

# El problema de los cambios de la Constitución

Por PABLO LUCAS VERDU  
Profesor Adjunto de Derecho Político

## I

El problema de los cambios constitucionales es uno de los más importantes —o acaso el capital— de la Teoría de la Constitución. En efecto, implica las siguientes cuestiones: 1) Un concepto determinado de Constitución política; 2) Una manera concreta de plantearse la eficacia de las normas constitucionales; 3) El problema de las relaciones recíprocas entre norma constitucional y realidad social. Si se quieren reconducir estos diferentes aspectos a un punto de vista unitario, que los comprenda a todos en una síntesis superior, el *quid* estriba en esta otra cuestión más general y comprometida: ¿En qué consiste el Derecho constitucional?; dicho con otras palabras, ¿es el Derecho constitucional un Derecho estático, inafectado por el cambio, o es dinamicidad continua, inmersa en el renovado proceso de la historia? Se trata, por ende, de concebir la materia jurídico-política como un trozo inmutable de la realidad o, por el contrario, como continuo fluir que se renueva. Desde un punto de vista cognoscitivo, la cuestión consiste en decidirse por unos criterios fijos, dogmáticos, indiferentes al acontecer histórico o por otros flexibles, relativos, que se acomodan al cambio.

Ahora bien, la raíz del problema no puede sorprenderse en ninguna de esas dos posiciones extremas, puesto que cabe una mediación entre la rígida estaticidad y la continua dinamicidad, en la medida que se conciba la Constitución como una estructura jurídico-política a través de la cual fluye la vida y se configure el Derecho constitucional desde categorías relativamente permanentes que ordenen los datos ofrecidos por el Derecho positivo en cada caso concreto.

¿Cómo encontrar el punto de conexión entre la estabilidad que identifica a una Constitución a través del proceso histórico y las transformaciones que experimenta? Dicho más claramente: ¿Cómo es posible delimitar a una Constitución política puntualmente, en momentos diferentes de su desarrollo, de suerte que sea esa misma Constitución, *antes, ahora, y, posiblemente, después*, pese a las transformaciones que ha sufrido hasta hoy y que acaso le afecten en lo sucesivo?

Estas consideraciones, que tal vez pueden parecer algo generales, cobran sentido más concreto si las relacionamos con estas otras preguntas más actuales: ¿Cuál es el valor de las Constituciones en nuestra época esencialmente cambiante? ¿En qué medida puede hablarse de *una* Constitución, de una y *misma* Constitución en nuestro tiempo de conmociones revolucionarias, de *déclin du droit*?

Dándose por supuesta una crisis de la normatividad y de la permanencia que ella implica, ¿no será la transformación de las Constituciones algo tan radical y constante que sólo pueda hablarse de un cambio indefinido?

No se trata exclusivamente de una pormenorizada enumeración de la fenomenología constitucional en el cambio. Trátase de una Teoría de las mutaciones constitucionales que implica *algo* que muda en el tiempo; pero para concebir el cambio es menester algún punto estable, fijo, desde el cual sea posible percibirlo.

## II

Al iusnaturalismo revolucionario se debe la concepción de la Constitución como ley permanente irrevocable de una comunidad política que desea asegurar, a todas las generaciones venideras, los beneficios de la libertad política. Esta idea obedece a la constelación de valores propia del liberalismo y ha ejercido influjo en distintos momentos históricos, perdurando incluso hasta nuestros días. En efecto, esto se ve, en primer lugar, en la codificación de toda la materia considerada fundamental que se promulga solemnemente. Ello denota el alborear de una nueva época. Además se percibe en su consideración como super-ley o norma-base de todo el ordenamiento jurídico; por último, en su garantía a través de procedimientos formales, como el control de constitucionalidad.

Es un fenómeno interesante, y digno siempre de meditación, que la Constitución inglesa, modelo o espejo —diría Montesquieu— común de tantas otras Constituciones escritas, no tenga edad de puro vieja que es, y, *sin embargo*, no es escrita ni ha necesitado recurrir a expediente alguno formal para garantizar su permanencia.

No es *codificada*, ni *sistemática*, ni refuerza su validez con dificultades en su reforma para transmitirse como legado de generación en generación, de suerte que reformándose y evolucionando siempre,

permanece también siempre porque se identifica con la vida histórica.

Tenemos que plantear, pues, el problema del cambio en las Constituciones escritas y particularmente en las rígidas, porque es donde, precisamente, la tensión entre la permanencia y el cambio se hace más intensa.

Una vez establecida la distinción entre Constituciones flexibles y rígidas, el problema adquiere fisonomía completa dentro de las rígidas en la medida que en estas últimas se quiere proteger la permanencia de la Constitución; se trata, por tanto, de una previsión jurídica de las transformaciones, de conseguir la estrecha dependencia entre los hechos que motivan el cambio y las normas constitucionales; que para cualquier mutación exista siempre una norma constitucional que la cubra. Aun más, este enseñoreamiento de los cambios es rígido porque ha de efectuarse tal y como lo prevén las normas escritas fundamentales, es decir, conforme a una serie de requisitos agravados que dificultan la reforma o cambio constitucional, de manera que una Constitución rígida lo es en la medida que consiga, efectivamente, que las transformaciones constitucionales se verifiquen de acuerdo con los caminos complicados previstos.

