la relación que existe entre el decreto y la ley (pág. 17).

Existe una preocupación palpable en Jellinek sobre la forma en que puede garantizarse el cumplimiento de la Constitución. En su época, la única garantía formal con la que se contaba era la rigidez constitucional, que era a todas luces insuficiente. Tampoco el posible contrapeso entre los órganos constitucionales era suficiente, tal como lo demuestra la existencia de sesiones secretas del *Reichstag*, prohibidas por la Constitución, pero previstas en los reglamentos parlamentarios. Por tanto, las resoluciones aprobadas por el *Reichstag* en sesiones secretas debían ser nulas. «Ahora bien, si tales resoluciones lograran la aprobación del *Bundesrat* y las promulgase el *Kaiser*, no habría ningún remedio para combatir tal nulidad» (pág. 18). Es este supuesto el que le lleva a examinar el mecanismo de control judicial de la Constitución en los Estados Unidos (págs. 22 y sigs.).

V. REFORMA Y MUTACION DE LA CONSTITUCION

Jellinek utiliza conceptos amplísimos para definir tanto la «reforma» como la «mutación» de la Constitución. Definiciones impensables en el marco de la dogmática constitucional actual. También acarrea algunos problemas el criterio de «intención» como uno de los elementos que distinguirían la reforma de la mutación constitucional:

«Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiar lo que formalmente se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención o conciencia de tal mutación» (pág. 7).

1. Reforma de la Constitución

Se ha visto cómo Jellinek define la reforma como la modificación de los textos producida por acciones voluntarias e intencionadas. Esta definición tan amplia lleva al autor a agregar que la Constitución puede ser reformada ajustándose o no a Derecho (pág. 9). Así, para Jellinek la Constitución se

«reforma» según el mecanismo descrito por la Constitución para su modificación, pero además se reforma por el cambio o supresión de la Constitución por vía revolucionaria o por su modificación consuetudinaria.

Como se puede notar a simple vista, actualmente es impensable un concepto de «reforma» de la Constitución de tan gran amplitud. La reforma o revisión constitucional sólo es aquella modificación del texto constitucional efectuada siguiendo el mecanismo descrito en su cláusula de reforma. Los cambios revolucionarios que se salgan de estos parámetros no son más que situaciones de *hecho*. Su estudio y enfoque superan claramente el estudio de la reforma constitucional. Las costumbres constitucionales, de aceptarse su existencia, son vías de la mutación constitucional tal como se expone más adelante.

Jellinek sostiene que «las leyes constitucionales pueden reformarse, como las ordinarias, de tres maneras. Pueden abrogarse totalmente, pueden recibir otro texto o sustituirse por leyes (constitucionales) posteriores» (pág. 11). El primer supuesto queda excluido de la noción de «reforma» constitucional antes descrito. El segundo supuesto significa que una parte de la Constitución es reemplazada por una reforma de la Constitución. El tercer supuesto implica las llamadas reformas constitucionales tácitas. En esta técnica de reforma constitucional no se reemplaza la parte del texto constitucional que se modifica, pero se entiende que las nuevas leyes constitucionales derogan toda la parte del texto constitucional que esté en contradicción con ella. Este es el sistema seguido en la modificación constitucional de la Constitución estadounidense. Así, el texto de la Constitución de 1787 no está alterado formalmente, pero se entiende que no están vigentes todas aquellas partes que estén en contradicción con cualquiera de las enmiendas de la Constitución.

