

CAPÍTULO TERCERO

LA CONSTITUCIÓN ..... 109

*Sección I. Significado de la Constitución*

I. Concepto jurídico de Constitución: esencia de la Constitución (Constitución en sentido sustancial) y dificultades encontradas para su definición. Distinción entre forma y sustancia de la Constitución ..... 110

II. Significado de Constitución formal en cuanto afirmación histórica de la ideología garantista (constitucionalismo). Diversas concepciones de la Constitución ..... 112

III. Necesidad y límites de la forma escrita. La doctrina de la Constitución “material” como búsqueda del fundamento primario del ordenamiento y condicionamiento de la Constitución formal ..... 122

*Sección II. Formación de la Constitución*

I. Procedimientos de formación de las Constituciones. Función de la costumbre. Procedimientos formales “externos” e “internos” ..... 126

II. Procedimientos monárquicos y democráticos; procedimientos federativos ..... 138

III. Procedimientos adoptados por las autocracias contemporáneas ..... 143

IV. Procedimiento constituyente provisional ..... 146

*Sección III. Contenidos de la Constitución*

I. Contenidos de las Constituciones: fines, materia constitucional e integración de los textos constitucionales ..... 150

II. Eficacia directa e indirecta de las normas constitucionales. Carácter normativo de los preámbulos y de las declaraciones ..... 159

#### *Sección IV. Variaciones de la Constitución*

I. Modificaciones a la Constitución. Modificaciones formales mediante revisión y sus límites . . . . .	164
II. Modificaciones formales por medio de derogaciones en casos especiales . . . . .	175
III. Modificaciones temporales mediante suspensión . . . . .	177
IV. Mutaciones informales, función de la jurisprudencia, de las costumbres y de las convenciones . . . . .	180

#### *Sección V. Protección de la Constitución*

I. Tutela de las Constituciones. Objeto de las normativas de tutela en las diversas formas de Estado . . . . .	187
II. Modalidades de tutela: criterios generales de organización. Instrumentos técnicos de control sobre órganos y sobre actos, justicia política, normativas <i>extra juris ordinem</i> . . . . .	191
III. Tutela mediante el control de constitucionalidad sobre los actos. El control político . . . . .	194
IV. Control jurisdiccional difuso y control concentrado; modalidades de la puesta en marcha del control; el control de constitucionalidad a través de la garantía jurisdiccional de los derechos . . . . .	197

#### *Sección VI. Los ciclos constitucionales*

Modelos y ciclos constitucionales . . . . .	206
---	-----

## CAPÍTULO TERCERO

### LA CONSTITUCIÓN

Cuando se examinan los argumentos relativos al Estado y a las diversas formas de Estado y de gobierno sobresale el concepto de *Constitución*, que se concibe en ocasiones como una estructura organizativa de la comunidad estatal o, en sentido más restrictivo, como base fundamental del ordenamiento estatal. Ahora es necesario considerar cuáles son los diversos significados atribuidos a la Constitución, los contenidos y las formas que presenta, las modalidades utilizadas para adoptarla, variarla, tutelarla; en fin, parece oportuno indicar cuáles han sido los modelos de Constitución que más han influido en las orientaciones de los constituyentes, identificando grupos homogéneos de ordenamientos constitucionales.

## SECCIÓN I

## SIGNIFICADO DE LA CONSTITUCIÓN

## I. CONCEPTO JURÍDICO DE CONSTITUCIÓN: ESENCIA DE LA CONSTITUCIÓN (CONSTITUCIÓN EN SENTIDO SUSTANCIAL) Y DIFICULTADES ENCONTRADAS PARA SU DEFINICIÓN. DISTINCIÓN ENTRE FORMA Y SUSTANCIA DE LA CONSTITUCIÓN

El concepto de “Constitución” es uno de los más difíciles y discutidos, abarca múltiples aspectos, no sólo jurídicos, de todo ordenamiento estatal. A título indicativo recordemos que se ha desarrollado una noción deontológica de la Constitución (en cuanto modelo ideal de organización estatal), una noción sociológica-fenomenológica (en cuanto modo de ser del Estado), una noción política (en cuanto organización basada sobre determinados principios de orientación política) y, en fin, particularmente, una noción jurídica. Esta última se identifica con el ordenamiento estatal o, de modo más estricto, con la norma primaria sobre la que se funda tal ordenamiento.

Según la orientación restrictiva “la Constitución consiste en aquellas normas que regulan la creación de normas jurídicas generales y, en particular, la creación de leyes formales”, o mejor en la misma norma “fundamental” que se coloca como principio del ordenamiento, en cuanto condiciona las normas sobre la producción de otras normas.

Según una orientación más amplia, la Constitución coincide con la estructura organizadora de un grupo social y, por tanto, en el caso del Estado, también con la organización de su comunidad. Tal organización asumiría carácter jurídico, y no de mero hecho, en cuanto fruto de una autodisciplina social que transforma la “fuerza” en “poder”, poder que puede calificarse jurídico, supremo. La Constitución es, pues, disciplina del “supremo poder constituido” que se refleja en las diversas entidades a las que todo ordenamiento reconoce la titularidad del poder, variando en concreto de Estado a Estado (según la forma de Estado y de gobierno).

Afirmar que la Constitución coincide con el ordenamiento del poder supremo significa, no obstante, hacer una declaración genérica, en cuanto que es arduo determinar, exhaustiva y satisfactoriamente, cuál sea en concreto el ámbito de la materia disciplinada por la normativa constitucional. Decir que la Constitución debe contener la parte “fundamental” de la normativa del ordenamiento es una tautología. Formular listas de normas “indispensables” (por ejemplo, relativas a las finalidades que caracterizan la forma de Estado, a la titularidad del poder soberano, a los criterios respecto a la institución y competencias de los órganos fundamentales así como a sus relaciones, a las que median entre gobernantes y gobernados, a la posición del individuo y de los grupos, etcétera), es en ocasiones ilusorio, ya que cada Constitución parece elegir (formal y sustancialmente) sus propios criterios individualizadores de la materia constitucional, criterios *positivos* que destacan cómo tales enumeraciones responden a *juicios de valor* opinables que valen sólo para quienes los sostienen y no necesariamente para cualquier ordenamiento.

Por lo tanto, hay que remitirse a cada uno de los ordenamientos constitucionales positivos para conocer el contenido de una Constitución. Contenido que se determina teniendo en cuenta tanto la parte formalizada en un texto solemne (Constitución *formal*) como la comprendida en textos escritos distintos de la Constitución formal y en las costumbres constitucionales, y que se deduce de convenciones constitucionales o de modificaciones tácitas de la Constitución (la llamada *Constitución real* o *viviente*, o *sustancial* y otras por el estilo). Constitución formal y Constitución sustancial no están necesariamente en contraste. Se puede limitar la segunda e integrar la primera. Pero es cierto que pretender limitar la Constitución al solo dato formal significaría, en general, ignorar aspectos importantes o fundamentales de un ordenamiento.

Un ejemplo de lo que puede entenderse por Constitución en sentido sustancial lo encontramos a nivel jurisprudencial en el *Conseil Constitutionnel* francés con el llamado *bloc de constitutionnalité*.

En cuanto al tema de la constatación preventiva de la conformidad de las leyes con la Constitución vigente (1958), era evidente que el control de competencia del Consejo sería particularmente rígido. En efecto, en la Constitución formal no existía una norma orgánica y explícita en cuanto al tema de los derechos de libertad. Sin embargo, el Consejo en algunos pronunciamientos famosos (16 de julio de 1971, referido a la libertad de asociación; 28 de noviembre de 1973, referido al tema de tasación) de-

ció que la confrontación de las normas legales a examinarse debería hacerse no sólo respecto al texto constitucional formal sino también teniendo en cuenta la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, los preámbulos de las Constituciones de 1946 y 1958, y los principios fundamentales reconocidos por la ley de la república, todos éstos comprendidos en el “bloque de constitucionalidad”, que por tanto forma parte del derecho constitucional en sentido sustancial.

## II. SIGNIFICADO DE CONSTITUCIÓN FORMAL EN CUANTO AFIRMACIÓN HISTÓRICA DE LA IDEOLOGÍA GARANTISTA (CONSTITUCIONALISMO). DIVERSAS CONCEPCIONES DE LA CONSTITUCIÓN

Cuando se menciona la potencial contraposición entre Constitución formal y sustancial, nos acercamos al tema de la *concepción garantista* de la Constitución formalizada en un documento solemne escrito, concepción típica de un particular momento histórico. En efecto, mientras no se puede discutir que todo ordenamiento político cuenta con una Constitución sustancial (admita o no ciertas formas para regular las instituciones que lo caracterizan), se debe reconocer que sólo en una determinada situación histórica se ha afirmado una ideología (el “constitucionalismo”) que ha visto en la formalización de la Constitución la *esencia* misma del ordenamiento social y político, disciplinando la forma de gobierno de modo que se reconociesen y garantizaran a los individuos frente al poder político los derechos de libertad, de manera que la misma organización del poder se repartiese según un módulo que asegurase las libertades fundamentales (la llamada separación de poderes). Un valor emblemático en tal sentido lo asume el famoso artículo 16 de la Declaración de los Derechos francesa de 1789, a cuyo tenor: “toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución”. Así se identificaba el concepto mismo de Constitución con una Constitución formalizada con un contenido específico garantista correspondiente a la ideología liberal. El concepto de Constitución, entonces afirmado, tendía a ser *absoluto* en la medida en que eventuales ordenamientos que se dieron Constituciones con inspiración y contenidos diversos fueron considerados “no constitucionales”.

Por tanto, es evidente que la Constitución formal o escrita indica, originariamente, aquel orden particular del poder que introdujeron las revoluciones liberales burguesas en Norteamérica y en Europa entre finales del siglo XVIII y la mitad del siglo XIX: se trata de la Constitución anti-feudal y antiabsolutista que garantizó las libertades individuales y limitó el poder político para asegurar la emancipación y el desarrollo de la burguesía, consagrada en un documento solemne votado por una asamblea o expedido por el monarca bajo presión de los acontecimientos revolucionarios.

La citada ideología y el carácter global de la Constitución como diseño orgánico de reestructuración de la sociedad propio de las Constituciones liberales, diferencian estas últimas de los viejos documentos constitucionales que aseguraron privilegios a estamentos, corporaciones y ciudades desde el medioevo en adelante, de suerte que no es posible, a no ser en aspectos particulares, relacionar las Constituciones escritas de finales del siglo XVIII con estas premisas históricas. En cambio, hay que recordar que un proceso de elaboración de muchos conceptos fundamentales para el constitucionalismo moderno se dio en el siglo XVII en Inglaterra, cuando se discutieron conceptos e instituciones como soberanía popular, limitaciones constitucionales, separación de poderes, función del bicameralismo, además del tema tradicional de la posición de las libertades individuales frente al poder. Según algunos, la historia inglesa entre 1640 y 1660 tuvo más peso en el constitucionalismo occidental que la misma Revolución francesa. Sin embargo queda el hecho que los escasos documentos constitucionales de la revolución puritana (*Agreement of the People*, 1649, e *Instrument of Government*, 1653) son etapas fundamentales en la afirmación del moderno concepto de Constitución. A éstos hay que añadir los textos de las Constituciones elaboradas por los nuevos estados norteamericanos antes de la formación del Estado federal.

La idea de la *forma escrita* que se consolidó durante la Revolución francesa se mantuvo, aun cuando la restauración preferirá abandonar el vocablo “Constitución”, evocador de la ideología revolucionaria, en favor del término carta (Francia, 1814) o estatuto (España, 1834; Cerdeña, 1848). Algo semejante ocurre cuando el documento escrito no tiene pretensiones de exhaustividad, pero regula sólo algunas instituciones constitucionales (leyes constitucionales francesas de 1875, leyes fundamentales de Israel de 1958), o se considera cuando se elaboró como solución

constitucional transitoria (Ley Fundamental de Bonn de 1949, a la espera de la reunificación alemana: artículo 146).

El concepto de Constitución relacionado con la ideología liberal no es el único que se ha desarrollado en la reciente historia constitucional. Si bien ha cumplido una función determinante en los ordenamientos europeos y en los relacionados con éstos, la concepción garantista compitió contra otras concepciones, entre las cuales merecen citarse: la tradicionalista, la sociológica-marxista y la autoritaria. Las características de estas concepciones pueden sintetizarse así:

### 1. *Concepción garantista*

Como base de la *concepción garantista* de la Constitución, que aparece en la Constitución estadounidense y en las francesas, figura el principio de su carácter *racional* y *normativo*. La Constitución es una opción ordenada y coherente de principios fundamentales, basados en la razón, que ofrecen una justa posición a la función del individuo y al poder organizado que se subordina a la misma. La misma *forma escrita* asegura una garantía de racionalidad y certeza, que por el contrario no poseen las Constituciones consuetudinarias tradicionales.

Siempre en el periodo de la Revolución francesa se afirma el concepto de *poder constituyente*, que es distinto de los *poderes constituidos*: el primero es la expresión total de la soberanía, exento de condicionamientos; los segundos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) están condicionados, de modo diverso, por la decisión inicial constituyente. El mismo poder de revisión constitucional termina por ser parte del ámbito del poder constituido, ya que debe respetar los fundamentos esenciales de la Constitución o, incluso, es regulado por la misma Constitución (el llamado poder constituyente “constituido”).