Naturalmente, esto requiere un convencimiento en la eficacia de la normatividad constitucional y un conjunto de supuestos políticosociales estables que apoyen ese convencimiento. Ahora bien, la historia constitucional europea continental, es en buena parte, contraria a esa convicción. Que el derecho en general no es magnitud inmutable es algo notorio, pues como escribía hace años Vincenzo Miceli: "*senza dubbio, il diritto, essendo norma obbiettiva, non può non avere un certo grado di fissità, ma si tratta sempre di una fissità relativa, che non esclude un movimento regolare e lento di trasformazione. Quando noi parliamo di fissità nel campo del diritto, noi dobbiamo prendere il concetto nel senso empirico e non nel senso assoluto d'immobilità, perchè i concetti giuridici sono tutti a contenuto empirico e si snaturano se si vogliono innalzare concetti filosofici*" (1).

Si esto lo afirmaba Miceli, en 1924, en un momento de estabilidad política italiana, y aludía a una transformación *regular y lenta*, ¿qué diría ahora en estos tiempos de *aceleración histórica* e inestabilidad política?

Sin embargo, los constitucionalistas se esfuerzan, en una época situacionalmente comprometida por el cambio, en reducir las transformaciones sociales a magnitudes jurídicas, incluso la proyección en el tiempo de los diversos procesos constitucionales europeos se considera sometida a ciertos ritmos y constantes. Así, Hauriou describió con arreglo a ciclos el proceso constitucional francés y, ahora, la doctrina

---

(1) *Il diritto positivo e il sistema giuridico* en *Rivista di Diritto Civile*, año XVI, 1924, pág. 372.



italiana se afana en demostrar la continuidad jurídica, sin fracturas revolucionarias, en el paso del Estatuto albertino a la vigente Constitución republicana.

Nos interesa, por lo tanto, estudiar la Teoría jurídica de los cambios constitucionales en la medida que es una respuesta al problema de la conciliación de la permanencia de la Constitución con los cambios que pueda experimentar, ya transformándose totalmente la Constitución, sin revoluciones, ya mudando parcialmente, conforme a unas prescripciones jurídicas.

### III

Georges Burdeau ha expresado en forma concisa y clara el problema a que venimos aludiendo: "*La stabilité de la Constitution doit être assurée non par l'artifice d'un délai, mais par la facilité de l'entreprise de la révision combinée avec la difficulté de son aboutissement*". (2).

Existe una visible preocupación en la doctrina constitucional europea, por no exagerar la dificultad en la reforma constitucional; así Pietro Virga señala que el sistema de rigidez constitucional debe equilibrar los dos extremos: la garantía de estabilidad del orden constitucional y la verificación, no excesivamente difícil, de los cambios indispensables. (3).

¿Cómo puede conseguirse la *elasticidad* de las Constituciones?, se preguntan otros autores italianos. ¿En qué medida una Constitución *rígida* se hace más vital acomodándose a las necesidades del momento? ¿Acaso, entre las Constituciones flexibles y rígidas, no existe un *tertium genus* que resuelva el problema de la permanencia en el cambio?

La dicotomía *flexibilidad-rigidez*, parece aludir a las condiciones de validez de las normas constitucionales, no al grado de variabilidad histórica de las Constituciones, sostiene Chiarelli en un luminoso estudio (4).

La doctrina alemana (Jellinek, Loewenstein, Hsü Dau-Lin, etc.) designó con el término *Verfassungswandlung* la "incongruencia existente entre las normas constitucionales de un lado, y del otro la realidad constitucional" (5).

(2) *Traité de Science politique*. T. III. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence. Paris, 1950, pág. 253.

(3) *Diritto Costituzionale*, 2.<sup>a</sup> ed. Palermo, 1952, pág. 263.

(4) *Elasticità della Costituzione*, en *Studi di Diritto Costituzionale in memoria di Luigi Rossetti*. Giuffrè. Milano, 1953, pág. 47.

(5) HSU DAU-LIN: *Die Verfassungswandlung* Walter de Gruyter Co Berlin und Leipzig, 1932, pág. 17.



Conforme a esta doctrina, cuatro son los supuestos generales desde los que pueden darse modificaciones indirectas en la Constitución:

1) Cuando una práctica constitucional no viola formalmente la Constitución.

2) Cuando es realmente imposible ejercer determinados poderes atribuidos por la Constitución a un órgano específico del Estado.

3) Cuando una práctica se efectúa contra las prescripciones de la Constitución.

4) Cuando se modifica, indirectamente, la Constitución interpretando de modo particular alguno de sus preceptos.

A esto añade el suizo Kāgi la urgencia, el estado de necesidad y el cambio mediato a través de una ley ordinaria (6).

Estos casos, sobre los que volveremos, entrañan una grave amenaza a la norma positiva constitucional y escapan, en cierta medida, a las previsiones normales sobre la revisión de la Constitución.

#### IV

Si se admite, con Smend, que la Constitución es la completa regulación jurídica del incesante y diverso proceso renovador de la vida de un Estado (7), idea fecunda que ha sido desarrollada por el círculo de Zürich (Schindler, Kāgi, Haug), se puede, en cierto modo, comprender su relativa permanencia. Es decir, en la medida que la Constitución armoniza con los procesos reales, asumiéndolos, acomodándose a ellos, encauzándolos, los cambios sociales le afectan, pero los integra en su seno, la Constitución dura, se renueva y, sin embargo, continúa. De lo contrario, la Constitución es desbordada por esos procesos e incapaz de asumirlos, se ha roto, ha sido violada, incumplida y, a la postre, cede el paso, sin importar su vigencia platónica, a la revolución o a otra nueva Constitución surgida, sin tener en cuenta las prescripciones de aquella caduca.

