

El problema de la "desconstitucionalización"

Por NICOLAS PEREZ SERRANO

Catedrático de Derecho Político
de la Universidad de Madrid

1.—Las disonancias entre la Constitución y la realidad social. 2.—La "desconstitucionalización" de preceptos en momentos revolucionarios. 3.—Referencia a otros problemas conexos. 4.—Otro aspecto de la "desconstitucionalización" en la misma Francia. 5.—La "desconstitucionalización" en nuestro Código doceañista. 6.—La Constitución rígida y la "superforma". 7.—La Caja de Amortización en Francia. 8.—Alusión a MICELI y a la teoría del "tránsito de las fuentes". 9.—Insuficiencia de la explicación formalista. 10.—Lo constitucional "*ratione materiae*" y lo constitucional "*ratione formae*". 11.—Rango dispar de los artículos de una Constitución cualquiera. 12.—El mundo jurídico tiene también horror al vacío".

1.—P. LUCAS VERDU ha sentido entre nosotros preocupación por las disonancias entre realidad social y Constitución, así como por la posibilidad de que ésta vaya acogiendo, incorporándose, nuevas facetas, realizando aquella *integración* en que a juicio de SMEND, consiste toda la vida del Estado. Y en su estudio *El problema de los cambios de la Constitución* (en *Boletín informativo del Seminario de Derecho político*, Univ. de Salamanca, Mayo-Junio de 1955, págs. 33 ss.) plantea, entre otros temas atrayentes, el relativo a la mayor estabilidad de algunas leyes o instituciones jurídicas ordinarias, por contraste con la fragilidad de las leyes fundamentales. Y así, el caso de disposiciones concretas que surgieron en el seno de una Constitución y que, desaparecida ésta por obra revolucionaria, subsisten por su propia cuenta.

* * *

2.—A este respecto, y con referencia específica a la doctrina francesa (ESMEIN, BARTHELEMY - DUEZ), dice que se ha elaborado la ingeniosa teoría de la *déconstitutionnalisation par l'effet des révolutions*, con arreglo a la cual esas disposiciones que sobreviven tenían un mero vínculo de hecho con la Constitución arrollada, y por eso no caen al mismo tiempo que ella. Son leyes ordinarias en el fondo, y por ello conservan vigor aun cuando sucumba el texto constitucional en que se hallaban insertas. Y puesto que ya no tienen el rango de preceptos constitucionales, pueden ser modificadas por el Legislativo como una ley ordinaria cualquiera. Lo único que hizo la revolución fué... desconstitucionalizarlas, según ESMEIN. Y por modo análogo, BARTHELEMY y DUEZ estiman que subsisten los preceptos constitucionales no afectados por la revolución, precisamente porque no se referían estrictamente al *régimen* derrocado: lo que ocurre es que la Revolución, al mantener su vigor, los degrada en la jerarquía de los actos legislativos, pues los reduce a la categoría de leyes ordinarias.

Los dos ejemplos clásicos en el Derecho francés son los relativos al artículo 75 de la Constitución del año VIII y al artículo 5.º de la Constitución de 1848. El primero de estos preceptos exigía la autorización del Consejo de Estado para proceder contra los funcionarios públicos; el segundo abolía la pena de muerte para los delitos políticos. Pues bien, uno y otro siguieron con vigor legal después de haber caído el Imperio y después de haber sucumbido la Constitución de la segunda República. Porque se entendió que no eran disposiciones directas e íntimamente ligadas al régimen político que desaparecía (1).

A juicio de LUCAS VERDU la teoría de la desconstitucionalización puede tener utilidad, pero presenta algunos fallos, pues da por resuelta una cuestión que sigue en pie (la diferencia entre lo que es constitucional por razón de la materia y lo que únicamente lo es por razones de forma); además, y como considera que sólo es Derecho constitucional lo que está contenido en la Constitución, no se da cuenta de que puede haber materia constitucional en leyes ordinarias, e incluso cabe que un nuevo sistema político las inserte en su Código fundamental, dándose fenómeno inverso al estudiado, ya que estaríamos en presencia de un caso de "constitucionalización". A la postre, y siempre según el mismo autor, lo que acontece es que esos preceptos "degradados" perduran porque la vida social tiene necesidad de ellos, y por ello ni la Revolución desmantela todo el orden jurídico anterior, ni subsisten tampoco todas las disposiciones no sustancialmente constitucionales que incluía el texto periclitado.

