

PARTE ESPECIAL  
CUESTIÓN PRELIMINAR: EL PROBLEMA  
DE LAS CONSTITUCIONES RÍGIDAS

99. Planteamiento del problema . . . . . 157

I

100. En el sentido material, y hasta jurídico y formal, todo Estado tiene una Constitución . . . . . 157  
101. En el sentido propiamente *técnico*, el régimen constitucional se caracteriza por la existencia de un sistema de reglas denominadas constitucionales, elaboradas por un poder especial, llamado poder constituyente, conforme a un procedimiento especial . . . . . 160

II

102. La rigidez constitucional, que tiende a asegurar la estabilidad de las bases de la vida política, se justifica o no según las contingencias . . . . . 161  
103. Observancia de precauciones en el empleo del procedimiento . . . . . 162  
104. El “falseamiento” de las Constituciones . . . . . 164  
105. La sanción del procedimiento. Remisión . . . . . 164

## PARTE ESPECIAL

## CUESTIÓN PRELIMINAR

### EL PROBLEMA DE LAS CONSTITUCIONES RÍGIDAS

99. Se ha hecho un estudio, desde el punto de vista *filosófico*, por las causas y los caracteres, del sistema del Estado. Era preciso comenzar por allí, porque el Estado no es una “cosa”, sino una institución al servicio de una idea, la del bien público temporal, idea que responde, por lo demás, a exigencias reales —de tendencias y de necesidades— susceptibles de constatación científica. Se trata ahora de penetrar en la *realización* del sistema: de ver cómo debe ser organizada la *autoridad* gubernamental, de definir de manera más precisa la relación del Estado con el *individuo*, de señalar, por lo menos brevemente, el lugar que ocupa el Estado en el plano *internacional*. Toda esta materia, que agota nuestro programa, constituye el objeto de los capítulos siguientes.

Pero ante todo se plantea una cuestión, relativa a la *forma* que ha de darse a las soluciones, cualesquiera que sean, aportadas a esos diversos problemas: ¿conviene que esas soluciones, por lo menos en lo que tienen de fundamental, de principal, estén contenidas en moldes más o menos rígidos, de suerte que no sean susceptibles de modificaciones más que por medio de un procedimiento especial, destinado a retardar los cambios? En una palabra, ¿conviene, con respecto a la ciencia política, que el Estado esté dotado de una Constitución?

## I

100. Expliquemos, desde luego, el sentido y el alcance de la cuestión.

Todo Estado, evidentemente, desde el momento en que existe, tiene una Constitución en el sentido *material* de la palabra. Poco importa el contenido de esa Constitución: las modalidades del régimen no están a debate.<sup>1</sup> Pero no

1 Nos separamos aquí de Hauriou, que encuentra la esencia del sistema constitucional en el carácter *nacional* de la Constitución (véase *Précis*, 2a. ed., pp. 215, 216 y ss. Comp. pp. 217, 242 y 247). Filosóficamente, empero, el problema de la Constitución no está ligado a un régimen determinado, y en especial al régimen democrático.

se concibe que un Estado esté fundado, instituido, sin que tenga, por ese mismo hecho, un cierto estatuto más o menos completo, más o menos definitivo, que es su Constitución. Y, —subrayémoslo— esta Constitución, que es la Constitución *del Estado*, es exclusivamente de naturaleza *política*. Ciertos *autores*, siguiendo a Hauriou, distinguen entre la constitución *social*, que ponen en primer lugar, y la Constitución *política* de un país.<sup>2</sup> Por constitución *social*, entienden las ideas y las reglas de organización que vivifican una sociedad determinada, sin tomar en cuenta lo que denominan la superestructura política, que es la del Estado en que esa sociedad está integrada. Esta distinción es justa en el fondo y en la forma, en tanto que se refiere a la distinción entre la sociedad y el Estado,<sup>3</sup> queriendo significar que la sociedad no es ni debe ser absorbida por el Estado, pero debe entenderse que la actitud adoptada *por el Estado* respecto de los principios *sociales*, ya sea que los consagre o trate de trastocarlos o corregirlos, depende de la Constitución *política*. Así es como los derechos de los individuos y de los grupos, elementos de la constitución *social* de los pueblos modernos (al menos de los que guardan respeto a los derechos individuales), se convierten en elementos directos de la Constitución *política*, en el momento en que reciben la garantía del Estado, de su derecho y de sus tribunales. En otros términos, la Constitución política de un país no se limita a la materia de la organización del Estado, en el sentido de gobierno, sino que abarca también la materia de las relaciones de la sociedad-Estado con la sociedad en general. Por lo tanto, la Constitución del Estado no es ni puede ser más que política, toda vez que se refiere a las relaciones de los individuos *entre sí* en el Estado y a las relaciones de los individuos y de los grupos *con el Estado*.