La Constitución se considera un sistema orgánico de normas jurídicas sobre el cual se basa la organización de los órganos constitucionales, el complejo de sus competencias, el reconocimiento de la esfera jurídica del individuo, la relación entre autoridad pública y libertad individual. La acentuación del carácter normativo de la Constitución conduce a sostener la completa despersonalización de la soberanía estatal que de los gobernantes pasa primero al concepto abstracto de nación y, por ende, a la misma Constitución.

## 2. *Concepción tradicionalista*

La concepción liberal de la Constitución como acto de voluntad dotado de contenidos que tenían un profundo significado innovador, en cuanto incluía nuevos valores superiores de referencia (igualdad y derechos del hombre), se contraponía a la concepción precedente de la Constitución propia del *ancien régime* que concebía a la Constitución como “herencia nacional”, es decir, como una Constitución aceptada tradicionalmente en un país.

La concepción tradicionalista tuvo su papel durante la fase de la restauración. Las doctrinas de la restauración valoraban la Constitución como no atribuible a un acto de voluntad del constituyente, negando su “naturaleza artificial”. Por lo tanto, la Constitución era considerada como producto de la divinidad, puesto que aquello que es fundamental y esencial en la vida de una nación no puede atribuirse a un texto escrito por su naturaleza frágil y que está destinado a ser superado poniendo en peligro a la nación misma. O bien se valorizaba y exaltaba la estratificación espontánea de usos y tradiciones que desde hace siglos constituyen la organización social.

Por lo tanto, la concepción tradicionalista consideraba a la Constitución como un complejo de reglas transmitidas o derivadas, más no producidas de manera específica y contingente por la propia voluntad humana.

Junto a las doctrinas encaminadas a denegar radicalmente la Constitución como acto de voluntad del constituyente, existen otras que, acogiendo la idea de la Constitución-acto, la interpretaban como ejercicio de la soberanía monárquica restaurada que se manifestaba mediante Constituciones “otorgadas” (*octroyées*) o a través de pactos constitucionales entre el monarca y las clases cualificadas por la función que correspondía a la clase o al patrimonio, y que en los textos de la Constitución fijaban el reconocimiento de garantías de la libertad y de la propiedad (monarquía constitucional).

## 3. *Concepción positivista*

La concepción de la Constitución como acto de voluntad se mantiene en la fase de consolidación del Estado liberal cuando se extingue el enlace con la doctrina de la Revolución francesa, que veía el fundamento del

acto constitucional en el poder constituyente de la nación, y el punto principal de la disciplina del Estado se individúa en el Estado mismo, que se considera como algo ya constituido y continuativamente viviente. La decisión constituyente siempre existe pero es expresión del “*Estado*” ya existente y por ende “*constituido*”. En tal óptica, lo que se evidencia únicamente es la Constitución positiva. A pesar de las profundas diferencias respecto a la fase del liberalismo revolucionario francés, la doctrina positivista del derecho también considera a la Constitución como *acto de voluntad* a través del cual se establecen reglas obligatorias de organización y comportamiento, pero ésta se limita a considerar el texto formal de la Constitución en cuanto normativa vigente.

La doctrina positivista de la Constitución ha tenido un gran éxito y aún hoy ejerce sus efectos. Sin embargo, sobre todo en el periodo entre los dos conflictos mundiales, esta doctrina fue criticada y superada con el objeto de dar respuesta, por lo menos, a dos problemas importantes: el de la justificación de la naturaleza suprema de la Constitución como fundamento de todo el ordenamiento, en cuanto no todos se conformaban con el texto constitucional y se interrogaban sobre la obligatoriedad de los fenómenos sociales organizativos o de los principios normativos preconstitucionales que condicionaban a las Constituciones subsiguientes, y el de la vigencia de las reglas constitucionales no formalizadas que sin embargo tenían una relevancia sustancial en la vida global del ordenamiento estatal, integrando o sustituyendo a las formales. Los dos problemas se coligan y sobreponen entre sí, pero son distintos: uno consiste en el fundamento que justifica a una Constitución en caso de que se rechace la idea de que la Constitución del Estado es válida, ya que se encuentra en grado de justificarse a sí misma; el otro consiste en explicar el valor que se le debe reconocer a los principios y a las reglas no insertos en el texto constitucional (y que en parte pueden insertarse entre los criterios externos que justifican a la Constitución, ya mencionados).

#### 4. *Concepción decisional y normativa*

Una doctrina que tuvo varios seguidores es la de Schmitt, que escinde el concepto sustancial de Constitución, entendido como “*decisión política fundamental del titular del poder constituyente*” desde su formalización en un texto (definida como “*ley constitucional*”).

Por lo tanto, la Constitución sustancial es externa y prioritaria respecto a la Constitución formal y es la *decisión suprema* sobre la forma del poder exteriorizado por el titular del poder, titular que preexiste a la decisión en cuanto ya ha alcanzado un grado de identidad y de unidad política suficiente. La unidad política procede del sujeto político más fuerte que logra imponerse prevaleciendo sobre los competidores que después son excluidos, y la decisión es tomada directamente por quien decide sin necesidad de utilizar el recurso de la representación propio de la concepción francesa de la soberanía popular. Esta doctrina establece una distinción clara entre decisión constitucional presupuesta y orden jurídico positivo, comprendido el texto de la Constitución, que representa una de sus consecuencias.

En la concepción decisional el *presupuesto* del ordenamiento positivo es la *unidad política*. En una concepción diversa, habitualmente definida como normativa, el presupuesto está determinado por una *norma base*.

En efecto, se individúa una norma fundamental que constituye un deber en reconocer como obligatorio para todos cierto derecho basándose en la convicción, espontánea o forzada pero verificable objetivamente, y de todos modos seguida efectivamente por la comunidad política, de que la Constitución es una norma vinculante. De la convicción sobre el carácter vinculante de la norma deriva la *validez* de la Constitución para todos los sujetos de un ordenamiento. Ésta es la *Constitución en sentido lógico-jurídico* sobre la cual se funda la Constitución positiva. En esta última se distinguen las normas positivas que regulan la producción de normas jurídicas generales (Constitución en sentido material) de otras normas que tienen como objeto diversos contenidos, y que, por ende, únicamente tienen forma constitucional (Constitución en sentido formal).

La concepción de Schmitt y la de Kelsen, si bien profundamente distantes, eran puestas en común por la exigencia de individuar el fundamento de la validez de la Constitución-acto: uno individúa el presupuesto justificante en la *decisión* del sujeto político, el otro en la *norma*. Se observa cómo las dos concepciones se basaron en justificaciones y posibles utilizaciones distintas y divergentes. Quien justifica a la Constitución basándose en la decisión del sujeto que está en condiciones de excluir a otros concurrentes políticos, en cuanto impone la unidad política, abre el camino a la afirmación de cualquier régimen político incluyendo aquellos que se basan sobre la voluntad de una persona o de un movimiento político. En cambio, quien hace referencia a la norma jurídica

plantea como base de la Constitución una opción “*neutra*” que puede cubrirse con diversos contenidos, fijando las reglas procesales del juego político que ofrecen la posibilidad a las diversas partes políticas para competir e imponerse con base en la regla de la mayoría. En la práctica, la decisión schmittiana estructura una Constitución imputable a la parte política que se impone y, por ende, es una Constitución *cerrada* sin opciones alternativas, mientras que la norma kelseniana modela una Constitución *abierta* que tolera contenidos diferenciados. De una simple interpretación se considera que el decisionismo corresponde a la forma de Estado autocrática, mientras que el normativismo admite la forma democrática.

### 5. *Concepción material*

Además del aspecto de la justificación o fundamento de la Constitución, surge también el de la insuficiencia del solo texto formal para explicar y comprender la estructura global de la sociedad. Muchos institutos que efectivamente disciplinan el modo de vida social, no necesariamente se regulan en el texto constitucional. De aquí la distinción-contraposición entre Constitución formal y “Constitución material” y, bajo otro punto de vista, la diferencia con “institución”.

Entre las diversas doctrinas destinadas a resaltar la realidad de las relaciones de fuerza en un ordenamiento se puede citar la elaborada por Lasalle, que contraponía la Constitución escrita a la *Constitución real* y se remonta al modo de las relaciones reales entre las fuerzas sociales. La Constitución real se transforma en Constitución jurídica escrita, pero la que al final prevalece en caso de diferencia es la real, porque son las fuerzas sociales y sus relaciones que en últimas cuentan.

La idea de preponderancia del orden real de las relaciones económicas y políticas que atañen a las fuerzas sociales sobre el texto escrito se analizará en la doctrina de la *Constitución-balance*, propia de la doctrina soviética sobre el derecho y el Estado, según la cual la Constitución era considerada como el documento que reflejaba la efectiva realidad social y económica en cada fase histórica precisa del desarrollo socialista. Ya que el programa del partido era valorado como una exposición científica de los problemas reales de la clase obrera y del partido para la realización del comunismo, era inevitable que la Constitución tuviera en cuenta la “línea política general” trazada por el programa y que los textos cons-

titucionales se adecuaran a la actualización continua de los programas. Por lo tanto, la Constitución consistía en el *registro* de los progresos y de las innovaciones en todos los campos, comprendido el institucional, obtenidos en avance hacia el comunismo y, por ende, las Constituciones se concebían casi como un “proceso verbal” de las realizaciones obtenidas, mientras que solamente correspondía al programa del partido trazar las líneas del desarrollo futuro. La doctrina de la Constitución-balance fue expresada con claridad por Stalin en el informe sobre el proyecto de Constitución de 1936, en el cual se precisaba que “la Constitución no debe confundirse con el programa” y que “el programa se refiere sobre todo al futuro, la Constitución se refiere al presente”. La Constitución de Vietnam de 1980 afirma textualmente en su preámbulo “la exigencia que una Constitución institucionalice la línea política actual del partido comunista vietnamita”.

La contraposición entre el papel político de hecho ejercido por las fuerzas sociales, en particular por su núcleo dominante, y la Constitución formal constituye la base *doctrinal de la Constitución material* de Mortati, que ha tenido muchos seguidores en Italia. Tal doctrina hace énfasis de modo determinante sobre el papel desarrollado por las fuerzas políticas en fijación de los principios organizadores y funcionales que son esenciales para la vida de un ordenamiento. En tal sentido se realiza una firme revalorización del papel desempeñado por la realidad social, que no se limita más al prejurídico. El elemento social del Estado se perfila ya dispuesto en torno a un núcleo de principios que contribuyen a darle una configuración política propia. En su interior, puede delinearse un elemento dominante, titular y gestor del poder, distinto del dominado, o bien —en los ordenamientos democráticos donde se tiende a negar, por lo menos en línea teórica, una contraposición bastante rígida— una participación necesaria de toda la base social al poder político intentando obtener una mayor relación entre Estado-comunidad y Estado-aparato: en ambos casos son las fuerzas políticas en grado de caracterizar el ordenamiento las que expresan los principios y fines constituyentes de la Constitución material.

Según esta tendencia, se observa cómo existen en cada ordenamiento normas constitucionales —por lo regular formalizadas en un texto *ad hoc*, pero también contenidas en diversos textos o con carácter meramente consuetudinario o convencional— relativas a decisiones fundamentales en materia de organización del Estado-aparato (en particular: recurso

al principio de concentración y de separación en la distribución de las competencias, al principio paritario y al subsidiario en la utilización de las mismas); en materia de organización del Estado-comunidad (régimen de las autonomías públicas y privadas); en materia de relaciones entre aparato y comunidad (régimen de las relaciones autoridad-libertad); en materia de relaciones entre Estado-ordenamiento y comunidad internacional y similares. Estas normas derivan y son condicionadas por un principio originario que constituye al mismo tiempo el núcleo efectivo de toda la organización constitucional. Este principio es el resultado del juego de las fuerzas políticas que interactúan en el ordenamiento, la opción de base que condiciona a los demás principios de la vida social y jurídica o incluso a las mismas fuerzas políticas dominantes que se establecen directamente en cuanto tales como principio.

Por las razones expuestas la doctrina de la Constitución material establece que el principio normativo que da origen y justifica a un ordenamiento es la Constitución por excelencia, la cual consiste en la *fuerza normativa de la voluntad política*, con aplicación realista del principio de efectividad (principio utilizado también con una perspectiva diversa, en última instancia, por la misma doctrina normativa al tratar de individuar, procediendo hacia atrás, una última justificación de las normas graduadas por sistema). Por lo tanto, la Constitución material está en grado de presentarse como la real *fuerza de validez* del sistema (y, por ende, también de la Constitución formal); de garantizar la unidad en el ámbito de valoración interpretativa de las normas existentes y de llenar lagunas; de permitir que se determinen los límites de continuidad y de los cambios estatales teniendo en cuenta a la misma como parámetro de referencia. Entonces, son los principios constitucionales sustanciales, de los que se ha hablado, los que revisten una función esencial para comprender una Constitución. Es a éstos a los que se hace referencia para individuar la esencia fundamental. Las normas constitucionales formales existentes constituyen en general un punto necesario de partida en el proceso interpretativo, pero es imposible basarse solamente sobre éstas, ya que muchos institutos formalmente inmutables en el tiempo cubren un significado útil sólo si se tiene en cuenta el valor efectivo que han ido asumiendo.