(1) Por cierto que el segundo Imperio francés abusó tanto del famoso artículo 75 citado, que tan pronto como se formó en Francia el Gobierno de la Defensa Nacional se apresuró a derogarlo mediante el Decreto Directorial del 13 de septiembre de 1870, como puede verse en BARTHELEMY DUEZ-TRATÉ, nueva edic., París. 1933, p. 227.

3.—A este propósito no resultará ocioso discurrir en torno al interesante problema y poner de relieve algunas facetas, a saber: 1) cómo en la misma Francia hay otro aspecto de la desconstitucionalización; 2) cómo en España cabe rastrear alguna manifestación de aquel proceso; 3) cómo, en el fondo, se trata del eterno tema de “la forma”, medio jurídico-instrumental, fértil en aplicaciones dentro del constitucionalismo; y 4) cómo, a la postre, fallan para su cumplida explicación los razonamientos jurídicos y hay que acudir a otras motivaciones.

* * *

4.—El proceso de desconstitucionalización ha tenido en la misma Francia otra forma de aplicación, pues en más de una ocasión se ha acudido al mecanismo de “degradar”, de “rebajar el rango” de algún precepto contenido en las leyes constitucionales de 1875, para poder después, sencillamente, por simple ley ordinaria, derogar la disposición que ya no interesaba mantener. Así, por ejemplo, la ley constitucional del 25 de febrero de 1875, en su artículo 9.º, fijaba en Versalles la residencia del Poder ejecutivo y de las dos Cámaras (por recuerdo y en abominación de los desórdenes parisienses durante la Commune); pero en la revisión constitucional del 21 de junio de 1879 quedó desconstitucionalizado el precepto, y por ello pudo más tarde la ley ordinaria de 22 de julio de aquel año trasladar la sede de los Poderes mencionados a la capital de la Nación. Y a su vez en la revisión constitucional efectuada el 14 de agosto de 1884, quedaron desconstitucionalizados los artículos 1.º al 7.º de la ley constitucional de 24 de febrero de 1875, y luego la ley ordinaria de 9 de diciembre del propio año suprimió los Senadores vitalicios y la igualdad de los Municipios en el Colegio electoral que designaba a los miembros de la Cámara alta (2). Véase cómo la teoría francesa de la “desconstitucionalización” presenta una doble vertiente, de matices antagónicos, porque unas veces sirve para conservar la vigencia de preceptos útiles, y en otras se emplea para preparar una muerte suave a disposiciones que ya habían perdido razón de subsistir.

* * *

5.—La Constitución de Cádiz disponía en su artículo 143 (comprendido en el título III, “De Las Cortes”, capítulo VIII “De la formación de las leyes y de la sanción Real”) lo siguiente: “Da el Rey la sanción por esta fórmula, firmada de su mano: “PUBLÍQUESE COMO

(2) Cfr. HAURIUO, *Précis de Dr. Const.*, 2.ª ed., 1929, p. 373, y BAR-THÉLEMY-DUEZ, *ob. cit.*, p. 471.

ley". A su vez, el artículo 155 consignaba la fórmula con sujeción a la cual se habían de promulgar las leyes (3).

Pues bien, ambos preceptos han venido aplicándose hasta el final del Reinado de Don Alfonso XIII, sin más variación que alguna de matiz, como cambiar, por ejemplo, el nombre de autoridades, por lo que a la promulgación se refiere, o añadir la firma (sin rúbrica) del Ministro de Justicia como Notario Mayor del Reino en lo que toca a la sanción.

Y se explica. No ya el Estatuto Real, simple Real Decreto de Convocatoria de Cortes, sino las sucesivas Constituciones monárquicas de nuestro siglo XIX, prescindieron de los detalles a que había propendido el texto doceañista. Y así, cuando se ocuparon de las dos cuestiones mencionadas (pues la Constitución de 1869 no las aborda siquiera) se limitaron a consignar una regla algo lapidaria: "El Rey sanciona y promulga las leyes". De este modo aparece la norma en el artículo 46 de la Constitución progresista, y en idénticos términos se expresan la doctrinaria de 1845 (artículo 44), la non-nata del bienio (artículo 50) y la canovista de 1876 (artículo 51). Más aun, en el proyecto de Constitución preparado por Bravo Murillo (1852) no falta el correspondiente artículo (el 24 concretamente) que reproduce las palabras sacramentales, ya consagradas.