Pero no basta decir que todo Estado posee, en razón de su existencia, una Constitución política. Es preciso agregar que, de suyo, esta Constitución tiene algo de fijo, o, por lo menos, de continuo, y, por vía de consecuencia, tiende a imponerse como la ley superior del Estado, ligando a todos los detentadores de la autoridad, que de ella obtienen sus poderes.<sup>4</sup> En otros términos, la Constitución del Estado no es solamente *de hecho*, sino también, en mayor o menor grado, *de derecho*, y se convierte, o está

2 Véase Hauriou, pp. 611-613; Pereira dos Santos, *La Constitución politique et sociale portugaise*, París, 1935, pp. 20 y ss.

3 De una manera general, acerca de esta última distinción, véase *supra*, núm. 22.

4 Acerca de la idea de que la Constitución organiza “competencias”, véase Barthélemy y Duez, pp. 95 y ss. Comp. respecto de la idea (excesiva) de que la competencia no se presume, Hauriou, pp. 263 y 264.

en trance de convertirse, en la *norma* constitucional. En efecto, salvo en el caso en que la Constitución de un país residiera precisamente en la arbitrariedad pura del poder —de un hombre, de un grupo o incluso de todo el pueblo— los principios que componen la Constitución no están sujetos a variaciones cotidianas, al capricho de las circunstancias. La parte estructural del Estado, aun cuando sólo se encuentre *in fieri*, encierra siempre elementos estables, obligatorios; lo mismo pasa con las ideas que presiden la vida política, las “constantes” del régimen, en el interior y en el exterior. En este sentido puede hablarse de una Constitución del Estado fascista o del Estado nacional-socialista,<sup>5</sup> aunque las Constituciones de los dos Estados no estén acabadas ni tampoco precisadas en todos sus detalles. Si falta esta *regularidad* —en el doble sentido, científico y jurídico— de la constitución, no habría Estado, pues cuando todo es cambiante, indeterminado y libre, el concepto mismo de formación social desaparece.

Mejor aún, la Constitución política de un Estado determinado se traduce siempre al exterior, de manera más o menos clara, por aquello que se denomina, en lenguaje jurídico, las *fuentes formales*: usos a los que se ha dado el rango de costumbres, documentos de cualquier especie con valor oficial: carta otorgada, pacto celebrado entre el príncipe y sus súbditos, tratado de unión entre principados independientes, ley propiamente dicha. De tal suerte que, escrita o no, y cualquiera que sea su fuente, la Constitución tiene, no tan sólo el carácter de una norma obligatoria, sino el de una norma que conserva su validez hasta en tanto que la costumbre, el pacto o la ley (según el régimen) no intervengan para modificarla.

Desde esos diversos puntos de vista, las “leyes fundamentales del reino”,<sup>6</sup> o bien lo que Hauriou llama, por oposición al sistema de las “Constituciones nacionales”, “las instituciones y prácticas gubernamentales consuetudinarias”,<sup>7</sup> en Francia bajo el antiguo régimen como en Inglaterra todavía en nuestros días, representan incontestablemente elementos de Constitución política.<sup>8</sup> No solamente *está* constituido el Estado, sino que *tiene* una Constitución, a la vez duradera y tangible, de carácter jurídico y con fuerza de ley.

5 Se habla de la Constitución real, no de la Constitución formal siempre en vigor. Estatuto de Carlos-Alberto o Constitución de Weimar.

6 Acerca de las “leyes fundamentales del reino”, véase en especial Hauriou, pp. 222-246. Comp. Duguit, t. III, pfo. 96, pp. 642 y 643.