El condicionamiento de la Constitución por parte de los elementos prejurídicos, también, es propio de la *doctrina institucional*: según esta concepción la organización social (*institución*) preexiste al derecho posi-

tivo y no se agota en éste. La Constitución “real” (social) y la “formal” (jurídica), a causa del nexo entre la institución y el ordenamiento, es cierto que se distinguen pero resultan unitarias. También en esta concepción es importante el elemento factual de la capacidad de las fuerzas políticas a imponerse y, adquiriendo estabilidad, a legitimar al ordenamiento, y por ende su Constitución, basándose en el principio de *efectividad*.

#### 6. *Concepción de la Constitución como tabla de valores*

Las doctrinas citadas por último han sido criticadas en cuanto no consideran la importancia de reconocer a las personas y los valores éticos relacionados con las mismas. La doctrina decisionista vendría a ser la exaltación de la fuerza en el conflicto político que se expresa en la decisión del vencedor, que impone su concepción del ordenamiento social y jurídico. Pero también la doctrina de la Constitución material ofrece un relieve determinante al simple resultado del juego de las fuerzas políticas. Bajo un aspecto diverso la doctrina normativa se limitaría a señalar la norma fundamental que está en condiciones de justificar un conjunto de reglas procesales que constituyen el marco dentro del cual se desarrolla cualquier ordenamiento. La insatisfacción por estas orientaciones doctrinales se acentúa por el hecho de que durante el periodo entre los dos conflictos mundiales se afirmaron e impusieron ordenamientos estatales que desconocieron o violaron sistemáticamente las exigencias elementales de la persona, y que parecen haber confirmado plenamente la idea de la mera *identificación entre la fuerza estatal y el derecho*, por una parte, y de la *reducción del derecho a simple contenedor formal-procesal de la fuerza*, por la otra.

Por lo tanto, las múltiples interpretaciones sobre el significado de la Constitución que se han afirmado en tiempos más recientes concuerdan en la valorización de la persona humana y de sus derechos, que se convierten en punto central de la concepción del Estado y de su Constitución. De una manera más persuasiva se considera que el Estado no puede dejar de tener en cuenta una serie de valores que superan al Estado mismo y a su Constitución. Estos valores, y en particular aquellos que miran el papel de la persona humana, constituyen presupuestos de la Constitución estatal que da por cierta la existencia de los principios éticos que constituyen el fundamento de legitimación del Estado y de su derecho. Estos principios son compartidos por los miembros de la comunidad es-

tatal pero también por la comunidad internacional, como lo prevé el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. El dato importante es que tales principios éticos no están limitados al área del viejo derecho natural sino que son considerados *principios jurídicos* del Estado y de su Constitución. Por lo tanto se convierten y son considerados normas de derecho positivo. Los principios son las *concepciones dominantes* de la realidad social (por ejemplo el principio de igualdad), luego constituyen la Constitución material en sentido estricto y son trasladados a la Constitución formal escrita.

La doctrina apenas citada abre el camino a la *positivización de los principios-valores éticos*. Sobre este sendero se han movido algunas Constituciones de la segunda posguerra: la italiana (1948), la alemana (1949) y de manera más reciente la portuguesa (1976) y la española (1978). Igualmente, la doctrina de los valores ha influenciado la jurisprudencia de algunos tribunales constitucionales, entre ellos a la Corte Constitucional italiana. De acuerdo con este planteamiento, los principios-valores éticos (el valor “persona” en sus dimensiones más significativas) son compartidos por la sociedad y luego son acogidos por la Constitución, que atribuye a éstos una posición fuerte e invariable al interior del ordenamiento. Según algunos, en el ordenamiento constitucional se incorpora una verdadera *moral constitucional* que tiende a conciliar las exigencias basadas sobre los principios éticos queridos por la sociedad y las fundadas sobre los mismos principios “adaptados” a las exigencias de las instituciones (la moral institucional es una moral ideal “circunstanciada” respecto a las exigencias de las instituciones políticas).

### III. NECESIDAD Y LÍMITES DE LA FORMA ESCRITA. LA DOCTRINA DE LA CONSTITUCIÓN “MATERIAL” COMO BÚSQUEDA DEL FUNDAMENTO PRIMARIO DEL ORDENAMIENTO Y CONDICIONAMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN FORMAL

Las concepciones de la Constitución antes expuestas reflejan diversas pero predominantes concepciones del Estado. De todas formas es evidente que al variar la forma de Estado puede variar el concepto de Constitución, por lo cual en realidad se pueden encontrar tantas concepciones de la Constitución cuantas sean las formas de Estado que en concreto se han verificado. Entre las diversas concepciones, la garantista, ligada a la

racionalidad y normatividad, ha ejercido influjo preponderante en el desarrollo de la ciencia del derecho constitucional, de modo que todavía, y recientemente, se sostiene que en sentido estricto, sólo un sistema orgánico de garantías puede presuponer la existencia de una Constitución, que de otro modo no se daría si dominase el arbitrio de un déspota. Según esta tendencia, el “objeto de una Constitución... es limitar la acción arbitraria del gobierno, garantizar los derechos de los gobernados y disciplinar las intervenciones del poder soberano”. Tal concepción tiende a circunscribir el concepto de Constitución a aquellas formas de Estado que profesen la ideología liberal. Sin embargo, la doctrina dominante reconoce que, despojada de las superestructuras contingentes del Estado liberal, la Constitución se define, principalmente, como *conjunto normativo* orgánico que constituye el fundamento de cada ordenamiento estatal, con independencia de la ideología elegida.

Si existe concordancia sobre la esencia normativa de la Constitución no se puede malinterpretar, como resulta de todo lo anterior, una coincidencia entre naturaleza normativa y carácter formal de la Constitución, puesto que el derecho constitucional, como derecho del hecho político y de las libertades fundamentales, debe preocuparse de la vigencia real y, por ende, de la *efectividad* de la prescripción normativa a nivel constitucional. Tal efectividad no coincide con la vigencia sólo formal de la Constitución, pero puede relacionarse también con actos formalmente no calificados como constitucionales, por ejemplo leyes y sentencias de las cortes, o con hechos normativos. Por lo tanto, el área sustancial de la normativa constitucional no coincide con el de la normativa formalmente definida como tal. Pero, como se indicó, la misma definición de la naturaleza sustancialmente constitucional de ciertas normas plantea problemas difíciles de resolver y, de todos modos, en la práctica varía de un autor a otro.

La misma tendencia a adoptar la forma escrita para enunciar la Constitución no es de por sí resolutive. Por esto, se ha intentado identificar como constitucionales las disposiciones protegidas por la revisión constitucional mediante *procedimientos reforzados*, es decir, diversos de los seguidos por la legislación ordinaria, procedimientos a través de los cuales es posible individuar una diversificación frente a aquellas Constituciones que no prevén tal protección (contraposición entre Constituciones *rígidas* y *flexibles*). Sin embargo, la tendencia a esa particular formalización de los preceptos constitucionales no significa que éstos se limiten,

necesariamente, a los introducidos en un texto *ad hoc*, ni que los formalmente individuados mantengan siempre su alcance originario. Sin duda el recurso a formas agravadas de revisión puede llevar a presumir que las normas protegidas revistan un contenido de principios realmente esenciales para cierto ordenamiento, pero esto no asegura la perfecta coincidencia entre forma y sustancia constitucional.

Con lo dicho no se pretende sostener que la Constitución escrita carezca de significado preciso. La forma escrita —que se afirmó claramente pese a la permanencia de Constituciones predominantemente consuetudinarias y a la presencia de costumbres constitucionales en cualquier tipo de ordenamiento— responde a razones evidentes de técnica organizativa de los ordenamientos políticos, en la medida que tiende a asegurar una *estabilización* de las estructuras, mientras que el enfoque garantista impreso por las teorías del constitucionalismo facilita la consolidación y conservación de valores ideológicos y políticos en protección de intereses individuales y colectivos. Además, la forma escrita parece siempre tener, con mayor o menor intensidad, un significado instrumental para las ideologías que contiene un ordenamiento, tanto en el caso de las llamadas *Constituciones-balance*, en las que en polémica con el pasado se traza el balance de los resultados obtenidos en el campo político, y sobre todo en el caso de las llamadas *Constituciones-programa*, que expresan particularmente, y de modo explícito, un sistema orgánico de directrices a obtener en breve, mediano o largo plazo. La forma escrita es, al mismo tiempo, vehículo para difundir los principios acogidos en las varias opciones políticas de los constituyentes. Tal exigencia propagandista ha producido que los textos constitucionales se recarguen de modo progresivo, con la ampliación de las disposiciones en materia económica y social, yendo más allá de las simples disposiciones organizadoras relativas al reparto y al uso del poder político (contraposición entre *Constituciones largas y breves*). En general, debe tenerse presente que el recurso a la forma escrita resulta inevitable si se forman nuevos Estados y si cambia en modo radical el ordenamiento constitucional.

Por consiguiente, la formalización es un intento de cristalización de los principios esenciales, pero como intento, por lo general termina con resultados desalentadores. En realidad, si es natural que el poder constituyente intente imponer a los órganos directivos de un ordenamiento líneas de acción conforme a su propia concepción de las relaciones políticas y sociales, no se ha dicho que el sistema pueda limitarse a marcar su

propio desarrollo de acuerdo a principios de conservación. En grado más o menos evidente cabe suponer evoluciones o involuciones. Por lo demás, a menudo son las mismas directrices queridas por el constituyente las que producen consecuencias inconciliables con los principios básicos. Por lo tanto, la incongruencia entre el texto y la realidad de la Constitución es frecuente, y entre otras cosas se ha puesto en evidencia ampliamente también en las *Constituciones-balance* de los Estados socialistas, las que deberían cumplir la función primordial de describir la realidad de las relaciones económicas y sociales.

Estas observaciones indican cómo una de las características inevitables de todo ordenamiento es la búsqueda de una coalición entre el sistema tendencialmente estático de sus normas originarias y las orientaciones impuestas por las directivas políticas que formulan los órganos constitucionales impulsados por la dinámica de las fuerzas sociales. Tal dinámica provoca un estado continuo de tensión que somete a intensas solicitudes a los principios formalizados especialmente en las Constituciones rígidas, pues la adecuación de su texto a las exigencias del momento tropieza con particulares obstáculos.

Además de la hipótesis de la progresiva separación entre la realidad constitucional y los principios formales, se ha observado en general que éstos representan una parte de la Constitución que sólo puede comprenderse si se hace énfasis de los principios esenciales; lo cual es evidente tanto en la hipótesis en la cual no existe una Constitución escrita contenida en un documento unitario —como en el caso, a menudo citado, de Gran Bretaña e Israel—, como cuando nos percatamos de la incongruencia entre los principios formales preexistentes y la realidad constitucional subyacente —así sucedió en el último periodo de vigencia del ordenamiento estatutario italiano tras la consolidación del fascismo—.

La identificación de los principios esenciales que constituyen la base de un ordenamiento constitucional y que hacen parte de su ineliminable núcleo, y que según una conocida doctrina identifican a la Constitución en sentido material, se mantienen esenciales con el fin de comprender el significado último de Constitución.

## SECCIÓN II

## FORMACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

I. PROCEDIMIENTOS DE FORMACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES.  
FUNCIÓN DE LA COSTUMBRE. PROCEDIMIENTOS FORMALES  
“EXTERNOS” E “INTERNOS”

La formación de las Constituciones procede de órganos y procedimientos que pueden examinarse fácilmente sólo en la hipótesis de elaboración de Constituciones escritas generalmente consolidadas. De todos modos se recuerda la importancia asumida, especialmente en el pasado, de las elaboraciones consuetudinarias, hoy superadas en cuanto han sido sustituidas por el recurso predominante de textos escritos que consideran las costumbres constitucionales como complementarias de los mismos textos constitucionales.

La Constitución francesa del *ancien régime* tenía carácter preponderantemente consuetudinario, así como también las restantes Constituciones de los Estados absolutos anteriores a las revoluciones burguesas, a cuyo conjunto ancho y prevaleciente de normas consuetudinarias se sumaban grupos orgánicos de normas de valor constitucional contenidos en actos que se sucedieron en el tiempo. Esta situación se ha mantenido en el Reino Unido, donde a una base consuetudinaria se unieron, con el tiempo, textos escritos considerados constitucionales (*Magna Charta* de 1215; *Confirmatio Chartarum* de 1227; *Petition of Rights* de 1629; *Bill of Rights* de 1688; *Act of Settlement* de 1700).