Hoy, la amplitud de las Constituciones, el afán de introducir, al amparo de la rigidez, contenidos heterogéneos, que son ajenos a la estricta materia constitucional, y sobre los que no reina la coincidencia en su aceptación, pues suscitan fuertes oposiciones ideológicas, motivan el repentino mudar de Constituciones y el fenómeno de Constituciones nominales que tienen vigencia pero no eficacia. El ejemplo de la concisa Constitución norteamericana deberá tenerse en

---

(6) *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, 1945, Zürich, págs. 112-113. Cfr. además KARL LOEWENSTEIN: *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung*. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1931, páginas 13 y ss... pág. 133.

(7) *Verfassung und Verfassungsrecht*. Verlag von Duncker & Humblot. München und Leipzig, 1928, pág. 78 passim.

cuenta para evitar la manía de constitucionalizar lo que está *extra-commercium* desde un estricto punto de vista constitucional.

Suponiendo el caso de vigencia real de una Constitución, dejando a un lado las desviaciones patológicas de incumplimiento, y prescindiendo, por otra parte, del caso de reforma total de la Constitución, que pocas veces se da sin mediar antes el hecho revolucionario, conviene subrayar que la reforma constitucional tiene carácter esencialmente integrador en la medida que intenta acomodar a las normas con la realidad en gracia, precisamente, de la misma permanencia de la Constitución. Sin embargo, para que esa dimensión integradora sea cabal existe un límite —o límites— que en términos genéricos podemos denominar fórmula política, Constitución en sentido material estricto o régimen, que no pueden ser rebasados por la reforma constitucional. En caso contrario se abandona el cauce de la legitimidad constitucional y se inaugura un proceso revolucionario. Aparece aquí el importante problema del concepto sustancial de Constitución.

Paolo Biscaretti di Ruffia ha rechazado, en un agudo y documentado estudio (8), la existencia de *límites absolutos implícitos* y *absolutos explícitos* en la reforma de la Constitución. A pesar de la aguda y brillante argumentación del profesor de Pavía, que aquí no podemos exponer, creemos con Mortati (9) que la limitación del poder de reforma de la Constitución es algo connatural a la misma reforma, siendo secundario que el límite —o los límites— sean explícitos o implícitos. A nuestro juicio, la existencia de algunos de estos límites es una garantía indispensable para el mismo mantenimiento de la Constitución, para que conserve su identidad pese a las modificaciones *integradas* en su contenido, de manera que aunque se hayan reformado partes enteras se mantendrá la continuidad de la misma Constitución, en tanto se hayan respetado tales límites. No se puede —como hace Biscaretti di Ruffia— separar las prescripciones relativas a tales límites del núcleo central, que hace posible la integración o completamiento de la Constitución.

Por lo tanto —la Constitución sustancial— (lo que otros llaman fórmula política, régimen político, etc.) debe quedar inalterada cuando se trata de una reforma de la Constitución y no de un hecho revolucionario o de la instauración de un nuevo régimen, aunque deje intacto el texto formal.

No todos los límites expresos pueden considerarse connaturales a la Constitución sustancial, el capricho del constituyente puede establecer alguno de ellos que, por no afectar a la Constitución sustan-

(8) *Sui limiti della revisione costituzionale* en *Annali del Seminario Giuridico Università di Catania*, Volume III (1948-1949), Napoli, 1949, págs. 122 y ss.

(9) *Concetti, limiti, procedura della revisione costituzionale*, en *Scritti in memoria di Luigi Rossi*, cit., págs. 391 y ss.



cial, es posible su cambio por los caminos fijados en los preceptos de reforma constitucional.

El problema central estriba, entonces, en esto: ¿Se puede determinar la fórmula política en cada Constitución?

¿Cuál es la fórmula política de la Constitución italiana, por ejemplo? ¿Qué elementos componen la fórmula política o, mejor dicho, en cuál —o cuáles— elementos se expresa?

En términos generales, la fórmula política de una Constitución se compone de un techo ideológico (liberal, democrático, autoritario, socialista, laico, etc.), ajústase a unos supuestos económico-sociales (capitalismo, socialismo, planificación, etc.) e influye sobre determinados principios de organización política (federalismo, república, o monarquía, bicameralismo, etc.). Los límites absolutos de la reforma constitucional, relativos al régimen o fórmula política, pueden ser explícitos o implícitos. En el primer caso no hay dificultad, el *quid* surge en los implícitos. Habrá que interpretar hasta qué punto los diversos elementos ideológicos, sociales y estructurales de esa Constitución han penetrado en ella, tan fuertemente, que se alzan como murallas infranqueables. Es tarea, pues, del intérprete de las normas constitucionales determinar los factores ideológicos, sociales y estructurales que caracterizan al régimen expresado por el código fundamental en cuestión. Esta labor se simplifica extraordinariamente cuando se puede contrastar de modo inmediato. Así, por ejemplo, el preámbulo de la Constitución esclarece esos aspectos, puesto que señala ciertas finalidades y convicciones políticas e incluso puede recoger declaraciones y reconocer derechos, como sucede en el preámbulo de la vigente Constitución francesa.