* * *

6.—El Derecho político norteamericano aportó, entre otras cosas, la figura jurídica de un Código fundamental con jerarquía formal privilegiada, es decir, lo que hoy llamamos "Constitución escrita rígida". A partir de ese momento se da una notoria diferencia de rango entre la Constitución y las leyes ordinarias, pues éstas no pueden intentar la modificación de aquella, para cuya reforma se requiere la actuación de órganos especiales o el empleo de un procedimiento *sui generis*, distinto del habitual en materia legislativa. El jurista, siempre enamorado de las garantías formales, había hallado un maravilloso talismán: el de la *superforma*, característico de lo constituyente. En lo sucesivo, cuando se quisiera proteger a ultranza el contenido de un precepto o la entraña de una institución, bastaría con

(3) Merecen recordarse los términos literales de este último precepto. El artículo 155 de la Constitución de Cádiz rezaba así: "El rey, para promulgar las leyes, usará la fórmula siguiente: "N. (el nombre del rey), por la gracia de Dios y por la Constitución de la Monarquía española rey de las Españas, a todos los que las presentes vieren y entendieren, saber: Que las Cortes han decretado, y Nos sancionamos, lo siguiente (aquí el texto literal de la ley); por tanto mandamos a todos los Tribunales, Justicias, jefes, gobernadores y demás autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas, de cualquier clase y dignidad, que guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar la presente ley en todas sus partes. Tendréislo entendido para su cumplimiento, y dispondréis se imprima, publique y circule" (va dirigida al secretario del Despacho respectivo).

llevar su regulación a un lugar de la Constitución rígida existente, pues así quedaba ello exento de cualquier volubilidad por parte del Parlamento (4).

Ni siquiera se necesitaba que el contenido tuviera verdadera "substancia constitucional", porque no estando definida ésta dogmáticamente en ningún sitio, mal cabía pensar en un *numerus clausus* a este respecto. Esto es, que "lo constitucional", en un país de ese tipo, reconocía dos fuentes u orígenes: 1) la institución era constitucional porque afectaba a la estructura básica del Estado (régimen monárquico, sistema parlamentario racionalizado, igualdad ante la Ley); 2) era constitucional... porque se había logrado insertarla en el Código político rígido, disfrutando ya por eso de una coraza protectora contra agresiones posibles del Legislativo (derecho a oír la radio, subsistencia de las Facultades universitarias de Teología, etc.). Mas como quiera que en el primer caso se está desde un principio en la esfera de lo genuinamente constitucional, no se hace ningún favor a la institución con darle ese trato: le correspondía *iure proprio*. En cambio, cuando nos enfrentamos con la segunda hipótesis, se da la consideración de "constitucional" (por los motivos que sean) a una institución que genuinamente no lo era, pues sin ella podía normalmente funcionar el régimen: entonces, al darle formalmente una categoría que en sustancia no debía corresponderle, se le hace favor, pues se la *constitucionaliza*, o lo que es lo mismo, se la mira "como si" fuese constitucional, aun a sabiendas de que no lo es.

Haciendo aplicación de conceptos harto conocidos en nuestro Ordenamiento jurídico, cabría decir: que con los preceptos o instituciones del primer grupo ocurre como con las personas que por ser naturales del país adquieren su nacionalidad por el hecho mismo del nacimiento; y, por el contrario, los preceptos o instituciones del grupo segundo logran esa nacionalidad a virtud de un hecho posterior e independiente del nacimiento, por obra de una *naturalización*. Más aún; si no pudiera prestarse a interpretaciones discutibles, cabría alegar también que sucede en este caso como acontece en ciertas figuras de infracción punible, esto es, con los delitos llamados "artificiales": son delitos, no *quia mala in se*, sino *quia prohibita*, y sólo a contar de la prohibición.