Las viejas Constituciones consuetudinarias o las costumbres que integran los textos constitucionales escritos que disciplinan sólo algunos institutos fundamentales, dejando indeterminada la disciplina de otros institutos fundamentales (por ejemplo las costumbres que integran las leyes constitucionales francesas de 1875, base de la III República), dependen de que se consolide la convicción de su carácter obligatorio (con independencia de su duración y repetición, ya que para formar una costumbre constitucional, a diferencia de la costumbre iusprivatista, basta con la

creación de un *precedente*) en un ámbito subjetivo no necesariamente extenso (pues es suficiente que la obligatoriedad la sientan los sujetos titulares de determinados órganos constitucionales que deben aplicarla y no siempre la generalidad de los sujetos de un ordenamiento, que pueden ser ajenos a los comportamientos de los órganos constitucionales). Sin embargo, en la actualidad, como ya se había dicho, las costumbres constitucionales por lo regular tienen valor complementario de los textos escritos, y por lo tanto es a éstos a los que debemos prestar atención.

Cada ordenamiento constitucional tiene un origen propio, que es difícil de individuar en las Constituciones consuetudinarias del pasado y, por el contrario, es fácil de hallar en las Constituciones que se concentran en un acto formal. En la práctica, prescindiendo de la forma de Estado a la cual se relacionan, las Constituciones contemporáneas derivan de una decisión inicial que se valoriza en cuanto se fundamenta en cierto ordenamiento. Los casos más evidentes son aquellos en los cuales la decisión constitucional tiene lugar en el momento en que se afirma un nuevo Estado que se integra a la comunidad internacional; en otros casos la Constitución obtiene cambios en la forma de Estado a consecuencia de una revolución o con la decisión de proceder a una radical reestructuración de la organización estatal, por ejemplo pasando del Estado centralista a una estructura federal. Queda el hecho, extremadamente importante, que todas las veces que se adopta una Constitución el órgano que decide no está vinculado jurídicamente por reglas jurídicas precedentes. Por el contrario, no se excluye el hecho que existan vínculos de naturaleza política. Para calificar al sujeto que decide sobre la Constitución se ha adoptado el término de *poder constituyente* desde el periodo de la Revolución francesa, cuando se debían establecer las bases de un nuevo ordenamiento radicalmente diverso al previsto por la Constitución monárquica vigente en ese entonces: en esas circunstancias el poder constituyente de la asamblea se afirmó como esencia de una nueva soberanía, en contestación a la monárquica, dejada de lado, y era definido como privo de límites jurídicos en modo absoluto. Diversamente, los poderes disciplinados por la voluntad del poder constituyente, definidos poderes constituidos, que comprenden los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial así como también el de revisión, eran por definición sometidos a sujeción de la Constitución.

La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, y en particular entre poder constituyente y poder de revisión constitucional,

conserva una gran importancia con el fin de individuar la continuidad de una Constitución, que se tiene cuando se ejerce el poder de revisión (como se explicará a partir del parágrafo I, sección IV), o una discontinuidad entre una Constitución y otra, que ocurre cuando está en juego el poder constituyente. Los casos más evidentes de uso del poder constituyente tienen lugar cuando se forman nuevos sujetos de derecho internacional que se dotan de Constituciones como expresión formal y sustancial de tal poder; es el caso de las Constituciones de Estados nuevos provenientes de la desmembración de Estados con matriz federativa socialista (por ejemplo República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Croacia). Otros casos han tenido lugar por el cambio de forma de Estado si bien continuaban siendo sujetos de derecho internacional (por ejemplo abandono de la forma de Estado autoritario en favor de la de derivación liberal, como es el caso de Portugal y España, o abandono del socialismo, en el caso de Rumania). Aparte de los casos en los cuales el poder constituyente se manifiesta a través de actos definidos formalmente como Constituciones, existen ejemplos en que se usan formalmente reglas relativas a la revisión del ordenamiento precedente (esto ha ocurrido con frecuencia en la fase de abandono de las Constituciones socialistas: Polonia, Hungría, Bulgaria, Checoslovaquia durante el bienio 1989-1991). En tal hipótesis se evidencia la legitimidad sustancial de la decisión constituyente, sin que tengan relevancia las formas utilizadas para decidir. A veces se hace uso del poder constituyente mediante la elección de una asamblea apropiada, sin renunciar al texto constitucional precedente, sino que se consideran los principios fundamentales del mismo que vinculan a los mismos constituyentes (Venezuela, 1999). En otros casos, inclusive, se retiene ilegítimo un proyecto de ley instituyente de una asamblea constituyente, sobre la base de que la única modalidad de reforma de la Carta era, para el caso que nos ocupa, el procedimiento constituido allí previsto (Bolivia, 2001).

La doctrina ha propuesto superar la distinción entre poder constituyente y poder de revisión, ya que en el Estado constitucional contemporáneo existen principios destinados a permanecer constantes e invariables, aunque se sucedan en los diversos textos constitucionales, por lo que el uso del poder constituyente en realidad sería sólo innovador de manera parcial, y nunca de modo radical. En efecto, es fácil constatar, por ejemplo, que la concepción de los derechos de libertad no ha cambiado con la sucesión de algunas Constituciones (principalmente las nue-

vas Constituciones danesa de 1953, sueca de 1975, holandesa de 1983 y belga de 1994) frente a las precedentes. Tal opinión, que de todos modos sería limitada a la realidad de los ordenamientos de derivación liberal, tampoco parece aceptable con relación a las hipótesis citadas en el caso de Constituciones de Estados nuevos y de Constituciones que marcan el paso de una forma de Estado a otra. Con relación a los ordenamientos de derivación liberal, que nunca se apartarían de una serie de principios-valores generalmente compartidos, es cierto que la inserción, si bien confirmativa, de los mismos principios en el texto se confía únicamente a la voluntad del constituyente.

Las Constituciones contenidas en un documento formal —aunque éste no se defina expresamente como Constitución— pueden elaborarse por un órgano del ordenamiento interesado o por órganos de otro ordenamiento. En este último caso es claro que la Constitución definida como tal lo será realmente sólo en el momento en que el ordenamiento al que se destina llegue a ser plenamente soberano.

### 1. *Procedimientos externos*

La hipótesis de procedimientos formativos de Constituciones *externas* al ordenamiento al que se destinan se dan cuando un Estado ha perdido su plena soberanía a consecuencia de una derrota bélica y en el caso de territorios coloniales que adquieren su independencia.

Los ejemplos son numerosos: la Constitución japonesa de 1946 se modeló sobre un esquema impuesto por un órgano de un Estado extranjero (formalmente por el comandante supremo de las fuerzas aliadas); la Ley Fundamental alemana de 1949 fue condicionada por los principios impuestos por las potencias ocupantes (el proyecto fue sometido a aprobación de la jefatura de las potencias occidentales); numerosas Constituciones de Estados que fueron posesiones inglesas fueron dictadas por el Parlamento británico (Canadá, 1867; Australia, 1901; Sudáfrica, 1909), o por actos gubernativos (*Orders in Council*) para Estados recién independizados en diversos continentes (por ejemplo Nigeria, 1946; Jamaica, 1962; Bermudas, 1962; Anguila, 1967; Mauricio, 1968; Fidji, 1970; Malta, 1964).

En el caso de Japón, el gobierno militar aliado, entre los diversos objetivos trazados, había dado una posición primaria a la reforma constitu-

cional mediante la introducción de un sistema de democracia parlamentaria y la drástica reducción de las prerrogativas del emperador. Estas reformas fueron realizadas por el mismo gobierno militar que impuso la nueva Constitución. Como se nota, “el anteproyecto fue escrito por el *staff* del SCAP (comandante supremo de las fuerzas aliadas) y por el general Douglas Mac Arthur, y luego fue entregado bajo fuertes presiones al gobierno japonés a inicios de 1947”. La Constitución impuesta fue aceptada rápidamente por la sociedad japonesa que terminó reconociéndola como propia, adecuándose durante medio siglo a sus preceptos.

La tendencia de las potencias aliadas en cuanto a la reestructuración del Estado alemán fue manifestada con firmeza en diversas ocasiones. La directiva núm. 1067 emanada por el jefe del Estado mayor de Estados Unidos en abril de 1945 preveía la descentralización a través de unidades que tenían que ser incluidas en un Estado federal y el reconocimiento al gobierno central de poderes específicos. Los Acuerdos de Londres sobre la futura organización política de Alemania, comunicados a los representantes alemanes en julio de 1948, autorizaban a los ministros-presidentes de los *Länder* a convocar una asamblea constituyente formada mediante las asambleas de los *Länder*; sugerían las modalidades electorales y preveían un referéndum popular sobre la Constitución una vez aprobada por los gobernadores militares aliados. En particular, se preveía que “la Asamblea constituyente redactara una Constitución democrática que estableciera para los Estados participantes una estructura gubernamental de tipo federal... y que proteja los derechos de los Estados participantes, previendo una autoridad central idónea, y que contenga garantías de los derechos y libertades individuales”. Los ministros-presidentes acogieron la autorización de convocar una asamblea, que fue llamada “Consejo Parlamentario”, con el propósito de adoptar una Ley Fundamental provisional en espera de poder crear la Constitución definitiva del país. El texto de la Ley fundamental alemana fue elaborado por los representantes de los *Länder* (mientras que el Estatuto de ocupación de las potencias aliadas reservaba a éstos “el derecho de reasumir en todo o en parte el ejercicio de la autoridad plena”) y fue aprobado por las asambleas de los *Länder* casi por unanimidad (habiendo fijado las potencias aliadas una mayoría de dos tercios).

Los territorios sometidos a la soberanía británica (definidos en su tiempo como parte del Imperio) recibieron del gobierno o del Parlamento estatutos que contenían su disciplina fundamental a menudo definidos

como Constituciones (*Constitutions*), y esto sea que fuesen colonias (*Colonies*), sea que obtuviesen, sucesivamente, un amplio grado de autonomía (*Self-government*) para convertirse en *Dominions* en 1931. El *Self-government* comportaba una especie de limitada (pero frecuentemente sustancial) soberanía “interna”, reservando al Reino Unido las competencias de política exterior y de defensa y el poder de suspender la Constitución en situaciones de emergencia. La concesión de la independencia comportaba el reconocimiento de la personalidad internacional y el cese de los vínculos de dependencia del Parlamento y del gobierno inglés, continuando, tendencialmente, el vínculo constituido por la pertenencia a la Comunidad de Naciones Británicas (*Commonwealth*). Se concedía la independencia con leyes del Parlamento (por ejemplo *Indian Independence Act* y *Ceylon Independence Act* de 1947) o con actos gubernativos (*Ghana Constitution Order in Council* de 1957). Las Constituciones de Estados de reciente independencia eran preparadas por el gobierno inglés en contacto con exponentes políticos (partido mayoritario, en general de acuerdo con los de la oposición) del territorio interesado, a menudo se insertaban en *Orders in Council* distintas de la ley parlamentaria que reconocía la independencia. Las disposiciones dictadas por la vieja potencia colonial para que sirviesen como Constituciones de los nuevos Estados fueron inicialmente reconocidas por éstos como tales, pasándose, sin embargo, en un segundo momento a la afirmación plena de la soberanía mediante “revisiones” de los textos británicos por parte de los órganos constitucionales locales: afirmación del principio de la llamada *Constitutional Autochthony*.

Un caso de notable interés, articulado en un periodo que va más allá de un siglo, lo constituye la Constitución canadiense.

En 1867 una ley del Parlamento inglés (*British North America Act*) reguló el régimen constitucional de los territorios de Canadá. Posteriormente, con el paso de la autonomía política a un Estado de soberanía internacional, que culmina con la superación del *status* de *Dominion* de la Corona, el *British North America Act* de 1867 asumió valor de Constitución canadiense. Pero tan sólo en 1982 el Parlamento inglés, a través del *Canada Act* de 1982, reconoció formalmente que ninguna ley del mismo sería aplicable a Canadá, aprobando un *joint resolution* deliberado por las dos cámaras del Parlamento canadiense con contenido complementario respecto a la Ley de 1867, en cuanto adoptaba la Carta canadiense de los Derechos y Libertades (Sección I), y que contenía una

enmienda al artículo 92 del *British North America Act* de 1867 en materia de competencias de las provincias y, sobre todo, disciplinaba *ex novo* el procedimiento de revisión constitucional confiándolo por primera vez y de manera integral a los órganos constitucionales canadienses (Sección V).

En todas estas hipótesis el procedimiento de formación de una nueva Constitución tiene origen en los actos soberanos (decisión constituyente) imputables a un Estado diverso de aquel que será regulado por la nueva Constitución; sin embargo, estos actos se transforman en reales Constituciones de los Estados interesados al momento en el cual los mismos estarán en condiciones de auto-administrarse cuando alcancen una efectiva independencia. Terminando, así, la relación jurídica vinculante o derivada respecto al Estado que con antelación los había condicionado en diverso modo. Por lo tanto, el hecho normativo que comporta la afirmación de nuevos ordenamientos soberanos tiene consecuencias de novación con respecto a los actos (las “Constituciones” dictadas por otro Estado) que en realidad hasta aquel momento hacían parte del ordenamiento del Estado que les había adoptado, y que por lo tanto se convierten en la base normativa de los nuevos ordenamientos.