En algunas Constituciones, como en la italiana, existen secciones determinadas en las cuales se establecen algunos principios políticos fundamentales. La parte consagrada a los derechos y deberes de los ciudadanos arroja mucha luz para sorprender los aspectos que atañen al régimen. Existen casos en que no es fácil localizar la fórmula política, dada la brevedad de la Constitución, que no contiene declaración alguna de carácter ideológico y social por limitarse, exclusivamente, a los aspectos organizadores. Esto ocurrió en las leyes constitucionales francesas de 1875. Estas leyes no contenían formalmente parte dogmática, de suerte que carecían de Declaración de derechos, precisamente en un país que la proclamó solemnemente en el mismo comienzo de la Revolución francesa. La doctrina se ingenió para demostrar la vigencia de los principios inmortales de 1789 en el Derecho positivo francés arguyendo de diversos modos, pero sin encontrar aceptación unánime. ¿No era esto acaso una forma indirecta de descubrir la fórmula política implícitamente contenida en las Leyes constitucionales de 1875?

Hay que tener en cuenta que las Constituciones rígidas poseen una relación estrecha con contenidos ideológicos y sociales que son,



precisamente, los que intenta garantizar frente al cambio. Esto no significa que las Constituciones flexibles sean indiferentes a esos contenidos, sino que la fórmula política se garantiza con otros medios menos formales: la opinión pública, la integración del pueblo en esos contenidos, como sucede en la Constitución inglesa. El Estatuto albertino era también flexible, pero cuando, en 1928, la Ley sobre el Gran Consejo del Fascismo enumeró una serie de materias para cuya modificación era necesario la previa consulta con dicho organismo, se introdujo cierto grado de rigidez, precisamente motivada por la presión ideológica del fascismo, consolidando así, formalmente, un proceso, iniciado años antes, de transformación del régimen totalitario fascista.

## V

Puesto que admitimos la existencia de un límite absoluto de la potestad legislativa en materia constitucional, cuya transgresión lleva aparejada la transformación revolucionaria, o al menos la inauguración de un nuevo proceso de elaboración constitucional, desconexión de la anterior Constitución, conviene detenerse, un poco más, en la consideración de esta cuestión. ¿Cuáles son las diversas especies de límites y cuál es su correspondiente valor?

Podemos clasificarlos en dos grandes grupos:

Cuando esos límites se apoyan en prescripciones cuya validez descansa en la misma Constitución, entonces tenemos los *límites inmanentes* al propio ordenamiento constitucional. Si tales limitaciones recaban su origen de ordenamientos distintos, nos encontramos ante *límites heterónomos*, pues su vigencia le es exigida por otro ordenamiento jurídico (el federal, el del Estado protector, el derecho internacional). En el caso de que las prescripciones limitativas reproduzcan mandatos superiores de índole valorativa, como los del derecho natural, conviene, a nuestro juicio, emplear la denominación *límites trascendentes*.

Los límites inmanentes pueden ser *absolutos implícitos* (como el anteriormente considerado de la Constitución sustancial, fórmula política o régimen que, a veces, se manifiesta en forma expresa) y *límites absolutos expresos*. Ejemplo de estos últimos, el artículo 2 de la Ley constitucional francesa de 8 de agosto de 1884, que modificó el artículo 8 de la Ley constitucional de 25 de febrero de 1875; "La forma republicana de gobierno no puede ser objeto de una propuesta de revisión". Igualmente, en este sentido, el artículo 95 de la Constitución francesa de 1946 y el 139 de la Constitución italiana de 1947. Hay casos de límites referidos a ciertos principios políticos que se consideran irreformables. Así, el artículo 112, 2 de la Constitución de Noruega de 1814 estatuye: "En todo caso las en-

miendas no quebrantarán los *principios* de la presente Constitución y se limitarán siempre a modificaciones que no alteren el *espíritu* de sus disposiciones". Recientemente, el artículo 79, párrafo 3 de la Ley fundamental de Bonn, de 1949, dispone: "No podrán verificarse reformas de la Constitución que afecten a la organización federal de los *Länder*, a la cooperación fundamental de los *Länder* en materia legislativa y a los principios fundamentales afirmados en los artículos 1 y 20".

Existen, además, límites expresos *temporales* y, por lo tanto no absolutos, que impiden las modificaciones constitucionales durante ciertos plazos. Así, la Constitución de Cádiz establecía que las reformas se harían cada ocho años; la de Paraguay de 1870, artículo 122, imponía un plazo de cinco años, etc.

El cumplimiento de determinadas *situaciones*, previstas por las leyes fundamentales, determina la prohibición de reformarlas incluso parcialmente. Así, generalmente, las Constituciones de las Monarquías prohíben se modifiquen los preceptos relativos a la estructura y competencias de la Corona en los períodos de Regencia (Constitución belga de 1831, artículo 84; Constitución japonesa de 1889, artículo 75).

La vigente Constitución francesa ha estatuido, en el artículo 94, que no se podrá iniciar, o llevar a cabo, procedimiento alguno de revisión constitucional en caso de ocupación total o parcial del territorio nacional por tropas extranjeras. Este precepto se debe a la amarga experiencia de 1940, aunque conviene recordar que la Asamblea constituyente que elaboró las leyes constitucionales de 1875 se convocó en período de ocupación militar por el ejército alemán.

En cuanto a los *límites heterónomos*, Paolo Biscaretti di Ruffia (10), ha examinado, en un estudio bien documentado, los distintos supuestos. Ahora bien, estos límites heterónomos pueden concebirse en un sentido más amplio que el estrictamente jurídico-positivo considerado por Biscaretti. Según esto, Horst Ehmke (11), se refiere a los momentos económicos y técnicos, así como a la situación geográfica que, desde luego, escapan al ámbito del cambio constitucional, pero influyen, decisivamente, sobre la Constitución y la vida constitucional.