* * *

7.—La segunda República francesa acudió en ocasión sonada a este sortilegio de la superforma. Siendo jefe del Gobierno Poincaré, quiso afirmar la confianza en el franco, y para ello, entre otras medidas, adoptó la de que tuviera carácter constitucional la Caja para

(4) La preocupación existía ya, *servata distantia*, y con otros matices, en el *ancien régime*, pues no en balde la propia Francia presenta el caso de las *leges fundamentales*, las *leges imperti*, no modificables por el monarca, pese a su plenitudo potestatis.

Amortización de bonos relativos a la Defensa Nacional, naciendo con tal motivo otro precepto *fundamental*, el del 10 de agosto de 1926. Ahora bien, con independencia del noble propósito a que la iniciativa respondiera, y prescindiendo del éxito que la acompañó (¿fe en la Constitución?, ¿fe en el Gobierno?), lo positivo es que dicha Caja no representaba órgano vital del sistema político existente, y por tanto no era una institución típicamente "constitucional". Y ello revela el carácter relativo y contingente que, en uno u otro sentido, tienen las apelaciones a la mera forma.

* * *

8.—Contemplando el caso desde un cierto ángulo visual, cabría pensar que, en el fondo, nos encontramos, una vez más, con un fenómeno bien estudiado en las disciplinas jurídicas al tratar de las fuentes: hay lo que MICELI denomina "tránsito de fuentes", o sea que una regla o norma pasa de una a otra categoría, conservando el contenido de su propio mandato; la regla consuetudinaria viene a ser recogida en una ley, o la institución que aparecía regulada en una ley ordinaria pasa a formar parte de la Constitución. Materialmente nada ha variado; la norma sigue siendo la misma; su contenido es idéntico; lo que ha cambiado es el rango formal, el lugar que le corresponde ocupar en la jerarquía de las fuentes. Así ha ocurrido con el régimen parlamentario, simple práctica inglesa, luego incorporada a algún Reglamento de Cámaras, y finalmente convertido (con mayor o menor acierto, que ésta es otra cuestión) en parte integrante de algunas Constituciones, durante el auge algo efímero de lo que se miró como "la racionalización del régimen parlamentario". Por otra parte, ejemplo muy reciente y de sobrada elocuencia tenemos con la práctica norteamericana relativa a la reelección presidencial, que ha venido a formar la última Enmienda del texto de 1787.

Por lo demás, y si quisiéramos generalizar un poco, todavía pudiera agregarse que la vida política es zona propicia a todo relativismo; las circunstancias de lugar y tiempo, la "coyuntura" (como diría un economista) inducen a veces a modular una institución con arreglo a particulares conveniencias derivadas del momento. Y entonces, y aun a conciencia de que se trata, por ejemplo, de un acto administrativo por su esencia o entraña, se le convierte en acto atribuido al Poder Legislativo, para evitar acaso los abusos a que el Ministerio venía acudiendo en esa materia; tal ocurrió, v. gr., con los ascensos por méritos de guerra, tarea ciertamente no legislativa, y que, ello no obstante, se asignó *commoditatis causa* al Parlamento por vía de prudente freno. Y lo mismo sucede con las concesiones de pensiones extraordinarias, que no son realmente "leyes", pero se acuerdan por medio de una ley. Cabría en esos supuestos, si no fuese por la fealdad del neologismo, hablar de "actos *normativizados*", porque se les daba aparente carácter de normas, aun constando que no lo eran.

Y *a sensu contrario*, ¿no son actos “jurisdiccionalizados” todos aquellos que suelen atribuirse al organismo judicial, aun siendo por su intrínseca naturaleza actos administrativos, cual acontece con casi todos los de la Jurisdicción voluntaria?

* * *

9.—El moderno constitucionalismo parece inspirado por dos preocupaciones (5): una *de fondo* (mantener un régimen de libertades) y otra *de forma* (buscar desde afuera, algo mecánicamente, la garantía de ese mismo régimen). Y como el Estado de Derecho, en que se traduce el constitucionalismo, propende a implantar un sistema de recursos de tipo más bien jurisdiccional, la consecuencia es que la vida estatal, así en lo administrativo como en lo político, propende también a una cierta *judicialización*, pues se organiza sobre preocupaciones de formalismo, con la base de un sistema de recursos; y se estima que el Poder judicial es el llamado por antonomasia a resolverlos, en forma neutra, no apasionada, ni influenciada por motivaciones extra-jurídicas.