## 2. *Procedimientos internacionalmente guiados*

Además de los ejemplos de procedimientos encaminados a adoptar nuevas Constituciones por obra de órganos estatales diversos de aquellos destinados a acogerlos, existen ejemplos de procedimientos que se desarrollan recurriendo a acuerdos entre los Estados o a través de la actividad de organizaciones internacionales. En estos procedimientos se introducen fases en las cuales también intervienen órganos de los Estados interesados en la adopción de los nuevos textos constitucionales. Para estas Constituciones se puede recurrir al concepto de poder constituyente “asistido” o “guiado”.

Como ejemplos de poder constituyente guiado se pueden citar: Namibia (1982-1990), Camboya (1989-1993), Bosnia-Herzegovina (1991-1995) y Macedonia (2001).

Con respecto a Namibia, a consecuencia de un acuerdo entre Sudáfrica y la oposición local, y gracias al trabajo de un “grupo de contacto” formado por miembros del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, se llegó a la resolución núm. 435 del 29 de septiembre de 1978, que fijó los términos de definición del nuevo ordenamiento. El documento hace refe-

rencia a “principios constitucionales” elaborados de manera informal por la oposición namibiana en el exterior. Éstos conciernen tanto los aspectos procesales (elección de una asamblea constituyente sobre la base proporcional) como los sustanciales (conforme a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, preferencia por la forma de gobierno parlamentaria en un Estado unitario). Los principios son incorporados en el plan de transición incluido en la resolución núm. 632 del 16 de febrero de 1989. En 1989 se elige la asamblea constituyente y el trabajo se desarrolla bajo la vigilancia y supervisión de un grupo especial de Naciones Unidas para la asistencia a la transición (UNCTAD), que durante el periodo constituyente apoya a la administración sudafricana en el ejercicio de todas las funciones públicas. El trabajo constituyente termina con la adopción de la Constitución de 1990 que convalida la decisión ya consolidada al momento de la definición y confirmación de los principios constitucionales mencionados.

En cuanto a Camboya, después de un periodo de conflicto armado, y bajo la presión internacional, los principales cinco grupos políticos llegan a un arreglo mediante los *Acuerdos de París* de 1990, aprobados por el Consejo de Seguridad con la resolución núm. 718 del 31 de octubre de 1991. Los acuerdos contienen “principios” relativos a la formulación de la Constitución en curso de redacción con referencia a la exigencia por el respeto de los derechos humanos (conforme con la Declaración Universal y con otros instrumentos internacionales). En cuanto a la forma de Estado y de gobierno se refieren a la subdivisión en áreas regionales con el fin de delimitar las circunscripciones electorales y confiar la representación de la soberanía nacional a un órgano provisional que represente a las diversas facciones (Consejo Supremo Nacional). Los asuntos ordinarios son administrados por una autoridad transitoria de Naciones Unidas en Camboya (UNCTAD). Las elecciones para la constituyente se desenvuelven efectivamente, pero la introducción de los principios en materia de derechos humanos en la Constitución de 1993 tienen lugar sólo parcialmente, mientras para lo que se refiere a la forma de gobierno se alcanza a constituir un gobierno de unidad nacional que confirma la solución de la fase transitoria y que no logra impedir una rápida degeneración de la situación de hecho.

Por lo que se refiere a Bosnia-Herzegovina tenemos que las etapas relativas a las diversas iniciativas internacionales son múltiples y particularmente complejas. Es suficiente citar la Conferencia Internacional so-

bre ex Yugoslavia organizada por el Secretariado de Naciones Unidas en 1992, en la cual se formulan principios constitucionales (Plan Vance-Owen), y las iniciativas del grupo de contacto que conducen a los Acuerdos de Dayton de 1995. Los textos adoptados formulan las líneas guías en materia de derechos humanos (con reenvío a los diversos instrumentos internacionales) y afrontan los temas de la forma de Estado y de gobierno con fórmulas inspiradas en el modelo federal ex yugoslavo. Por lo tanto, se predispone el texto de una Constitución para la federación de Bosnia y Herzegovina (marzo de 1994, como texto incluido en el acuerdo de Washington) y el de una Constitución para la República de Bosnia y Herzegovina (noviembre de 1995), el Estado que incluyó como “entes” distintos tanto a la mencionada Federación de Bosnia Herzegovina, como a la República de los serbios de Bosnia.

En la práctica, ante la imposibilidad de convocar a las asambleas adecuadas a nivel de república y de entidades que compongan las mismas (Federación croata-musulmana y República Serbia de Bosnia), los acuerdos de base se convierten en verdaderas cartas constitucionales bajo la guía de mediadores internacionales. En el texto de las dos Constituciones se introducen remisiones extensas a los diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que son acogidos constitucionalmente (si bien prescindiendo de la ratificación previa por parte de las diversas realidades estatales) y son confiadas a la vigilancia de órganos cuyo nombramiento corresponde a organismos internacionales (Consejo de Europa para el nombramiento de jueces constitucionales y OSCE —Organización para la Cooperación y la Seguridad en Europa— para los *ombudsmen*), mientras que el contencioso constitucional sobre los derechos se atribuye a una jurisdicción *ad hoc* (la Corte para los derechos humanos y la Cámara para los derechos humanos prevista por el anexo 6 de los Acuerdos de Dayton). A nivel de las formas de gobierno se prevé un Ejecutivo colegiado, con presidencia rotatoria, que permite la alternancia de los diversos componentes étnicos. Ambas Constituciones avalan a las reparticiones territoriales étnicamente homogéneas que formalmente confirman la pasada limpieza étnica y avalan las actuales y futuras operaciones de consolidación étnica. El monitoreo sobre el acatamiento de las fórmulas constitucionales que derivan del acuerdo es confiado a la oficina del Alto Representante de la Comunidad Internacional (OHR), instituido según lo dispuesto por el anexo 10 del Acuerdo de 1995. En cambio, la Constitución de la República de los serbios de Bosnia escapó a la

mediación internacional, una de las dos “entidades” previstas por los acuerdos como componente de la República de Bosnia Herzegovina. Tal Constitución, votada por el Parlamento local en 1992, comporta una forma de Estado unitaria, un gobierno presidencial y una amplia tutela de los derechos. Sin embargo, numerosas enmiendas fueron introducidas sucesivamente, bajo la presión del OHR, para empalmar el texto a la Constitución querida por toda la República de Bosnia.

La disgregación de la federación yugoslava y el referéndum de 1991 condujo a Macedonia a la proclamación de la independencia y a la promulgación de una Constitución democrática. En la base del método adoptado para concretizar este fenómeno de asistencia internacional para la reforma, se formuló el *framework agreement* firmado el 13 de agosto de 2001 por los representantes del gobierno de Macedonia y por los *leaders* de la etnia albanesa, mediadores y garantes, un representante de la Unión Europea y uno de los Estados Unidos. En la parte inicial del acuerdo, los contrayentes fijaron las condiciones, contenidos y finalidades del pacto: desarme inmediato y disolución del ejército de liberación albanés; mantenimiento de los confines nacionales actuales; compromiso de las autoridades de Macedonia en la introducción de enmiendas constitucionales que garanticen a las minorías, expresión de una parte de la población equivalente al 20%, por lo menos, del total de la identidad lingüística-cultural y de cuotas específicas representativas de los órganos constitucionales y de la administración pública (según el esquema del All. A del acuerdo), así como el empeño en la adopción de una ley ordinaria sobre la descentralización territorial (All. B). Los garantes internacionales, a su vez, se comprometían a una doble forma de asistencia: acción militar pacífica de las fuerzas de la OTAN en la recolección de armas de los guerrilleros albaneses (operación *Essential Harvest*, que se concluye con la entrega de 3,875 piezas de armamento) y supervisión sucesiva del proceso de reforma (operación Amber Fox), y la organización de una conferencia de “donadores” para la colecta de ayuda financiera al país. La primera fase de los planes de paz comprendió la cesación de hostilidades y el inicio de trabajos parlamentarios para la reforma, y se desarrolló regularmente, confiando a una comisión adecuada el examen del texto de 15 enmiendas contenidas en el acuerdo. El desvío repentino de la opinión pública y de la atención de las organizaciones internacionales sobre los episodios de terrorismo internacional acaecidos en septiembre de 2001, coadyuvó a reanimar las resistencias a la reforma, que estaban apaciguadas de manera

débil desde los acuerdos realizados en el verano precedente. En efecto, la sesión de la asamblea de Macedonia para aprobar las modificaciones tuvo de modo alternado diversas deserciones del partido de oposición y del partido mayoritario; el punto que creó grandes desavenencias fue la supresión de una referencia explícita del pueblo macedonio en el preámbulo y de la Iglesia ortodoxa macedonia en el artículo sobre la libertad religiosa. La convocatoria de las instituciones europeas y el reenvío de la conferencia de los donadores no sirvieron para estimular el regular proseguimiento de los trabajos parlamentarios, razón por la cual el procedimiento en mención, “revisión internacionalmente guiada”, aún no ha dado los frutos esperados, referentes a la posibilidad efectiva de interiorización del texto propuesto por parte de las poblaciones locales.

En general, las Constituciones preparadas sustancialmente por órganos de Naciones Unidas suplen la insuficiencia del consenso que pueda madurarse de modo pacífico y espontáneo en el ámbito de las comunidades interesadas en su sucesiva vigencia. Naciones Unidas obra como agente de la comunidad internacional con el fin de imponer la paz en aquellos territorios trastornados a causa de las guerras internas entre facciones (Camboya, Bosnia) o destinados a salir de la tutela de una potencia extranjera (Namibia). La aceptación efectiva del texto *heteroproducido* por parte de las comunidades locales, y por consiguiente su *legitimación*, aún constituye un problema. Esta circunstancia resulta efectiva en Namibia, mientras que fracasa en Camboya y es bastante incierta en Bosnia. En efecto, en tales áreas regionales cada facción y grupo étnico tiende a concebir la fijación de los principios de organización y de funcionamiento en términos no autónomos, en el ámbito de una soberanía estatal más amplia que sea aceptada por todos, pero en términos de autodeterminación con tendencia a romper el marco constitucional impuesto desde el exterior. El mantenimiento de una Constitución que unifique a las etnias hostiles es posible sólo si los organismos internacionales que han tomado las decisiones constituyentes se encuentran presentes sobre el territorio con sus propios instrumentos coercitivos. Resultaría extremadamente problemático si tal presencia coercitiva llegara a cesar.

Una situación que en ciertos aspectos es “anómala” se verifica en Kosovo. En efecto, sustancialmente se está en presencia de un procedimiento constituyente internacionalmente guiado por Naciones Unidas, para ser más preciso, por la autoridad denominada United Nation Interim

Administration Mission in Kosovo (UNAMK), aunque, desde el punto de vista estrictamente formal, Kosovo continúa siendo una provincia que pertenece a la República Federal Yugoslava. El hecho de que la actividad de desmilitarización y de paz puesta en marcha por la autoridad en mención —y sostenida, entre otras cosas, por un contingente de seguridad guiado por la OTAN— se oriente más allá de tal objetivo, se deduce del contenido de la resolución núm. 1244. En efecto, con base en tal acto normativo, la UNAMK es competente para aplicar los principios y los derechos fundamentales previstos por la resolución y por las convenciones internacionales, todas las veces en las que exista un contraste o diferencia con la legislación vigente en Kosovo. Además, en mayo de 2001, la Secretaría General de Naciones Unidas aprobó, de acuerdo con la UNAMK, una auténtica Constitución provisional (*Constitutional Framework for Provisional Self Government*), la cual, además de los derechos fundamentales (no catalogados pero mencionados en las convenciones internacionales), regula de modo detallado la forma de gobierno y las modalidades de funcionamiento de los órganos constitucionales del país, excepto lo relativo a la autoridad sobre la provincia por parte de Naciones Unidas. Estas últimas continúan siendo competentes para intervenir toda vez que las autoridades, constituidas en el ejercicio de la función legislativa, ejecutiva y judicial, respectivamente, publiquen actos en contraste con la resolución núm. 1244. En fin, resultan prácticamente inexistentes las referencias que se encuentran en la Carta relativas al papel de la República Federal yugoslava, a la cual, como se explicó, Kosovo continúa formalmente incorporado.

### 3. *Procedimientos internos*

Aclarado lo anterior, examinaremos a continuación los procedimientos constituyentes en el ámbito *interno* de los ordenamientos interesados. En esta hipótesis, aunque varíe el órgano y las características del procedimiento, nos encontramos siempre en el cuadro de un único ordenamiento de referencia. Los procedimientos de formación de las Constituciones difieren según la *titularidad* del poder constituyente y las *modalidades* seguidas en la adopción de la decisión constituyente, y están claramente condicionadas por la *concepción del Estado* que prevalece en un momento histórico dado.