El mismo Biscaretti menciona los límites trascendentes del derecho natural, pero elude el problema por considerar que no se trata de un ordenamiento positivo. Ahora bien, sin entrar aquí en la im-

---

(10) *Sull' "oggettamento" ad altri ordinamenti giuridici di taluni "limiti" della "revisione costituzionale"*, en *Scritti in memoria di Luigi Rossi*, cit. páginas 19 y ss.

(11) *Grenzen der Verfassungsänderung*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1953, páginas 91 y ss.



portante cuestión del derecho natural, conviene subrayar el fuerte impacto iusnaturalista experimentado por las Constituciones alemanas occidentales que establecen límites absolutos expresos para algunas modificaciones constitucionales.

Indudablemente, estos límites no pueden explicarse desde la inmanencia positivista en la medida que entrañan una consideración estimativa sobre el hombre (dignidad humana, derechos naturales inviolables) o sobre la convivencia humana (matrimonio, familia, religión) que son no sólo límites insoslayables frente a la revisión de los preceptos constitucionales que los recogen, sino, además, principios *supra-constitucionales*, magnitudes que constituyen un *prius* del ordenamiento constitucional porque encuentran su adecuada dimensión en la Ley natural establecida por la sabiduría del Creador.

## VII

En cierto sentido, escapa, a la cuestión de los límites absolutos de la legislación en materia constitucional, el problema de las reformas tácitas de la Constitución y de las modificaciones mediatas de las normas constitucionales (*Verfassungswandlung*).

La Constitución puede prever esta grave amenaza exigiendo que las modificaciones de su contenido se hagan *expresamente*. Esto es una manera de evitar ciertas prácticas fraudulentas que bajo la capa de una aparente legalidad introducen cambios sustanciales en el ordenamiento constitucional aunque la letra de la Constitución quede completamente inalterada.

Es una exigencia de *certeza jurídica*, más urgente en el ordenamiento constitucional que en el ordinario, que las reformas de las normas fundamentales se efectúen con arreglo a la *forma* y respetando el *orden de competencias* establecido en la Constitución.

Claro está, que es difícil, en algunos casos, comprobar hasta qué grado ciertos usos constitucionales o actos dimanados de la urgencia, que podría invocar como excepción el principio *rebus sic stantibus*, son anticonstitucionales.

Aun más, la historia del derecho constitucional es bastante pródiga en ejemplos de costumbres *contra-legem*, interpretaciones extensivas de las normas constitucionales y construcción analógica de ciertas conclusiones sin que nadie se conmoviera por ello y considerase seriamente afectada la Constitución. En cierto sentido, parece una contradicción afirmar el carácter vital, dinámico, de la Constitución y, luego, condenar modificaciones producidas por la misma vida social que se han considerado urgente necesidad. Por eso, la afirmación de un núcleo central inmovible, la Constitución sustancial, es algo indispensable para la recta comprensión de un conjunto normativo que permanece cambiando.



Se ha afirmado la mayor estabilidad de algunas leyes e instituciones jurídicas ordinarias, lo cual contrasta con la fragilidad de las leyes fundamentales. Por eso, refiriéndose al Derecho administrativo, y comparándolo con el constitucional, se afirmó significativamente: *Verwaltungsrecht besteh, Verfassungsrecht vergeht!*

¿Cómo puede explicarse que disposiciones concretas contenidas en las Constituciones subsisten en tanto que las propias Constituciones han sido quebrantadas por la revolución?

La doctrina francesa (Esmein, Barthelemy-Duez) ha elaborado la ingeniosa teoría de la *déconstitutionnalisation par l'effet des révolutions*. Esmein (12) explica el fenómeno desconstitucionalización, sosteniendo que las disposiciones de esta naturaleza, que sólo mantienen con la Constitución decaída un vínculo puramente de hecho, le sobreviven legalmente y no caen con ella. Se las considera leyes ordinarias, lo que son en el fondo. Estas disposiciones se separan de la Constitución donde aparecían insertas y, gracias a esto, se mantienen en vigor. En contrapartida pierden la fuerza de leyes constitucionales y, en lo sucesivo, pueden ser modificadas, como cualquier ley ordinaria, por el legislador ordinario. Lo único que ha hecho la revolución es desconstitucionalizarlas.

Barthelemy y Duez (13), análogamente, estiman que subsisten aquellos preceptos de los textos constitucionales afectados por la revolución, no pertenecientes al *régimen* derrocado. Sobreviven como leyes ordinarias. La revolución los mantiene, pero descendiendo un grado en la jerarquía de los actos legislativos.

La historia constitucional francesa abunda en casos que pueden explicarse conforme a la teoría de la desconstitucionalización.

Entre ellos puede citarse el artículo 75 de la Constitución del año VIII, que establecía la garantía de los funcionarios. Un particular o el Ministerio público, no podía perseguir a un funcionario sin antes obtener la autorización del Consejo de Estado. Este principio, que concedía seguridad a los funcionarios públicos, parecía conveniente mantenerlo y así se estimó (al desaparecer el Imperio en 1814), que el artículo 75, aunque formaba parte del instrumento constitucional, no pertenecía al régimen político derrocado en 1814, tan sólo era una base esencial del régimen administrativo que debería conservarse. El artículo 75 quedaba desconstitucionalizado y reducido a ley ordinaria.

El artículo 5 de la Constitución de 4 de noviembre de 1848, que abolía la pena de muerte, en los delitos políticos, no se consideró li-

---

(12) A. ESMEIN-M. NEZARD: *Éléments de droit constitutionnel français*. Sirey. París, 1928, II, pág. 577. Cfr. además CARLO ESPOSITO: *La validità delle leggi*. Cedam Padova, 1934, págs. 209-213.