En los Estados Unidos, esta técnica no ha producido mayores problemas de interpretación debido, fundamentalmente, al escaso número de enmiendas que existen y a la excesiva rigidez de la Constitución, que hace que todas las enmiendas sean cuidadosamente pensadas y, por tanto, sea claro qué aspecto de la Constitución sustituyen. Sin embargo, esta técnica de reforma constitucional aplicada al sistema constitucional alemán de la época acarrió grandes problemas. Lo que lleva a Jellinek a afirmar: «Aquí existe una carencia sistemática increíble respecto a la reforma de la Constitución, de modo que nadie puede recabar hoy del texto constitucional una idea suficientemente aceptable de los fundamentos del *Reich*» (pág. 11). Problema que si no fue traumático en la época del *Reich* alemán, sí fue muy grave en la época de Weimar, sobre todo cuando se generalizaron los casos de ruptura o quebrantamiento de la Constitución (*Verfassungachtende Verfassungsdurchbrechung*). Estas eran excepciones a la aplicación de la Constitución por medio

de leyes aprobadas con la mayoría necesaria para modificar la Constitución. Este tipo de fenómenos condujo, en la época de Weimar, a la elaboración de estudios que tenían por objeto definir los procedimientos y límites de la reforma constitucional, como lo fueron el estudio de Loewenstein, *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung* (1931) o el del propio hijo de G. Jellinek, Walter, *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung* (1931). También es importante el tratamiento que hace Schmitt en su *Verfassungslehre* (1927) sobre la naturaleza y los límites de la reforma constitucional. Como remedio a este problema tradicional en el Derecho constitucional alemán la Ley Fundamental de Bonn, en su artículo 79, señala que «La presente Ley Fundamental no podrá ser modificada sino por una ley destinada expresamente a complementar o a modificar su texto».

2. Mutación de la Constitución

Jellinek sustenta un concepto muy amplio de mutación constitucional. Como se ha visto, Jellinek entiende por mutación constitucional la modificación de la Constitución que no altera el texto y que se produce por actos que no tienen por qué ser intencionados (pág. 11).

El advenimiento posterior de los sistemas de control de la constitucionalidad cambió radicalmente la posibilidad y la forma de la mutación constitucional. Por otro lado, en la actualidad se entiende la mutación constitucional de un modo más estricto que el sustentado por Jellinek. Se debe entender la mutación constitucional como un fenómeno observable dentro de la evolución constitucional pero sujeto a unos límites. Todo lo que rebase los límites de la mutación constitucional conllevaría la transgresión de la Constitución o, simplemente, su negación. Así, Hesse (5) sostiene que la mutación no puede ser definida de una manera genérica como la contradicción entre la norma constitucional y la realidad. Esta definición tiene que tener en cuenta también los límites que separan la mutación de la transgresión constitucional. Hesse sostiene que el límite de la mutación constitucional es la Constitución misma. Esto quiere decir dos cosas: que la mutación constitucional no puede estar en expresa contradicción con el texto de la Constitución ni con el fin básico de ella. Se entiende por fin de la Constitución «... de un lado, la constitución y preservación de un Estado eficaz y operativo; de otro lado, la actuación

(5) KONRAD HESSE: *Grenzen der Verfassungswandlung*, 1974, se ha consultado la versión castellana: «Límites de la mutación constitucional», en HESSE: *Escritos de Derecho constitucional*, trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

estabilizadora, reacionalizadora y limitadora del poder en la vida de la Comunidad» (6).

La monografía de Jellinek es poco sistemática una vez que se adentra en el estudio de las mutaciones constitucionales. Esto es debido, probablemente, a que el trabajo fue pensado originalmente como una conferencia y a que el tema en la época era bastante novedoso. Así, Jellinek recoge de manera poco ordenada datos sobre los cambios informales de las Constituciones de su época. Puede dedicar un capítulo a describir alguna de las vías por las que se producen las mutaciones y otro a describir alguna de sus causas. E incluso mezcla y confunde estos dos problemas.

En la actualidad, existen dos tendencias básicas en el estudio del fenómeno de la mutación constitucional. La tendencia alemana, que parte de la teoría general de la Constitución, tal como lo hace Hesse y otra tendencia, la italiana, que estudia específicamente las vías por las que se presentan las mutaciones constitucionales. Dentro de esta última tendencia podemos enmarcar a juristas como Mortati (7) y Biscaretti (8), que fueron sus introductores.