7 Hauriou, pp. 215 y ss. y 224.

8 Para Inglaterra, véase Hauriou, pp. 228 y 229.

101. Sin embargo, en el sentido *técnico* del derecho moderno, el sistema constitucional implica una nota suplementaria.<sup>9</sup> Las bases de la Constitución política, tal como están fijadas en las fuentes, cambian con éstas: la regla constitucional consuetudinaria evoluciona de acuerdo con la costumbre; la regla escrita se transforma por el pacto, el tratado o la ley. Y si el procedimiento consuetudinario no funciona de ordinario sino con cierta lentitud, basta una ley para destruir y reemplazar otra ley. Aquí reside la dificultad: esta relativa facilidad de cambio, cuando la materia que está en juego es la Constitución del Estado o los principios fundamentales del orden político, ¿no presenta ciertos peligros para el Estado mismo, para la continuidad de su existencia pacífica, para el cumplimiento regular de su tarea? Las exigencias de la vida en el Estado ¿no requieren que una norma constitucional, en razón de su mismo carácter —*a fortiori* una Constitución completa— no sea modificada sino con precaución? Pues bien, en aquellos casos en que se toman medidas materializando esas precauciones de prudencia, se dice que un Estado tiene una Constitución, entendiéndose la palabra en sentido técnico, es decir, que tales principios reconocidos como los más importantes, inscritos a ese título en el documento llamado constitucional, están sustraídos al procedimiento normal de la modificación de las reglas estatales, para gozar de un *régimen especial de revisión*, de ordinario previsto y organizado por el documento constitucional mismo.<sup>10</sup> Esta revisión no será válida sino mediante la intervención de un órgano *ad hoc*, limitado a la tarea de revisión,<sup>11</sup> y denominado *poder constituyente*, cuyo funcionamiento (convocatoria, deliberación, decisión) está sujeto a formas más complicadas que las formas ordinarias de la legislación.

Poco importa la naturaleza de las materias consideradas como constitucionales y, por tal razón, sujetas a ese modo especial de revisión: algunas constituciones no contienen más que reglas más o menos completas de organización de los poderes, tales como la Constitución francesa de 1875; otras, las más numerosas, contienen también la enumeración de los derechos y a veces de los deberes del hombre en el seno de la sociedad

9 Comp., respecto de lo que se expondrá a continuación, Esmein, 8a. ed., t. I, pp. 607 y ss.; Duguit, 2a. ed., t. III, pfo. 96, pp. 639 y ss.; Hauriou, *Précis*, 2a. ed., pp. 246 y ss.; Barthélemy y Duez, nueva edición, pp. 184 y ss.

10 Véase, para el caso en que el procedimiento no está previsto Barthélemy y Duez, pp. 236-239.

11 Respecto de la no acumulación de las funciones legislativa ordinaria o ejecutiva por el poder constituyente, véase Hauriou, p. 251, texto y nota 5.

política;<sup>12</sup> las más recientes enuncian, además, ciertos principios que se refieren a la vida internacional.<sup>13</sup> Poco importan también los modos de composición del poder constituyente y los ritos del procedimiento de revisión: son extremadamente variables, a veces más solemnes y complicados, otras más sencillos, teniendo en cuenta, por lo demás, ciertas distinciones, según que se trate de la revisión parcial, de la revisión total o del establecimiento de la Constitución.<sup>14</sup> Lo que existe siempre es un mecanismo excepcional de producción de las reglas llamadas constitucionales, lo que justifica la terminología, introducida por Bryce, de constitucionalismo *rígido*, por oposición al constitucionalismo *flexible*.

Si todos los Estados, llegados a la plenitud de su existencia, tienen un estatuto constitucional, no todos practican, en cambio, el sistema de la Constitución rígida o Constitución en el sentido técnico. A decir verdad, en su forma específica, este último sistema es relativamente reciente.<sup>15</sup> Se explica por una multitud de razones que no son tan sólo de teoría política, sino también de orden histórico, psicológico e incluso filosófico. Es un determinado ambiente histórico, de hechos e ideas, el único que permite dar una explicación del constitucionalismo rígido, americano o francés, así como del constitucionalismo flexible de Inglaterra; sin embargo, el siglo XIX y el periodo de la posguerra han marcado una preferencia muy clara por el sistema rígido.

## II

102. Si fuera preciso hacer una apreciación sobre uno y otro sistema, se dirá que, en teoría, la rigidez de la Constitución de los Estados corresponde a una preocupación justa, sobre todo en los regímenes en que la fuente primaria de creación del derecho es la ley: la de garantizar contra

12 No se hace aquí distinción alguna entre las declaraciones de derechos insertadas en las Constituciones y las declaraciones de derechos propiamente dichas. Volverá a tratarse más adelante (núm. 228) de las declaraciones de derechos *sensu lato*.

13 Acerca del contenido posible de las Constituciones, véase Hauriou, pp. 246 y 247. Además, respecto de las “tendencias” internacionales de las Constituciones recientes, Mirkine-Guetzvitch, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 2a. ed., París, 1936, pp. 54-80.