(13) *Traité de Droit Constitutionnel*, 2.<sup>a</sup> ed. Dalloz. París, 1933, páginas 227 y ss.

gado, esencialmente, al régimen republicano y se estimó que el golpe de Estado del 2 de diciembre de 1851 no lo derogó. Fué la Constitución de 1848 la que dejó de existir, de manera que esta disposición tuvo, a partir del 2 de diciembre de 1851, valor de ley ordinaria.

La teoría de la desconstitucionalización, por efecto de la revolución, es útil en la medida que explica la supervivencia de disposiciones anteriores que integraban el texto constitucional decaído. Ahora bien, la innegable utilidad que reporta no oculta ciertos fallos que merecen ser examinados.

En primer lugar, juzga suficientemente resuelta la distinción entre leyes material y formalmente constitucionales. Sin embargo, esta discriminación dista mucho de ser absoluta, pues trátase de una diferenciación relativa en la medida que las diversas fórmulas políticas consideran materia constitucional a contenidos variadísimos.

Por otra parte, es obvio que no todo el contenido de la Constitución es Derecho constitucional material, ni todo el Derecho constitucional está comprendido en la Constitución. La teoría de la desconstitucionalización parte de la primera afirmación, que existen materias sólo formalmente constitucionales porque el legislador las introdujo en la Constitución y son, precisamente, estas materias las que desconstitucionaliza la revolución. Puede ocurrir que contenidos materialmente constitucionales, pero no integrados en la Constitución, o sea, que son legislación ordinaria, incluso antes de la ruptura revolucionaria, se conserven y aun se consideren por el nuevo régimen como contenido constitucional, entonces asistiríamos al fenómeno inverso del anterior, la constitucionalización de leyes ordinarias. Por consiguiente, la tesis de Barthelemy de que sólo subsisten las disposiciones que no se refieren al régimen periclitado no parece exacta. Expliquémonos. Una Constitución puede ignorar la existencia de partidos políticos y no atribuirles funciones constitucionales y, sin embargo, la legislación ordinaria regula sus actividades de forma que la existencia y funciones de tales partidos califican al régimen, aunque no se considere materia constitucional. Si la revolución se manifiesta más consecuente que el régimen anterior y eleva esa misma legislación a la categoría constitucional, se producirá la conservación y constitucionalización de leyes que se referían materialmente al régimen caduco, no cumpliéndose la afirmación de Barthelemy de que sólo subsisten, tras el hecho revolucionario, las prescripciones que no se referían al régimen. Se da, además, un proceso contrario de ascensión en la escala jerárquica de los actos legislativos, puesto que una ley ordinaria ocupará el grado inmediato superior de las normas constitucionales.

La razón fundamental de la supervivencia de tales preceptos es la necesidad que la vida social tiene de ellos, pues el hecho de que la revolución los mantenga lo demuestra claramente. Ocurre algo parecido con las leyes ordinarias elaboradas bajo la vigencia de la Cons-



titudin suprimida que continúan en vigor, con ligeras modificaciones, en el nuevo régimen. No se puede dismantelar todo el ordenamiento jurídico anterior; sólo, paulatinamente, se realizarán los cambios exigidos por la nueva situación. La desconstitucionalización no se aplica a todas las disposiciones que estrictamente no son materia constitucional, pues si así fuera, todos los preceptos de esta especie —abundantes en las Constituciones rígidas— sobrevivirían transformados en leyes ordinarias, de manera que uno de los efectos de la revolución consistiría, por un lado, en destruir la Constitución, por otro, en corregirla en la medida que reconducía a su verdadero ámbito —la legislación ordinaria— las disposiciones arbitrariamente consideradas por el anterior ordenamiento constitucional como contenido fundamental. Es cierto que no hay que imaginar la revolución esencialmente destructora ni totalmente innovadora. La primera afirmación parece estar impregnada de alguna dosis valorativa, discutible según la ideología que se adopte, y que sólo puede justificarse con criterios trascendentes. La segunda no siempre es verdad, pues existen revoluciones que llamaremos preterizantes o, al menos, que intentan restablecer situaciones pasadas.

Otro problema distinto, estudiado con profusión por la doctrina alemana, es la ruptura, o quebrantamiento de la Constitución (*Verfassungsdurchbrechung*). Hay quebrantamiento de la Constitución cuando una ley deroga, en un caso concreto, una norma constitucional, la cual, sin embargo, conserva validez en los demás casos. No se trata, por consiguiente, de una abrogación de esa norma constitucional, sino de excluir su aplicación a ese caso concreto.

La doctrina se encuentra dividida respecto a la legitimidad o no de la ruptura de la Constitución. Los que la admiten señalan, entre otros argumentos, los casos de *auto-ruptura de la Constitución*, es decir, cuando la Constitución misma deroga o autoriza al legislador para derogar alguna norma constitucional.

La Constitución italiana, por ejemplo, presenta casos de auto-ruptura en las disposiciones transitorias I.<sup>a</sup>, II.<sup>a</sup> y III.<sup>a</sup>, puesto que derogan las normas establecidas en la Constitución para la primera elección del Presidente de la República y del Senado. La discusión se agudiza centrándola en la *vexata quaestio* si la generalidad es nota esencial o no de la ley en sentido material. Para los que defienden que la generalidad es nota esencial de la ley, es muy difícil comprender cómo un precepto constitucional puede derogarse para un caso particular y continuar rigiendo. Si esa disposición contiene un principio fundamental como, por ejemplo, la igualdad ante la ley, o el sufragio universal, etc., es imposible considerar legítimo el quebrantamiento constitucional. Existen, además, otras razones de seguridad jurídica que no toleran la violación, siquiera para casos excepcionales, de normas contenidas en la Constitución, de manera que, en términos generales, puede considerarse ilegítimo el quebrantamiento de la Constitución.