Las vías por las cuales se realizan las mutaciones constitucionales son las siguientes: los actos normativos (sobre todo, las leyes y los reglamentos parlamentarios), las costumbres constitucionales, la jurisprudencia constitucional y las convenciones constitucionales. Jellinek se refiere a todas ellas aunque no las analiza con igual profundidad.

Jellinek se ocupa de las costumbres constitucionales al tratar la reforma de la Constitución. Como ejemplo de costumbre constitucional se refiere a la afirmación de la doctrina constitucional francesa de la época sobre el valor consuetudinario de la Declaración de los Derechos del hombre de 1789 en el marco de las Leyes Constitucionales de 1875. Esta tesis es sustentada en un inicio por Esmein (9), y es recogida posteriormente por autores como Duguit y Hauriou. Carré de Malberg, en polémica con los anteriores, niega la posibilidad de existencia de las costumbres constitucionales que se superpongan al legislador ordinario (10).

Las mutaciones constitucionales por medio de actos normativos son fundamentalmente las producidas por las leyes y los reglamentos parlamentarios.

(6) K. HESSE: «Límites de la mutación constitucional», cit., pág. 110.

(7) C. MORTATI: «Costituzione (dottrine generali)», *Enciclopedia del diritto*, tomo XI, Milán, Giuffrè, 1962.

(8) P. BISCARETTI DI RUFFIA: *Introducción al Derecho constitucional comparado*, trad. de H. Fix Zamudio, México, Fondo de Cultura Económica, 1975.

(9) Cit. por Jellinek, ESMEIN: *Elements de Droit constitutionnel*, 3.^a ed.

(10) CARRÉ DE MALBERG: *Contribution a la théorie générale de l'Etat*, tomo 2, París, 1920, pág. 582, y tomo 1, pág. 683.

Al no existir el control constitucional de las leyes en la época, la Ley del Parlamento constituía, en la mayoría de los casos, un elemento constante de mutación constitucional. Jellinek, sin embargo, no se extiende demasiado en explicar los cambios constitucionales producto de la contradicción entre la Constitución y las leyes (11). Presta mayor atención a los que son resultado de la acción de los reglamentos parlamentarios (págs. 15 y sigs).

Para explicar la mutación constitucional por vía de la jurisprudencia constitucional, Jellinek describe los problemas relacionados con la justicia constitucional en los Estados Unidos. En aquella fecha era el único sistema de control de la constitucionalidad si excluimos aquellos, como el suizo, en los que sólo existen controles parciales. Jellinek menciona principalmente la modificación de las atribuciones del poder central de la Unión por la vía de la teoría de los poderes implícitos (págs. 26-27) (12). Así llega a la siguiente conclusión:

«Por tanto, el juez, en América, ocupa efectivamente el lugar del legislador constitucional. No sin razón se califica a los tribunales, en América, como tercera Cámara legislativa» (pág. 26).

Jellinek, aunque con algunas matizaciones, toma como punto de partida la teoría de las convenciones de la Constitución desarrollada por Dicey en el marco del sistema constitucional inglés. Dicey describió un fenómeno que denominó «convenciones de la constitución» o «moral constitucional» indistintamente. Este autor las definió como una porción del Derecho constitucional que comprende convenciones, entendimientos, hábitos o prácticas, las cuales, a pesar de regular la conducta de muchos de los miembros de los poderes públicos, no pueden considerarse, en realidad, reglas de Derecho porque no son aplicables por los tribunales (13).

(11) LABAND, en *Wandlungen in der Reichsverfassung*, centra gran parte de su estudio en los efectos de la llamada *cláusula de Frankenstein*, ley del Imperio que modifica el sistema aduanero establecido en la Constitución de 1871, cit. por JELLINEK, *Teoría General del Estado*, cit., pág. 406.