Tal condicionamiento indica que el poder constituyente, si bien por definición es libre de vínculos jurídicos, puede encontrar límites objetivos. Estos límites se correlacionan con la exigencia de respetar los *principios trascendentales* del derecho natural (por ejemplo los derechos del hombre); los *principios inherentes* a la concepción misma del Estado que se quiere adoptar (por tanto, es inevitable afirmar el principio de soberanía estatal si se quiere dar origen a la Constitución de un ente que no esté subordinado a otros Estados, o bien ocurre decidirse en favor del predominio de la soberanía del Estado central respecto a los estados miembros si se quiere dar origen a una Constitución federal); los *vínculos jurídicos heterónomos* que derivan del ordenamiento internacional (por ejemplo, las Constituciones deben acoger con frecuencia las consecuencias de acontecimientos bélicos: la Constitución austriaca de 1920 tuvo en cuenta el tratado de Saint Germain de 1919 y después de la Segunda Guerra Mundial se ciñó al Estatuto de neutralidad impuesto por las potencias que vencieron en 1955).

El *procedimiento constituyente* está articulado, por lo regular, en varias etapas: a) *etapa de la iniciativa*; b) *etapa preparatoria*, y c) *etapa deliberatoria del texto constitucional*. En la primera etapa los órganos de un ordenamiento precedente, o los órganos instituidos *ex novo* en contraste con el anterior, asumen la iniciativa informal o formal de promover la formación de la Constitución. En la segunda etapa se fijan las bases constituyentes promoviendo la creación de una asamblea o la convocatoria de un referéndum, también se predisponen proyectos, y rigen los regímenes constitucionales transitorios; en esta etapa el gobierno obra “de hecho” o de manera provisional. En la tercera etapa se discuten los proyectos, se desenvuelve el debate, y se decide sobre la adopción del texto, que con frecuencia se somete a votación en la asamblea o mediante un referéndum. Tal esquema es deducible por gran parte de la experiencia histórica comparada, pero está sujeto a ajustes y variaciones.

## II. PROCEDIMIENTOS MONÁRQUICOS Y DEMOCRÁTICOS; PROCEDIMIENTOS FEDERATIVOS

Por largo tiempo la distinción que se realizaba fue aquella entre procedimientos monárquicos (el otorgamiento y el pacto) y procedimientos democráticos (trámite una asamblea constituyente). Hoy tal clasificación

parece parcial e insatisfactoria y se va integrando con más recientes experiencias.

### 1. *Procedimientos monárquicos*

En los procedimientos denominados monárquicos, que hoy presentan interés predominantemente histórico, el titular del poder constituyente era inicialmente el rey, posteriormente se pasa a un desdoblamiento de la titularidad entre el rey y la asamblea representativa.

El “otorgamiento” (*octroi*), jurídicamente unilateral pero siempre políticamente consecuencia de presiones externas y de negociaciones, presupone la renuncia o la limitación por parte de un soberano absoluto de su poder, que consiente fijar en el texto constitucional garantías en favor de estratos o clases emergentes (véanse las Constituciones francesa de 1814; de Baviera y Baden de 1818; española de 1834; sarda-piamontesa de 1848; japonesa de 1889; etiope de 1931; tailandesa de 1974). El “pacto” comporta una negociación bilateral entre el soberano y el pueblo (a través de una asamblea), y por consiguiente, también, el reconocimiento a tal sujeto de una participación en el poder constituyente, afirmando, junto al principio monárquico, la soberanía popular (véanse las Constituciones sueca de 1809; noruega de 1814; francesa de 1830; prusiana de 1850; españolas de 1845 y 1876).

### 2. *Procedimientos democráticos*

Se definían como democráticos aquellos procedimientos que presuponian el paso de la soberanía al pueblo, que podía manifestarla en el plano constituyente o en modo indirecto, mediante asambleas elegidas, o bien directamente, mediante referéndum.

La *convención o asamblea constituyente* es una asamblea elegida con el fin específico de elaborar una Constitución. El ejemplo inicial proviene de los primeros estados norteamericanos a partir de 1776 y de la elaboración de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, a la cual siguieron los textos constitucionales franceses de 1791, 1848 y 1875. La mayor parte de las Constituciones posteriores a los dos conflictos mundiales se hicieron de este modo, entre ellas la Constitución italiana vigente y la Constitución portuguesa de 1976. En todos estos casos mencionados la asamblea encargada de elaborar la Constitución tuvo una es-

tructura monocameral. Excepcionalmente puede adoptarse una estructura bicameral, como en el caso de las *Cortes* constituyentes españolas previstas por la octava ley fundamental de 1976 que adoptaron la Constitución de 1978. El recurso a consultas referendarias puede referirse tanto a opciones previas a la determinación precisa del texto constitucional, como para aprobar el texto mismo.

#### A. *Referéndum preconstituyente*

En esta hipótesis se pueden incluir las consultas populares relativas a las *elecciones institucionales* (monarquía o república), como las ocurridas en Noruega en 1905, en Grecia en 1924, 1935, 1973 y 1974 y en Italia en 1946; las atinentes a la *separación de un territorio* del Estado al cual pertenece, como el referéndum sobre la separación entre Noruega y Suecia en 1905 y la separación entre Islandia y Dinamarca en 1944, preliminar a la formación sucesiva del Estado soberano islandés; como también otras análogas a las anteriores y encaminadas a la desmembración de un Estado federal preexistente, como los referéndum relacionados con la secesión de Eslovenia y Croacia de la República Socialista Federativa Yugoslava en 1990 y aquellos relativos a la independencia de Lituania, Letonia, Estonia y Georgia (1991); las consultas relativas a la aprobación de una *propuesta dirigida a permitir las elecciones de una asamblea constituyente*, como sucedió en Francia en 1945, o para *convocar una reforma constitucional* que es atribuida al Parlamento, el cual para los efectos se transforma en órgano constituyente, como sucedió en España en 1976.

Resulta fácil verificar el hecho que las hipótesis históricas tan sólo en parte versan sobre la determinación precisa de realizar las premisas de un futuro (formal) proceso constituyente (caso francés y español). En otros casos, las consultas sobre la forma republicana o monárquica por sí mismas conducen a decisiones constituyentes, en cuanto sobre el punto específico las futuras asambleas constituyentes seguramente se vincularían. En las consultas relativas a la rescisión de los vínculos de subordinación del territorio, aunque dotados de una amplia autonomía respecto a los ordenamientos soberanos precedentes, la consulta, si es favorable, conduce a la consolidación de la soberanía de los nuevos Estados como premisa para la adopción de nuevas Constituciones.

### B. *Referéndum constituyente*

En estas hipótesis se incluyen las consultas referendarias relacionadas con la aprobación de un texto constitucional considerado definitivo, pre-dispuesto y deliberado por una asamblea representativa encargada (específicamente) de preparar el texto (Irlanda, 1937; Francia, 1793, 1795 y 1946; Dinamarca, 1953; Turquía, 1961; Grecia, 1968; España, 1978; Rumania, 1991) o por el gobierno (Francia, 1799 y 1958). El referéndum sobre la Constitución asume un significado importante en los estados miembros de Estados Unidos de América. Podemos añadir a los casos citados el referéndum popular transnacional sugerido sobre la base de una propuesta del texto constitucional europeo elaborado por los órganos de la Unión.

Se observa que por lo general las asambleas constituyentes, una vez elegidas, se atribuyen funciones de dirección, control y legislación, puesto que constituyen los cuerpos electivos representativos de la comunidad nacional, a pesar de los intentos por restringir su función a la sola aprobación del texto constitucional. En el caso de Italia, según el decreto legislativo de la Lugartenencia núm. 151 del 25 de junio de 1944, y el decreto legislativo de la Lugartenencia núm. 98 del 16 de marzo de 1946, se decidió que el gobierno conservara la competencia legislativa hasta la entrada en vigor de la nueva Constitución. Igualmente, en el caso de Francia, la Asamblea Constituyente que elaboró la Constitución de 1946 no estuvo dotada de atribuciones de control político y legislativas. En el caso de Portugal, sobre todo gracias al Movimiento de las Fuerzas Armadas, se intentó limitar la función de la Asamblea que debía adoptar la Constitución de 1976, privándola de atribuciones legislativas, de dirección y de control. Todos estos intentos fracasaron en la práctica, ya que las asambleas reivindicaron, una vez constituidas, la plenitud de los poderes relacionados al carácter representativo del electorado.

### C. *El pacto entre estados para constituir un Estado federal*

El *consentimiento* de los estados que quieren formar un Estado federal puede exigirse para verificar si están dispuestos realmente a aceptar las limitaciones o renunciaciones de soberanía establecidas en una nueva Constitución federal (Constitución de los Estados Unidos de 1787).

El 21 de febrero de 1787 el Congreso continental, único órgano de la entonces existente Confederación de los Estados Unidos de América, aprobó una *resolución* en la cual se planteaba la oportunidad de reunir una convención en Filadelfia para revisar los artículos de la Confederación. Los delegados de los diversos estados se reunieron en Filadelfia a partir del 14 de mayo. Sólo el estado de Rhode Island rechazó el envío de una delegación a la *Convention*.

La *Convention* obró formalmente como órgano de revisión de los *Artículos de la Confederación*. Cuatro fueron los proyectos presentados en la *Convention*: el *Virginia (Radolph) Plan* y el *Pinckney Plan*, presentados el 29 de mayo; el *New Jersey (Paterson) Plan*, presentado el 15 de junio, y el *Hamilton Plan*, del 18 de junio. El primero proponía un cambio decisivo que implicaba la superación de la *amending clause* de los Artículos de la Confederación, sugiriendo por tanto un procedimiento ilegítimo a tenor del ordenamiento confederal entonces vigente. El segundo proyecto se perdió; fue reconstruido en parte basándose en documentos sucesivos, pero no parece que tenga importancia para el proceso formativo de la Constitución federal. El tercer proyecto —es decir el *New Jersey Plan*— se contraponía al de Virginia sobre todo porque el proceso formativo debía seguirse según las modalidades previstas por el artículo XIII de la Confederación. Las modificaciones fueron sustancialmente menos importantes comparadas con las del proyecto anterior, pero el *Plan* introdujo el importante principio de la *Supremacy clause*, que se incorporó luego al artículo VI de la Constitución. El proyecto de Hamilton nunca se discutió en la asamblea.

Es interesante observar que las modalidades acogidas por la *Convention* para ratificar el documento que redactó, proceden en gran parte del primer proyecto y, por lo tanto, son incompatibles con el artículo XIII de la Confederación: pero la norma contenida en el artículo VI de la nueva Constitución federal muestra claramente cómo el documento, después de aprobarse por el mismo Congreso continental que promovió la Convención de Filadelfia, se remitió a los estados miembros de la Confederación para que lo ratificasen (“La ratificación por parte de las asambleas de nueve Estados bastará para que entre en vigor la presente Constitución en los estados que la hayan ratificado”).

### III. PROCEDIMIENTOS ADOPTADOS POR LAS AUTOCRACIAS CONTEMPORÁNEAS

La adopción de las Constituciones que rechazaron la tradicional concepción liberal de la democracia seguiría varias modalidades que en parte pretendían respetar el modelo mencionado de procedimiento democrático.

#### 1. *Procedimientos seguidos en los Estados autoritarios y en los Estados recién independizados*

Los Estados definidos como autoritarios y la mayor parte de los Estados recién independizados contemplan el procedimiento de adopción unilateral y el plebiscito constituyente.

El *plebiscito constituyente* es la versión autoritaria del *referéndum* democrático. Se diferencia de este último por el carácter meramente formal de la adhesión pedida al electorado, de tal modo que produce resultados previstos de antemano. En la práctica, la adopción es sustancialmente fruto de una decisión unilateral de los auténticos detentadores del poder constituyente (jefe carismático, *leader* del partido único, jefe o junta militar), mientras que el voto popular tiende a ofrecer una mera ratificación (en el plano jurídico formal) y una legitimación del poder de los gobernantes (en el plano político sustancial).

Son considerados prototipos del procedimiento plebiscitario los planeados por Napoleón luego del golpe de Estado de 1799 (concentración del poder por el primer cónsul) y en 1802 (consulado vitalicio), así como el de Napoleón III después del golpe de Estado de 1851. Se presentan procedimientos análogos en la experiencia sucesiva, con referimiento, por ejemplo, a las Constituciones: portuguesa de 1933; griega de 1968; argelina de 1976; iraní de 1979; chilena de 1980. Otras veces el papel popular se reduce aún más, pidiéndose el consenso general para una reforma constitucional no muy bien precisada (Constituciones francesas del año X y del año XII).

En Irán, luego de la revolución que presencié el fin de la Constitución imperial, el 30 de marzo de 1979 tuvo lugar el referéndum relativo a la elección de la monarquía o de la República, y después de las elecciones de la asamblea constituyente del 3 de agosto de 1979, esta última en un

tiempo breve preparó un texto constitucional que fue sometido a referéndum el 2 y 3 de diciembre de 1979. Teniendo en cuenta el clima de tensiones y de violencia existente entre los grupos políticos, religiosos y étnicos, y por consiguiente, del seguro condicionamiento por parte de los votantes, la naturaleza de las consultas no podía dejar de ser de carácter plebiscitario.

El plebiscito chileno del 1o. de septiembre de 1980 fue regulado por el decreto-ley núm. 3465 del 8 de agosto de 1980; entre la fecha de publicación del texto de la Constitución (11 de agosto) y la fecha de votación transcurrió un mes. La posibilidades de debate sobre el texto propuesto fueron muy limitadas para los exponentes del partido católico (tan sólo el ex presidente E. Frei logró declarar, en los comicios a los cuales adherieron exponentes de las diversas oposiciones, el propio rechazo al proyecto de Constitución) y nulas para el partido de izquierda. De todas formas, todos los partidos se encontraban disueltos. El 67% de los votantes aprobó el texto del gobierno.