## VIII

Prescindiendo de otros problemas conexos, como la interpretación de las normas constitucionales y el problema de las lagunas en el ordenamiento constitucional, importa referirse a los diversos sistemas de reforma de la Constitución. Sin embargo, antes de considerar el camino que sigue el procedimiento de revisión, merece la pena señalar la íntima dependencia que existe entre los sistemas de reforma y las formas políticas, en la medida que estas últimas condicionan los procedimientos reformadores a los supuestos estructurales connaturales a su fórmula política. En este sentido, los caminos seguidos por la revisión en un Estado autoritario son distintos de los fijados por uno democrático y, aun dentro de este último, caben formas diferentes según el peculiar modo de organización política previsto en su Constitución. Así, las formas autoritarias atribuirán funciones predominantes, en la iniciativa de la reforma, al Ejecutivo, en tanto que una forma parlamentaria concederá funciones relevantes, en la reforma, al legislativo. Las Constituciones que establecen las instituciones de la democracia semi-directa (iniciativa popular, *referendum*) ampliarán la esfera de acción de la participación y ratificación popular.

De esta suerte se comprueba, una vez más, la efectividad de la fórmula política, pues si antes establecía límites absolutos implícitos, o expresos, a la revisión de las normas constitucionales para asegurar su permanencia, ahora condiciona, desde su peculiar concepción estructural, los procedimientos modificadores.

Por otra parte, el intento de reformar una Constitución no depende, exclusivamente, de que se pueda recorrer con éxito el tortuoso camino de la revisión, cumpliendo los requisitos formales, obteniendo las mayorías necesarias..., a veces todo esto puede superarse con relativa facilidad pero, sin embargo, tropieza con un obstáculo político importante, el clamor de la opinión pública que es contraria a tales modificaciones. Es este un freno interesante, al que no hemos aludido en la cuestión de los límites, pero cuya influencia merece considerarse sobre todo allí donde la fórmula política exalta los principios democráticos. Ciertamente, en esta cuestión nos movemos en un terreno quebradizo, en la medida que la fuerza de la opinión pública escapa a las dimensiones jurídicas, pero se trata de un factor de la integración social que no puede olvidarse en la teoría de los cambios de la Constitución y que aparece a medio camino de los datos jurídicos positivos y de la vertiente sociológica.

Es natural que las distintas formas políticas se preocupen de regular, de acuerdo con sus conveniencias, el procedimiento modificador de las normas constitucionales. Cuanto más dogmática es una concepción política, más interesada está en que los preceptos que expresan sus convicciones perduren y logren escapar a los intentos de re-

visión. Así, la ecuación entre forma política rígida (en el sentido de dogmática) y Constitución rígida se produce con facilidad, lo mismo que la dependencia de los procedimientos reformadores de los modos estructurales de esa forma política. Existe marcado interés en que la creación de nuevas normas constitucionales, o la modificación de las existentes, se realice a tenor del orden de relevancia política atribuido a cada órgano (el Ejecutivo en las formas políticas rígidas, etc...). Ahora bien, en la medida que las formas democráticas van superando el anterior relativismo axiológico y consideran a un núcleo de afirmaciones políticas como inalterables, prodúcese un fenómeno análogo al experimentado en los Estados autoritarios y se acentúa la rigidez considerando irreformables los preceptos que manifiestan esa fórmula política, salvo que por exigencias organizadoras de tales formas sea menester que la participación en la reforma gravite sobre los órganos representativos. Existe, no obstante, alguna prevención respecto a conceder influencia decisiva al pueblo mediante las instituciones de la iniciativa y *referendum*, de suerte que la antigua tensión entre representación y manifestación, sin intermediarios, del pueblo, todavía no se ha integrado en una síntesis satisfactoria. Las actuales Constituciones que introducen la iniciativa y el *referendum* en el proceso de creación y modificación de las normas constitucionales, lo han hecho en tales condiciones que su actuación parece bastante problemática.

Habíamos dicho que la fórmula política manifiéstase en un techo ideológico, depende de una situación social, y se conforma a ciertos principios organizadores, así ideología, estructura social (grupos políticos dominantes) y organización política, repercuten en la cuestión de los cambios constitucionales. La ideología política actúa a través de la rigidez constitucional y de los límites a la reforma; la estructura social condiciona la dialéctica permanencia-cambio, pero también, como acabamos de ver, el sistema de competencias refleja la ideología política condicionando el cambio constitucional. Ahora aparece clara la función de la Constitución sustancial en el problema de los cambios de la misma.

Prescindiendo de las particularidades propias de cada ordenamiento constitucional, es posible descomponer el *iter* seguido por el procedimiento expreso de modificación constitucional, en tres fases fundamentales: iniciativa, elaboración del nuevo texto y adopción definitiva del texto constitucional (13).

1) *Iniciativa*. En los regímenes autoritarios corresponde al *Ejecutivo*, como sucedió en las Constituciones francesas de los dos Imperios y en las modernas formas autoritarias (Constitución rumana de 1938, artículo 97; Constitución portuguesa de 19 de marzo de

---

(14) Seguimos en esta parte a BURDEAU, ob. cit. III, págs 270 y ss.