14 Para el establecimiento, véase Hauriou, pp. 248-251. Para la revisión, véase Hauriou, pp. 256 y ss.; Mirkine-Guetzvitch, *op. cit.*, pp. 166-184. Además: Esmein, t. I, pp. 608-615; Barthélemy y Duez, pp. 233-239.

15 Véase, sin embargo, en lo que toca a los antecedentes, Duguit, t. III, pfo. 96, p. 642; Barthélemy y Duez, pp. 188-191.

cambios demasiado frecuentes y bruscos, a veces inconsiderados, la estabilidad de la institución política. Racionalmente, no está permitido tocar las bases de la vida del Estado más que en caso de necesidad grave que se manifiesta por una crisis<sup>16</sup> y, en cuanto sea posible, de manera limitada, por vía de enmienda más que por la de revisión total.<sup>17</sup> En cambio, como lo hace notar Hauriou, el legislador ordinario es un “poder político que está demasiado continuamente en acción para no ser peligroso”.<sup>18</sup> El mecanismo legislativo es puesto en movimiento de una manera a la vez tan habitual y tan fácil, que es preciso señalarle una esfera de competencia y de autonomía de la que le será prohibido salir. Tal es la idea inspiradora, que se explica perfectamente. Mas, en la aplicación, todo depende de la prudencia con la cual, de hecho, en un pueblo determinado, es realizada la función legislativa. En los países en que la actividad del legislador —monarca, Parlamento o pueblo— está sólidamente refrenada por las costumbres, y en que los principios considerados como esenciales están arraigados en el espíritu público, no hay necesidad de un procedimiento técnico que, por lo demás, no es infalible,<sup>19</sup> para remediar el peligro de inoportunos desmanes. En derecho, la ley lo puede todo, pero de hecho está obligada a ser prudente, y sólo con temor, y con un temor reverencial, toca al estatuto del Estado. ¿Será preciso citar el ejemplo de Inglaterra, que no conoce la Constitución rígida, en la que “el rey en su Parlamento” es todopoderoso, y en la que, sin embargo, nadie puede afirmar que no exista el bien de la estabilidad constitucional?<sup>20</sup>

103. En cambio, aun en los países en que, a causa del temperamento nacional o del clima político, el sistema rígido parece rendir los mejores servicios, hay que señalar otro peligro, en sentido inverso, que es el del exceso de rigidez en el mecanismo. La estabilidad constitucional es necesaria, ciertamente, pero las sociedades cambian, económica y espiritualmente, y las Constituciones políticas no pueden permanecer indiferentes a la evolución social. Aun dominando lo social, por la naturaleza de su principio, lo político está determinado por lo social, en la medida en que la materia limita necesariamente la forma. Es así como el régimen políti-

16 Véase Hauriou, p. 257.

17 *Ibidem*, pp. 258 y 259.

18 *Ibidem*, p. 217.

19 El poder constituyente es, en efecto, susceptible también de ser arrastrado. Véanse, acerca de este punto, las consideraciones optimistas de Hauriou, pp. 254 y 255.

20 Comp., de una manera general, respecto de las ventajas y los inconvenientes de los dos sistemas, Esmein, t. I, pp. 617 y 618.

co depende esencialmente del grado de madurez política de los súbditos; como los límites del derecho individual están sujetos a variar en concordancia con una serie de factores, tales como el factor demográfico; y como el Estatuto del Estado, desde el punto de vista internacional, se encuentra en función del grado de desarrollo de las relaciones internacionales. Ahora bien, un mecanismo de revisión tan pesado que bloqueara de hecho las adaptaciones indispensables,<sup>21</sup> correría el riesgo de crear un divorcio fatal entre la sociedad y el Estado. La sociedad triunfará sin duda y el obstáculo constitucional terminará por ceder, pero no sin perjuicio para el principio de legalidad y para el Estado mismo, quebrantado en su fundamento. Hay, pues, un grado de rigidez que no es posible sobrepassar: el sistema debe realizar el papel de freno, no de barrera.