La Constitución sometida al electorado disciplinaba un régimen definitivo precedido por un régimen transitorio que en síntesis tendía a mantener en la presidencia al general Pinochet por un periodo equivalente a dos mandatos presidenciales (dieciséis años) como mínimo. Con anterioridad se había convocado para el 4 de enero de 1978 un plebiscito encaminado a legitimar al gobierno militar. En el caso de las consultas de 1978 las actividades fueron condicionadas por medio del control mantenido por el gobierno militar sobre los medios de información a través de fuertes restricciones a las formas de oposición; por el condicionamiento de los electores con la entrega de tarjetas electorales en las que la expresión “sí” aparecía junto a la bandera nacional; por la parcialidad de los colegios electorales; por la falta de garantías relativas a la manifestación del voto, y por la ausencia de medios de protección jurídica mediante recursos. El Decreto de Convocatoria de la Consulta Nacional que contenía normas relativas a las votaciones fue publicado el día anterior a las mismas. Los resultados oficiales arrojaron el 75% correspondiente al “sí”, el 20.30% referente al “no” y el 4.70% de tarjetas anuladas o en blanco.

En Uruguay, luego de la disolución del Parlamento en 1973 y de la deposición en 1976 del último presidente electo, los militares convocaron un referéndum de tipo plebiscitario con el fin de legitimar la Junta Militar de Gobierno (consejo de seguridad nacional) y de adoptar una

nueva Constitución; la iniciativa no tuvo éxito: el 30 de noviembre de 1980 el texto fue rechazado por el 58% de los votantes. También en este caso el texto del proyecto constitucional fue sometido al voto sin que mediara un debate libre y sin la presencia de los partidos, considerados fuera de ley. La única sorpresa fue la ausencia de fraudes, en estos casos bien difusos, con el fin de manipular el resultado electoral.

La *adopción unilateral* es otro remedio a través del cual el poder constituyente, detentado por un sector de la población y privo de legitimación popular explícita, adopta directamente la decisión constitucional. Chile es un caso ejemplar, donde el nuevo orden constitucional transitorio, subsiguiente al golpe de Estado del 10. de septiembre de 1973, fue adoptado mediante una serie de “actos constitucionales” de la Junta de Gobierno en ejercicio del poder constituyente.

La adopción de actos o estatutos “institucionales” o “constitucionales” por parte de los gobiernos militares fue uno de los mecanismos a través de los cuales, órganos de hecho instaurados mediante procedimientos revolucionarios pretendieron obtener su legitimación al poder. Además del ejemplo chileno, se puede citar el acto institucional núm. 1 de abril de 1964 adoptado en Brasil, que hacía mención al poder constituyente inherente a la revolución, y los diversos “actos” de reorganización nacional adoptados por la Junta Militar argentina luego del 24 de marzo de 1976. Tales actos preveían el mantenimiento de la Constitución nacional en la medida de su compatibilidad. Es similar el enfoque seguido por el gobierno militar en Ecuador en 1976. El gobierno militar de Uruguay, al aceptar el restablecimiento de la Constitución precedente mediante el decreto constitucional núm. 19 del 15 de septiembre de 1984, establecía una serie de límites en la normativa de la reforma. En la práctica, los actos institucionales se presentan como expresiones del poder constituyente (ya que están en grado de ignorar los vínculos establecidos por las Constituciones liberal-democráticas y porque reconocen la vigencia por parte de las mismas en la medida en que se juzguen compatibles con los principios establecidos por los actos mismos) y son reconocidos como tales por las mismas cortes supremas de los Estados interesados, como lo demuestra la experiencia argentina y de otros países en los cuales se manifiesta una posición legalizadora de las cortes hacia los gobiernos de hecho. Tal valoración no parece objetada por el hecho de que al final de una fase constitucional autocrática se restablezca la Constitución precedente.

## 2. *Procedimientos seguidos en los Estados socialistas*

En los Estados que sostienen haber realizado un socialismo marxista-leninista el procedimiento constituyente asumió características particularmente homogéneas. El partido (único o que aspira a serlo y por tanto guía temporal de coaliciones nacionales precarias e instrumentales), a través de sus órganos directivos, colegiados o monocráticos, adopta la decisión constituyente que puede ser ratificada por un órgano representativo asambleario o mediante referéndum.

La *adopción por parte de un órgano del partido* es típica de la fase revolucionaria. Los Congresos de los *Soviet* adoptaron la primera Constitución rusa en 1918, así como también la federal de 1924. Asimismo, fue votada la Constitución de Kampuchea Democrática (Camboya) en 1976, por el Congreso del Funk.

La *adopción por parte de un órgano del partido y sucesiva ratificación asamblearia*, es seguida con variaciones por numerosos ordenamientos en los que el partido-guía ya se ha consolidado y comporta una iniciativa del partido, que se vuelve promotor de una propuesta y, por ende, del nombramiento de una comisión, en general dentro de la asamblea parlamentaria, que formula un texto analítico y articulado del proyecto. El proyecto se difunde y discute por varios organismos controlados por el partido y, eventualmente, se somete a discusión popular. Luego se envía para que sea votado definitivamente por la asamblea, la cual, por lo regular, lo ratifica por unanimidad y posteriormente se somete a la aprobación de un congreso del partido. Un procedimiento similar fue seguido por la URSS en lo referente a las Constituciones de 1936 y de 1977 en países de Europa Oriental, en China en 1954, 1975, 1978 y 1982, y en Albania en 1976.

La *adopción por parte de órganos del partido integrada por referéndum*, bastante insólita, fue seguida en la aprobación de la Constitución de Alemania Oriental de 1968, búlgara de 1971 y cubana de 1976. En este caso el referéndum es de naturaleza plebiscitaria.

## IV. PROCEDIMIENTO CONSTITUYENTE PROVISIONAL

A menudo, especialmente cuando se verifica el paso de una forma de Estado a otra, preceden a la nueva Constitución hechos y actos encami-

nados a desarrollar un papel limitado en el tiempo, en cuanto momentos terminales de procedimientos constituyentes con carácter provisional. En tales casos no sólo se encuentran textos que expresamente son calificados como *Constituciones provisionales* o transitorias, pero puede darse el restablecimiento de Constituciones suspendidas anteriormente (por ejemplo Argentina, 1983) así como la modificación de la Constitución material, quedando invariada formalmente la Constitución formal (es el caso del desmantelamiento progresivo de la Constitución de la URSS de 1977 en la fase articulada que precedió al nuevo texto constitucional ruso de 1993). Varían las modalidades y los órganos utilizados en la fase en la cual se introduce la Constitución provisional.

Éstos implican un hecho revolucionario que ponga fin al ordenamiento constitucional precedente o el derrocamiento del viejo orden a causa de la decisión formal de un órgano de tal ordenamiento o, en fin, la determinación consensual tanto de los órganos del ordenamiento preexistente como de órganos instituidos en la fase de transición. En todos estos casos *la naturaleza constituyente del acontecimiento se aprecia en la afirmación de una concepción del derecho y del Estado inconciliable con la anteriormente vigente que lleva a la introducción de un fundamento diverso sobre la validez del ordenamiento positivo.*

Ejemplos del primer caso son los acontecimientos constitucionales portugueses del bienio 1974-1976. En 1974, un golpe de Estado militar acabó con la Constitución del “Estado nuevo”, que data de 1933, y el Movimiento de las Fuerzas Armadas (MFA) ejerció el poder constituyente adoptando un “Programa” (que tiene naturaleza de Constitución provisional unilateral: abril de 1974), después tuvo lugar una “Plataforma de acuerdo constitucional con los partidos políticos” (abril de 1975) que éstos debieron aceptar (como acto constitucional unilateral) y, en fin, una segunda “Plataforma de acuerdo constitucional entre el MFA y los partidos políticos” (febrero de 1976) (tercer acto constitucional, pero ya de naturaleza bilateral, concordado entre el MFA y los partidos). Estos actos, emanados por un poder constituyente provisional, formaron el núcleo de la Constitución provisional portuguesa antes de que entrara en vigor la Constitución votada por la asamblea constituyente de 1976.

Un ejemplo del segundo caso es la votación por parte de las *Cortes* franquistas de la octava ley fundamental de 1976. Esta ley, adoptada formalmente en respeto de la Constitución vigente en ese entonces (leyes

fundamentales adoptadas por el Estado autoritario), en realidad tuvo como objetivo romper, sustancialmente, con aquel ordenamiento y prever toda una serie de nuevos principios constitucionales antitéticos para realizar en un futuro mediante las nuevas Cortes constituyentes que llevaron a la Constitución de 1978. La octava ley fundamental contenía en sí una verdadera Constitución provisional, que solamente era formalmente compatible con la Constitución franquista.

Un ejemplo del tercer caso se tiene en la gestión conjunta entre los exponentes del ordenamiento en curso de desaparición y los movimientos de oposición reunidos en propicios organismos colegiados, del pasaje de las Constituciones socialistas a las Constituciones de sello liberal. Se trata de la fórmula organizativa “*Forum*”, utilizada en Alemania, Hungría, Polonia y Checoslovaquia en 1989. Otro ejemplo de notable interés tiene que ver con el proceso seguido para la superación de la Constitución de Sudáfrica de 1983, a partir de 1989, a través de una serie de leyes que eliminasen el régimen de separación racial (*Apartheid*), la reunión de conferencias preparativas del compromiso constituyente (1991-1993), y la aprobación de una Constitución transitoria (1993) destinada a tener una vigencia durante un quinquenio. La elaboración del texto constitucional se efectuó en la sede del “foro multipartidista”, pero la aprobación formal (*Constitution of the Republic of South Africa Act* núm. 200 del 22 de diciembre de 1993, publicada el 28 de enero de 1994) fue efectuada por el Parlamento tricameral previsto por la Constitución precedente. Visto el carácter experimental del texto se previó que las dos asambleas del nuevo ordenamiento en reunión conjunta formaran una “asamblea constitucional” encargada de redactar el texto de la futura Constitución definitiva, bajo el control del nuevo tribunal constitucional, sin que se pudieran modificar algunos principios fundamentales. Y en efecto, en los términos previstos por el artículo 73, 1 de la *Constitution Act* de 1993, la Asamblea constitucional aprueba el texto de la nueva Constitución (8 de mayo de 1996), rechazado por la Corte Constitucional (6 de septiembre de 1996) porque no respetaba algunos principios fundamentales, deliberado nuevamente por la Asamblea (11 de octubre de 1996) y entra en vigor el 4 de febrero de 1997 como *Constitution Act 1996*. Pero con base en una serie de disposiciones transitorias algunos mandatos constitucionales son destinados a volverse operativos tan sólo en un momento diferido.

La etapa en que se afirma la Constitución provisional y que prelude la Constitución definitiva es considerada por la doctrina politológica como periodo de “transición”. Para el derecho constitucional la noción de *transición* puede utilizarse para poner en evidencia la tendencia dinámica-procedimental del cambio constitucional, con la condición que se tengan bien presentes las diversas situaciones que pueden reconducirse en el marco de las transiciones. En efecto, la transición de la cual hablan los politólogos, no necesariamente debe ser siempre una transición de un régimen a otro o de una forma de Estado a otra. La transición, entendida como el abandono de las reglas precedentes de convivencia política en favor de otras, también puede manifestarse al interno de una determinada forma de Estado, como en el caso del pasaje de la Cuarta a la Quinta República en Francia, consagrado con el cambio de las reglas constitucionales formales mediante la superación de la Constitución de 1946 por obra de la de 1958; asimismo, la transición puede manifestarse mediante una revisión total de la Constitución con el paso de una forma de gobierno a otra, como tendría que ocurrir en Italia de acuerdo con la Ley constitucional núm. 1 de 1997, concluyéndose así un largo proceso cuyo inicio puede identificarse con el referéndum de 1993 sobre la ley electoral del Senado.

Con referencia específica a los procesos destinados a generar cambios en las formas de Estado, se debe aclarar que el paso de una forma constitucional a otra no se limita al abandono de formas de Estado autocráticas para pasar a las democráticas, como habitualmente se señala en la literatura sobre “transiciones democráticas”, sino que también puede darse con el abandono de una forma democrática en favor de una autocrática (lo que sucede cuando luego de una “oleada” de democratización sigue una de “reflujo” en sentido contrario). En general, resulta importante señalar el hecho que en las transiciones constitucionales puede persistir un dualismo provisional entre la vieja Constitución que ha sido superada y la nueva Constitución que se afirma de hecho pero que aún no se formaliza. Ejemplos del paso de una forma de Estado a otra se tienen con la transición del Estado democrático liberal al autocrático en Italia (1922-1925), con las transiciones de una forma de Estado autocrática a una democrática (España 1976-1978; Perú, 1977-1979; Argentina, 1982-1983; Brasil, 1985-1988; Chile, 1988-1990), y con la transición del Estado autocrático socialista al democrático de influencia liberal en Europa del Este (1989-1990).