Prima facie pudiera, pues, entenderse que la fórmula kelseniana, con sus criterios normativistas, con su jerarquía de preceptos, con su Nomoestática y su Nomodinámica para explicar todo el fenómeno de la producción jurídica, habría de ser la doctrina providencial llamada como ninguna otra a dar satisfactoria solución a todos los problemas que en esta materia se plantean. Y sin embargo, más bien resulta lo contrario, porque arrancando toda la construcción de la idea de la Constitución entendida como *norma normarum*, de la cual hay que partir y en cuyo escalonado y ulterior desenvolvimiento en leyes, Decretos, actos administrativos y fallos judiciales radican la virtualidad y eficacia de esos hechos o de esas normas inferiores, claro parece que cuando la Constitución sucumbe por obra del ímpetu revolucionario (y aparte reflexiones colaterales sobre la vigencia del Derecho revolucionario, tramitado sin respetar el principio de la secuencia jurídica formal), cae por entero el edificio del Ordenamiento legal, como caería una casa cuando desaparecieran sus cimientos, apoyo de todo el edificio.

Y no se diga que esos preceptos siguen valiendo porque nacieron en debida forma, con arreglo a Derecho; porque la realidad es que...

(5) Otra preocupación, implícita, pero notoria, pudiera señalarse: la vocación a la perpetuidad. Cierto es que todo legislador aspira a que su obra tenga valor perenne, desde el autor de un Código civil hasta el redactor del Estatuto social en una Compañía Anónima; mas esa aspiración sube de punto cuando se trata del Poder constituyente, “fundador” según HAURIOU, y cuya obra se construye para centurias, a ser posible, y de ahí las disposiciones “ultra-constitucionales” que una vez y otra, y a veces en balde, proclaman la intangibilidad de una cierta forma de gobierno...

lo mismo sucedió con la Constitución en su conjunto, y sin embargo ha dejado de tener realidad jurídica, precisamente porque la norma necesita aquel *mínimum* de acatamiento, de cumplimiento, de *facticidad* en una palabra, sin la cual pierde su genuino carácter. Siempre queda sin explicación satisfactoria el fenómeno. Y buena prueba de ello nos brindarían los denodados esfuerzos hechos por preclaros juristas de la tercera República francesa para fundamentar jurídicamente la perdurable vigencia de los inmortales principios de 1789: que, en verdad, todo positivismo desemboca en iusnaturalismo cuando ofrece como justificación... *una legitimidad*.

* * *

10.—Recordando la polémica, un tiempo ardorosa, entre leyes *ratione materiae* y leyes *ratione formae*, cabría trasplantar sus tesis al terreno de “lo constitucional”. Y entonces tendríamos que dentro de una Constitución escrita, de cualquiera Constitución rígida, han logrado acogida (como antes vimos) instituciones cuya entraña o substancia les daba título para ello: régimen monárquico o republicano, Estado unitario o federal; existencia o no de un Senado. Pero, al lado de ellas, habían logrado “asilo” otras instituciones no esencialmente *constitucionales* y cuya importación obedecía a (explicables) razones circunstanciales: supresión de un partido determinado; prohibición explícita de discriminaciones raciales. Es evidente que las instituciones del primer grupo son constitucionales *ratione materiae*, mientras que las del segundo lo son únicamente *ratione formae*. Y, como es natural, las primeras hallan allí acogida porque son propias del marco en que se encuadran; la ley política se diferencia entonces de las demás como el Código penal se diferencia del civil; por razón de su específico y peculiar contenido. Por el contrario, las segundas disfrutaban de rango constitucional por motivos de oportunidad o de conveniencia, para asegurarse contra posibles violaciones legislativas ulteriores que la experiencia del pasado puso de relieve; y el corolario es que tales preceptos podían muy bien alojarse en el ámbito más modesto de una simple ley ordinaria, cuando no de un mero Decreto administrativo. Pues bien, el fenómeno de la desconstitucionalización halla su campo de aplicación predilecto en esas instituciones del grupo segundo, cuyo privilegio de forma o jerarquía va estrechamente ligado a las variables circunstancias del ambiente, más o menos agitado o sereno, más o menos normal o subversivo, en que la vida política del país se desenvuelve según regímenes, etapas y gobiernos.