(12) La teoría de los poderes implícitos fue una argumentación utilizada por Hamilton y luego asumida por la Corte Suprema. Según esta teoría, el Congreso de la Unión podía asumir atribuciones no expresamente asignadas por la Constitución, en virtud del artículo 1, sección 8, número 18, de la misma. Este artículo atribuye al Congreso la potestad de dictar las leyes que «fueren necesarias y convenientes para poner en práctica» las facultades atribuidas expresamente al propio Congreso, al Gobierno de la Unión o a cualquiera de sus dependencias o funcionarios.

(13) A. V. DICEY: *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), 10.ª ed., con introducción de E. C. S. Wade, Londres, Macmillan, 1959, pág. 24.

Hay quienes, como Hsü (14), critican la adaptación de una teoría como la de Dicey en el marco del Derecho público continental. Sin embargo, la influencia en autores como Jellinek o Santi Romano no puede pasar desapercibida. En Italia es más que sorprendente la influencia de Dicey en las normas de *Correttezza costituzionale* definidas por Romano en 1909, donde el profesor italiano hace una labor de adaptación casi directa de las reglas convencionales de Dicey y las aplica al Derecho italiano (15).

Jellinek, sin embargo, se aparta radicalmente de la definición de Dicey en un aspecto importante. Ya se ha mencionado que para Dicey las convenciones no eran reglas de Derecho porque no eran aplicables por los tribunales (*enforced*). Jellinek se aparta de este criterio al sostener:

«... son Derecho en cuanto contienen normas reconocidas y garantizadas para el ejercicio del poder estatal, aunque en la mayoría de los casos no tienen carácter vinculante sino flexible, porque se adaptan siempre a las relaciones políticas que cambian continuamente» (pág. 39).

Esto no denota, sin embargo, una postura totalmente contraria a la que puede sostener Dicey, sino que en el fondo supone una diferencia en el criterio definidor de lo que es derecho. Así lo hace notar Jellinek, que agrega a la afirmación anterior que «entre las distintas denominaciones alemanas de Derecho dispositivo elijo aquí la citada arriba, ya que expresa mejor el carácter peculiar de tales normas» (pág. 39, núm. 59).

Asimismo, Jellinek las denomina «Derecho constitucional flexible, que llena, como elemento fluyente, los amplios espacios que ofrecen las normas constitucionales escritas» (pág. 43).

Entre las convenciones que Dicey describe y que Jellinek recoge en la monografía están aquellas que denotan la existencia del Gobierno, del Gabinete (*Cabinet Government*) y los poderes de éste sobre el Parlamento. Jellinek también destaca la desnaturalización de las funciones del Parlamento norteamericano que describe W. Wilson en su obra *Congressional Government* (16). A grandes rasgos, Wilson sostiene que el reforzamiento de las comisiones del Congreso dentro de la acción estatal representa una pérdida de funciones

(14) HSÜ DAU LIN: *Die Verfassungswandlung*, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1932, págs. 124-125.

(15) SANTI ROMANO: «Diritto e correttezza costituzionale» (1909). Se ha consultado la reimpresión incluida en S. ROMANO: *Scritti minori*, vol. 1, Milán, 1950.

(16) WODROW WILSON: *Congressional Government*, Boston, 1885. Jellinek cita la tercera edición (1898). Se ha consultado la versión castellana, donde no consta ni traductor ni fecha de edición: *El Gobierno Congresional*, Madrid, Editorial La España Moderna.

reales del Parlamento a la vez que constituye una disminución de la capacidad de dirección política del presidente de los Estados Unidos.

VI. EL PARLAMENTARISMO

Son bastante patentes las preocupaciones de Jellinek en relación al funcionamiento del sistema parlamentario. Los ejemplos que da a lo largo del libro son un claro reflejo de ello.