1933, artículo 135). En cambio, cuando existe desconfianza respecto al Ejecutivo, la iniciativa de la reforma constitucional corresponde al *Legislativo*, como ocurría en la Constitución francesa de 1791 (título VII, artículo 2) y del año III (art. 336). La separación rígida de poderes determina, en Estados Unidos de Norteamérica, que la proposición de la revisión emane de los dos tercios de las dos Cámaras, o de las legislaturas de los dos tercios de los Estados (art. V). La forma federal confía la iniciativa también a las legislaturas de los Estados miembros en varios países hispanoamericanos y en la U. R. S. S. (art. 146).

El procedimiento que se considera más de acuerdo con la fórmula democrática es la *participación común del pueblo y de los órganos constituidos*. Siguen este modelo la mayor parte de los Estados de la Unión norteamericana y Suiza (artículo 120). Análogamente, la Constitución de 1947 de Mecklemburgo y Pomerania (artículo 59), de Renania-Palatinado (Constitución de 1947, art. 108) y el artículo 71 de la vigente Constitución italiana.

Sin embargo, la regla más extendida es la *participación común del Ejecutivo y Legislativo*, que equivale al procedimiento empleado en los regímenes parlamentarios para la elaboración de la legislación ordinaria. Este es el sistema empleado por las leyes constitucionales francesas de 1875 (art. 8) y la actual Constitución de dicho país (arts. 14 y 90). Un importante núcleo de Constituciones se ajustan a este tipo (los países escandinavos, Bélgica (art. 131), Holanda, Alemania occidental (art. 79), Wurtemberg-Hohenzollern (art. 89), Wurtemberg-Baden (art. 81), Hesse-Nassau (art. 99), la Constitución española de 1931 (art. 125), la de Polonia de 1935 (artículo 80), etc.).

Una vez verificada la iniciativa se plantea esta cuestión: ¿a qué órgano corresponde decidir si debe procederse a la reforma? La regla general concede esta atribución a las asambleas legislativas. Surgen, entonces, múltiples obstáculos para dificultar la revisión (diversas lecturas del proyecto modificador, mayorías especiales y *quorum* elevado); el sistema bicameral actúa aquí como importante freno. Numerosas Constituciones adoptan estos procedimientos. También se produce la participación común de la legislatura y el pueblo en la decisión sobre la reforma. Por ejemplo, la Constitución citada de Renania-Palatinado (art. 129), Wurtemberg-Hohenzollern (art. 72) y Hesse-Nassau (art. 105).

2) *Elaboración del nuevo texto*. El método más extendido confía al legislador ordinario la tarea de establecer el texto que reformará la Constitución. Sin embargo, esta regla sufre diversas atemperaciones que, en líneas generales, siguen estos tres modelos:

a) El tipo ofrecido por las leyes constitucionales francesas de 1875, que establecían una Asamblea nacional compuesta de las dos Cámaras reunidas. La doctrina se planteó el problema si se trataba, la Asamblea Nacional, de un órgano distinto del Parlamento, tenien-



do en cuenta que se componía de los mismos miembros que integraban las Cámaras.

b) La reforma constitucional se realiza por las Cámaras ordinarias que han sido antes renovadas por las elecciones Noruega (artículo 112), Suecia (art. 81), Bélgica (art. 131), Holanda (art. 198). De esta manera la revisión se efectúa teniendo en cuenta la decisión del Cuerpo electoral.

c) La reforma la efectúa el legislativo ordinario, pero con arreglo a ciertas condiciones especiales (mayorías de dos tercios de los miembros que componen la Asamblea, diferentes lecturas consecutivas). La Constitución de Weimar disponía, en el artículo 76, que las reformas sólo podrían votarse estando presentes los dos tercios del número legal de los miembros del Reichstag y con la mayoría de dos tercios del número de los presentes.

3) *Adopción definitiva de la reforma.* También en esta última fase participan diferentes órganos. Algunas Constituciones simplifican esta etapa atribuyendo al mismo órgano que discutió la reforma el poder de conferirle valor obligatorio. Así, Bélgica (art. 131), España, Constitución de 1931 (art. 125), U. R. S. S. (art. 146).

Otras Constituciones exigen que el pueblo sea consultado (muchos Estados de la Unión Norteamericana, Suiza (arts. 120, 121), Constitución de Weimar (art. 76), Irlanda, Constitución de 1937, (artículo 46). En Italia, Francia y Renania-Palatinado, se recurrirá al referendun si la ley constitucional no ha obtenido una mayoría especial en el voto del Parlamento.

Por último, a veces se requiere para la adopción definitiva la decisión de una Asamblea especial. En Estados Unidos, a tenor del artículo V, las enmiendas sólo entrarán en vigor si se ratifican por las legislaturas de tres cuartos de los mismos. En los Estados miembros las convenciones comparten con el pueblo la decisión final. Varios países hispanoamericanos se han inspirado en este método.

## IX

Hemos intentado en esta exposición, que ahora termina, ofrecer una teoría de los cambios constitucionales que sin ser ajena a las dimensiones reales en ella implicadas, tampoco incurriera en una visión exclusivamente empírica.

Empleando el concepto fecundo de Constitución sustancial, pueden esquivarse dos riesgos: el anteriormente aludido, que pierde las perspectivas del Derecho positivo y el formalismo, del que han pecado con frecuencia los constitucionalistas.

La teoría de los cambios de la Constitución es, pues, uno de los temas en donde puede demostrarse la conexión entre norma y realidad. Una importante tarea consiste, a nuestro entender, en trazar, rigurosamente, las líneas capitales de esa teoría.