* * *

11.—Más todavía: aun sin atenernos severamente a la técnica de SCHMITT, si entramos en un análisis detenido de los artículos de una Constitución concreta, cabría distinguir entre ellos disposiciones

de muy vario rango o categoría, siquiera todos externamente y por comparación con la vestidura de los que existen en las leyes ordinarias, tuvieran alguna peculiar y superior prestancia aparente. En efecto, dentro de la Parte Dogmática, y con referencia al interesante texto de Weimar, ¿no se habló de normas vinculantes *erga omnes*, de declaraciones programáticas y de puras declamaciones? Las reglas prohibitivas de valor inmediato (supresión de títulos de nobleza, p. ej.), obligaban desde la publicación. Los artículos que enunciaban una orientación futura sobre determinada cuestión (protección a la mano de obra nacional, v. gr.) obligaban tan sólo al Gobierno, y más bien moral que jurídicamente, pues nadie podía exigir ni plazo de realización, ni un contenido material específico. Finalmente, el partidismo de las fracciones había dejado no pocos residuos, simplemente literarios, de aspiraciones o propósitos para un porvenir no definido.

* * *

12.—La explicación del fenómeno ha de buscarse acaso fuera del campo estrictamente jurídico. Teniendo en cuenta la propensión de continuidad y de formalismo que a éste caracteriza, resulta difícil justificar que la Constitución, como conjunto, sucumbe a causa de una Revolución, y que, ello no obstante, algunos de sus preceptos perviven y conservan vigencia como si nada hubiera ocurrido, aunque rebajados de grado en su categoría. Ya es discutible, desde el punto de vista del estricto Decreto, que una norma, y fundamental nada menos, quede sin vigor por obra de un puro hecho anti-jurídico, como lo es el movimiento revolucionario; pero aun ha de resultar más extraño que ese Código político se derrumbe en una parte y conserve, sin embargo, virtualidad en algún otro sector. En definitiva, y lo mismo que en la vieja doctrina de las ciencias naturales la naturaleza tenía horror al vacío, así también en el orbe jurídico se nota análoga tendencia. Es el Derecho una regla necesaria para la convivencia humana, y sin él no cabe mantener el mundo de lo social, que exige siempre un *mínimum* de organización y disciplina. Por eso los golpes de Estado, las Revoluciones, y en general todas las manifestaciones de ruptura violenta con el Ordenamiento jurídico avanzan hasta donde es necesario, pero de ahí no pasan. La consecuencia es que subsisten, intocados, cuerpos legales e instituciones que no se hallan en pugna flagrante con la nueva cosmovisión que los acontecimientos traen consigo. Si la Revolución, por ejemplo, viene animada por espíritu republicano-democrático, desaparecen Monarquía y Aristocracia, pero continúa en vigor el Código civil burgués. Y, de manera similar, todas las disposiciones vigentes que no sean incompatibles con el nuevo aliento conservan validez y eficacia.

Ello responde perfectamente a la inexorable necesidad de un orden, sin el cual el complejo humano se desmorona o deshace; que no en balde es otro fenómeno bien conocido el ansia de disciplina,

de cohesión social, de ordenamiento nuevo que al propio movimiento subversivo acompaña: Gobiernos *de facto*, que mandan, desde luego, aun sin título, siquiera aspiren a consagrarse pronto *de iure*; "reglas de orden", leyes provisionales de organización de los Poderes públicos, hasta que la normalización se logre por la acción estabilizadora del tiempo y del sentimiento ciudadano; en una palabra, el suceso anti-jurídico lleva innata la tendencia a crear un nuevo y completo orden de Derecho; y por ello respeta y mantiene cuanto no desentone con las ideas primarias a que responde el impulso inspirador de la transformación súbita llevada a cabo. Y, a más de ello..., la inercia: echar mano de lo antiguo, en vez de sustituirlo precipitadamente con mayor trabajo...