Es, sin embargo, en los últimos capítulos donde las reflexiones sobre el funcionamiento del sistema parlamentario cobran una mayor intensidad. Allí se observa cómo Jellinek sale de su posición de observador imparcial que ve las cosas desde dentro y se convierte abiertamente en un crítico del funcionamiento del sistema parlamentario. En su época, Jellinek es un observador privilegiado. Tiene la posibilidad de contemplar, a la vez, las distintas fases de evolución de los parlamentos. Desde la monarquía limitada austríaca, con un Parlamento elegido por sufragio restringido, a una Monarquía parlamentaria como la belga o una República como la francesa, con Parlamentos elegidos por sufragio universal masculino. Además tenía *in situ* el ejemplo singular del Parlamento alemán.

En cada caso son evidentes sus defectos. Los Parlamentos elegidos por sufragios restringidos producen la indiferencia de la gran parte de la población hacia los problemas políticos (pág. 66). El sufragio universal, por otro lado, crea un Parlamento fraccionado al que le es difícil realizar su función de contrapeso al órgano ejecutivo (págs. 64-65). Los Gobiernos que se basan en minorías parlamentarias están condenados a sufrir el obstruccionismo parlamentario (pág. 67).

Genéricamente, Jellinek ve varios problemas, que traen como consecuencia «el creciente protagonismo personal de los jefes de Estado, tanto monárquicos como republicanos» (pág. 76). En el Parlamento, una minoría representa a una mayoría, pero sin traducir la diversidad de la sociedad plural (págs. 73-74). Una política mediatizada por los partidos políticos crea un sistema oligárquico donde prima la autoridad de sus líderes antes que la de los representados (págs. 75-76). Existe una incapacidad de los Parlamentos para realizar sus funciones: deficiencia de su capacidad de elaborar leyes especializadas; incapacidad de ejercer sus funciones de control, y desnaturalización de sus funciones financieras (pág. 76).

Jellinek, pese a sus críticas, no duda acerca de un largo futuro para el sistema parlamentario:

«Hay que excluir totalmente en un futuro previsible, que en algún lugar se supriman formalmente los Parlamentos. Del mismo modo, una depreciación política de los Parlamentos nunca resucitará a los antiguos poderes políticos del pasado» (pág. 83).

Es a partir de aquí donde encontramos a un Jellinek sorprendente. En los capítulos anteriores ya destaca la necesidad de replantearse los sistemas electorales a fin de hacerlos más justos y funcionales. Pero es en este último capítulo donde es más osado. Jellinek, como forma de combatir los defectos del parlamentarismo, aboga por una sociedad participativa. Por una sociedad civil organizada que haga sentir su diversidad. Por una prensa que exija responsabilidad social al Gobierno. Por el desarrollo del derecho de asociación. Por la creación de mecanismos de democracia directa como el referéndum y la iniciativa popular (17). Y por último, por la creación de un derecho particular para grupos específicos, como pueden ser los convenios libre suscritos por los sindicatos (págs. 83-91).

(17) Kelsen sugiere mecanismos similares de corrección de los problemas del parlamentarismo. Para resolver la ajenidad del Parlamento, es decir, lo lejos que el ciudadano común suele ver la labor parlamentaria, sugiere la introducción de mecanismos como el referéndum y la iniciativa legislativa. Sin embargo, no parece compartir las objeciones de Jellinek a los partidos políticos. Para vincular a los parlamentarios con sus electores propone el fortalecimiento de los partidos políticos. Debido a la dificultad de que exista el mandato imperativo en sistemas proporcionales, Kelsen sugiere que los parlamentarios tengan una vinculación directa con el partido político por el cual fueron elegidos. Si el parlamentario renuncia al partido o es expulsado de éste, el partido puede recusar su mandato y reemplazarlo por otro. [HANS KELSEN: «Das Problem des Parlamentarismus» (1925), se ha consultado la versión castellana: «El problema del parlamentarismo», en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. de Manuel Atienza, Madrid, Editorial Debate, 1983, págs. 86-93.]



RESEÑA BIBLIOGRAFICA