Conviene también hacer una elección y no insertar en las Constituciones más que las reglas que lo ameritan, es decir, las que en sí o en un Estado determinado, son fundamentales, pues las otras, más contingentes, requieren mayores cambios. De otra manera la labor de reforma sufriría intolerables trabas.<sup>22</sup> Es verdad que disposiciones que nada tienen de “constituyente” o de fundamental son elevadas a veces al rango de normas constitucionales con el solo fin de ligar al legislador ordinario; pero, en tal caso, será preciso que la urgencia de la disposición le confiera, en razón de las contingencias, un valor eminente, por lo menos en el orden de la ejecución, ya que de otra manera se desvirtuaría la significación legítima del procedimiento. En sentido inverso, se encuentran con bastante frecuencia principios realmente constitucionales, que no figuran en la Constitución en sentido formal, lo que justifica la observación de Duguit de que la distinción entre las leyes constitucionales rígidas y las leyes ordinarias es puramente formal.<sup>23</sup> La lógica ordenaría sin duda que las reglas constitucionales “por lo que ve al fondo del derecho”<sup>24</sup> estuviesen revestidas del carácter rígido y solamente ellas.<sup>25</sup> Sin embargo, las circunstancias pueden decidir de diversa manera: hay principios constitucionales que no tienen necesidad de la garantía formal de la rigidez, en tanto

21 Tampoco se toma en cuenta la solución de una inmutabilidad absoluta, principio que no sería razonable: véase, respecto de este punto, Barthélémy y Duez, pp. 228-232 y 236.

22 Comp., sobre este punto, Esmein, t. I, pp. 618 y 619.

23 Véase Duguit, 3a. ed., t. I, pfo. 64, pp. 689 y 690; 2a. ed., t. III, pfo. 96, pp. 641 y 650.

24 Expresión de Hauriou, p. 227, *initio*.

25 Habrá ocasión de volver a tratar respecto de este punto: véase *infra*, núm. 173.

que otros, menos esenciales, pero más expuestos, requieren el refuerzo de un mecanismo protector.

104. ¿Será preciso añadir que fuera de la hipótesis de la revolución, que rompe las Constituciones más rígidas,<sup>26</sup> y fuera del estado de necesidad que justifica a veces su suspensión temporal,<sup>27</sup> el sistema rígido no preserva, en manera alguna, del “falseamiento” de las Constituciones?<sup>28</sup> La Constitución es “falseada” cuando, con o sin la ayuda de una interpretación reformadora, es aplicada en sentido contrario al de sus disposiciones, ya sea que éstas acaben por caer en desuso, o que se establezca un uso contrario. La hipótesis es clara en los casos de la Constitución escrita, pero se presenta también en el de la Constitución consuetudinaria, desde el momento en que toda costumbre nueva comenzó con el falseamiento de la costumbre antigua. Hay tan sólo esta diferencia, y es que para la Constitución escrita, el falseamiento es, desde el primer momento, contrario al derecho, mientras que, para la costumbre, está legitimado por el sistema mismo, que implica modificación por el uso. Precisamente por esto el sistema rígido no puede funcionar más que con respecto a las Constituciones escritas.

105. Como resultado del sistema de las Constituciones rígidas, la ley ordinaria no tiene competencia para proceder a modificar el texto constitucional, porque obrando de tal suerte incurriría en un exceso de poder y su disposición sería nula. Otra hipótesis más práctica es aquella en que, sin pretender erigirse en órgano constituyente, el legislador ordinario dictaría una disposición que, de hecho, conscientemente o no, violaría la Constitución: en tal caso la ley es simplemente inconstitucional. Mas no es este el lugar para examinar, de una manera general y abstracta, los medios susceptibles de garantizar eficazmente el monopolio del poder constituyente así como la supremacía de las reglas instituidas por él. Por una parte, esos medios deben necesariamente variar según la naturaleza del principio constitucional violado: regla relativa a la organización de los poderes y de las competencias, regla relativa a los derechos de los individuos ciudadanos, regla relativa al derecho internacional. Por otra, en ra-

26 Véase, acerca de esta hipótesis, Barthélemy y Duez, pp. 227 y 228.

27 Véase, acerca de esta hipótesis, *ibidem*, pp. 240-245. Además: Duguit, t. III, pfo. 59, pp. 696 y ss.; Esmein, t. II, pp. 88 y ss.; Hauriou, pp. 704 y ss. Volverá a tratarse el punto relativo a la aplicación de la idea de necesidad al caso del principio de la separación de los poderes: véase *infra*, núm. 176.

28 Véase, acerca de esta hipótesis, Hauriou, pp. 260 y 261.

zón misma de esa variedad, la materia es demasiado especial, demasiado técnica, para figurar en una teoría general del Estado. Sin embargo, se examinará a su tiempo<sup>29</sup> una de las sanciones posibles, a saber, el control jurisdiccional de la constitucionalidad, por lo menos en lo que concierne a los derechos individuales garantizados por la Constitución.

29 Véase más adelante, núm. 232. Además, núms. 173 y 174.