## SECCIÓN III

## CONTENIDOS DE LA CONSTITUCIÓN

I. CONTENIDOS DE LAS CONSTITUCIONES: FINES, MATERIA  
CONSTITUCIONAL E INTEGRACIÓN DE LOS TEXTOS  
CONSTITUCIONALES

El examen de los contenidos de las Constituciones es objeto específico de buena parte del análisis que sigue a continuación, relativo a las diversas formas de Estado y de gobierno. De todos modos se puede evidenciar, en general, que los textos constitucionales escritos están condicionados por las finalidades que caracterizan las diversas formas de Estado, las últimas de las cuales influyen en modo diverso sobre la elección de las materias a regular en el ámbito constitucional, aunque hay materias que habitualmente están presentes en todas las Constituciones escritas.

1. *Finalidades*

El contenido de las Constituciones se encuentra estrechamente condicionado a los fines que toda Constitución señala.

Los fines generales son: *a*) fijación de los criterios de organización del poder en modo que establezcan a las fuerzas políticas que controlan al Estado, asimismo, *b*) fines estatales a los cuales está predispuesto el ejercicio del poder estatal. En cuanto al inciso *a*, se tiene que señalar que todos los constituyentes se preocuparon por ofrecer *legitimidad*, es decir fundamento jurídico, al poder de los titulares de los diversos órganos estatales. De los procedimientos a través de los cuales se ofrece una justificación del poder (*legitimación*) deriva la posibilidad, jurídicamente tutelada, de imponer su autoridad a todo el ordenamiento. En fin, el poder se distribuye según distintos criterios estableciendo reglas de competencia mediante las cuales los diversos órganos ejercen diferentes funciones públicas. En cuanto al inciso *b*, toda Constitución determina los fines a los

cuales debe encaminarse el poder estatal. Tales fines varían según la forma de Estado, en la medida que la concepción de la Constitución y del sistema jurídico que ésta disciplina es *instrumental* respecto a la concepción política que se encuentra en la base y que es acogida por ésta. Tal carácter instrumental es particularmente claro en los textos constitucionales que tienden a privilegiar enunciaciones ideológicas con respecto a medidas organizativas. Un ejemplo claro es la Constitución china de 1975; pero en realidad, toda Constitución incorpora siempre su ideología, de modo que no existen Constituciones neutras.

## 2. *La materia*

Sobre la definición de materia constitucional no existe un acuerdo entre los constitucionalistas que intentan individuar el objeto de las normas que regulan la materia *típica*, propia de toda Constitución.

La *materia típica* comprendería: la organización esencial del ordenamiento (regulación de los órganos constitucionales y, en particular, los dotados con facultades de dirección y normación, incluidos los criterios de elección de sus titulares); el desarrollo de la ideología fundamental elegida por un ordenamiento (que comporta normas de dirección que también condicionan la elección organizadora); la posición de los sujetos gobernados (tanto individuales como colectivos); las relaciones esenciales entre órganos constitucionales, entre éstos y los gobernados, y entre gobernantes.

No todos estos principios se introducen, necesariamente, en el texto formal, mientras que, de otra parte, el texto puede recargarse de normas que no son indispensables para delinear los fundamentos esenciales pero que son consideradas como necesarias y oportunas por los constituyentes. Por consiguiente, las Constituciones pueden presentar textos concisos, equilibrados o prolifos.

Las Constituciones liberales del siglo XIX se preocuparon de la función de los órganos constitucionales, por tanto, regulaban la posición del soberano y de la asamblea parlamentaria junto con los derechos de libertad política. El aumento de las tareas de intervención pública, la introducción de los derechos sociales y económicos a partir de la Constitución mexicana de 1917 y de la Constitución alemana de 1919, así como la racionalización de la forma de gobierno, requirieron una regulación constitucional más amplia en los textos de la primera y de la segunda

posguerras mundiales. Además, las Constituciones de tipo federal, teniendo que regular las complejas relaciones interestatales, resultaban en general muy extensas, como sucedió con la Constitución de la India de 1950 que llega a casi cuatrocientos artículos.

La tendencia a valorizar las ideologías, acentuando el carácter “propagandístico” de los textos constitucionales, ha contribuido a extenderlas sensiblemente. Esta orientación estuvo presente en las Constituciones francesas del periodo revolucionario. Esto ha sido más evidente en las Constituciones rusas y en las de los demás Estados socialistas, así como en muchas Constituciones de Estados recientemente independizados, especialmente en el continente africano. Sin embargo, no siempre esa tendencia lleva a la prolijidad. A veces ocurre lo contrario: la Constitución china de 1975 es muy sintética, contiene casi siempre normas de dirección política, limitando al máximo las normas orgánicas. En otros casos el carácter extenso de la Constitución depende, sobre todo, de su enfoque de transacción entre numerosas y diferentes fuerzas políticas que concurren a formarla: cada una de ellas quiso introducir en el texto constitucional una garantía para realizar su propio programa político-institucional, logrando así un resultado particularmente complejo, como en el caso de la Constitución portuguesa de 1976, que tiene trescientos trece artículos.

Como es evidente, el carácter extenso o breve de un texto constitucional depende de varias causas y no simplemente de una decisión “técnica” de los constituyentes. Sin embargo, existe un aspecto que no debe subestimarse, que se refiere al “rendimiento” de la Constitución: éste, según cierta doctrina, sería mejor si la Constitución es breve y, por tanto, se limita a delinear sucintamente sólo los institutos fundamentales confiando su integración a la sucesiva aplicación de los órganos constitucionales. Por el contrario, una Constitución demasiado detallada se expondría más fácilmente a una aplicación defectuosa o, incluso, sería destinada a un fin rápido. Como ejemplo de longevidad de una Constitución breve se cita con frecuencia la Constitución de los Estados Unidos, que sigue en vigor pasados dos siglos y se ha adaptado, fácilmente, al cambio radical de la realidad interna e internacional.

Tradicionalmente, la materia constitucional se trata principalmente con referencia a la organización constitucional (órganos, competencias y relaciones entre éstos) y a los derechos de libertad (posición del indivi-

duo respecto al poder constituido, declaración de los derechos y sus garantías).

La *disciplina de la organización constitucional* se refiere a las diversas soluciones relativas a la titularidad del poder, que puede corresponder a la generalidad de los sujetos que forman una comunidad política o a una parte de éstos y que se ejerce de acuerdo con el principio de concentración o con el de separación. Además, se refiere a las modalidades de ejercicio del poder, con particular referencia a los procedimientos de formación de las decisiones políticas y normativas, administrativas y jurisdiccionales, y a la garantía o no del principio consensual de los destinatarios de las decisiones políticas en antítesis al principio de imposición unilateral de las mismas. Esta disciplina se encuentra influida por la *finalización* del poder que condiciona globalmente las opciones de cada ordenamiento con relación a la ideología escogida. En la práctica, la parte de la Constitución relativa a la organización manifiesta con evidencia los criterios que califican a la forma de Estado y a la forma de gobierno escogida (véase primera parte, capítulo segundo, apartado IV).

En el Estado de derivación liberal se adopta el principio de *separación de poderes* en presencia de diversos órganos constitucionales encargados tendencialmente de desempeñar cada cual las funciones que le son propias, y se regulan las modalidades procedimentales a través de las cuales se ejercen estas últimas. En cambio, en el Estado socialista rige el principio de *unidad del poder estatal*, que más bien debería responder a la afirmación del principio de soberanía popular, por lo cual la presencia de articulaciones organizativas se justifica únicamente por las exigencias de funcionalidad del sistema. El principio de *concentración del poder* tiene lugar tanto en los Estados autoritarios que se afirmaron sobre la base del modelo fascista, como también en los Estados que se formaron después del proceso de descolonización.

La *disciplina de los derechos* se contiene principalmente en el texto de las Constituciones o, a veces, en los actos sustancialmente constitucionales con una denominación diversa. En efecto, históricamente, figuran actos como las “declaraciones de los derechos” del periodo de la Revolución francesa, y en particular la de 1789, y las cartas de derechos (*Bills of Rights*) de las colonias inglesas de Norteamérica (de 1776). Tales actos proclamaban en forma solemne los derechos considerados naturales, como la propiedad, la libertad personal, la seguridad, la resistencia a la opresión. Éstos fueron precedidos por el *Bill of Rights* inglés

de 1689, el cual sin embargo pretendía ratificar los derechos tradicionalmente garantizados al ciudadano en el marco del *Common Law*. Corrientemente las declaraciones y los *Bill of Rights* aparecen como preámbulo de la Constitución (véase, por ejemplo, el *Bill of Rights* que aparece previamente al texto de la Constitución canadiense de 1960), pero a la vez pueden ser posteriores a la Constitución, como en el caso de las enmiendas constitucionales incorporadas a partir de 1789 a la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787.

La disciplina constitucional de los derechos contempla numerosos asuntos:

En primer lugar se debe recordar la distinción entre los derechos contenidos en actos separados (declaraciones, *Bill of Rights*, preámbulos) y los derechos contenidos en el texto de las Constituciones, y el problema relativo a la relevancia del derecho natural, antecedente al Estado, y que sólo puede ser constatado y declarado por éste, frente al derecho que establece el Estado mediante la Constitución. De esta contraposición podría derivar una distinción entre los derechos abstractos del “hombre” y los derechos positivos del “ciudadano”, pero se observa que la tendencia consiste en superar la diversificación y considerar también como parte sustancial de la Constitución el contenido de las declaraciones y de los preámbulos. A este propósito se puede recordar la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés que considera parte integrante de la Constitución los derechos enunciados por la Declaración de 1789 a través del reenvío realizado por el preámbulo de la Constitución de 1958.

En segundo lugar se deben citar las modalidades de tutela de los derechos constitucionalmente previstos:

Inicialmente, la garantía derivaba principalmente del principio de separación de poderes. La autonomía del Poder Judicial hubiera garantizado la efectividad de la tutela frente al gobierno y las administraciones autoritarias. Sin embargo, esta forma de garantía no amparaba respecto a los abusos provenientes del Legislativo. Los desarrollos de la Constitución federal estadounidense atribuyeron a la Corte Suprema el control de constitucionalidad de las leyes votadas por las asambleas. Por tanto, se han desarrollado técnicas cada vez más garantistas del control hasta prever explícitamente en los textos constitucionales la privación de eficacia de las normas contrarias a la Constitución, luego de una sentencia de las cortes constitucionales.

En tercer lugar, una vez individuados los derechos como expresión de libertad individual es posible seguir su desarrollo paralelamente a la afirmación de las diversas formas de Estado. En este sentido se habla de *derechos civiles* (o derechos fundamentales, o derechos de libertad) con respecto a los derechos que se afirmaron en el Estado liberal en contraposición del poder estatal. Son los derechos estrechamente vinculados a la personalidad del individuo (libertad personal, de pensamiento, de religión, de reunión, económicos), que se plantean tradicionalmente, en modo tal que excluyen las injerencias limitativas o coercitivas por parte del Estado. En este sentido se habla de *libertades negativas*. A tal concepción de los derechos corresponde la división de poderes, el principio de legalidad, el principio de superioridad de la ley parlamentaria como expresión de la soberanía popular y del principio representativo y, en los ordenamientos del *Common Law*, el principio del *Rule of Law*, que comporta la superioridad del derecho declarado por los jueces independientes que están en grado de reprimir los abusos por perjuicios a los derechos por parte del poder político y administrativo. Asimismo, se habla de *derechos políticos* con respecto a los derechos asegurados al ciudadano en un Estado democrático representativo con el fin de consentir la participación en la determinación de la dirección política (electorado activo y pasivo, asociación política). Se habla de *derechos sociales* con respecto a la tutela de las pretensiones del ciudadano con miras a obtener del Estado aquellas prestaciones que lo coloquen en grado de disfrutar de los servicios que requieran la disponibilidad de recursos económicos públicos (trabajo, asistencia, previsión, estudio, cultura, salud). El papel activo del Estado nos lleva a hablar de *libertades positivas*. En los ordenamientos influenciados por los principios liberales los derechos sociales se añaden a los derechos civiles y políticos precedentes. En los ordenamientos socialistas éstos asumen un papel preponderante, mientras que los primeros tienden a volverse recesivos.

En cuarto lugar se nota que los derechos no pertenecen únicamente a los individuos sino que se extienden a las entidades colectivas. En efecto, las Constituciones contienen, también, normas sobre *derechos de los grupos sociales*. Por ejemplo, los derechos de las minorías étnicas, lingüísticas, religiosas, los derechos de las asociaciones políticas como los partidos y los sindicatos, los derechos de la familia, los derechos de las escuelas y de la universidad.

En fin, se observa que a los derechos del individuo y de los grupos se añaden los derechos de enteras colectividades nacionales (derechos de los pueblos) y que junto a la normativa de los textos constitucionales se halla una normativa (que se refiere también a los derechos anteriormente enunciados de los particulares y de los grupos) contenida en actos de organizaciones internacionales y en tratados internacionales. Tal normativa puede ser importante para los diversos ordenamientos constitucionales en virtud de las normas internas que le permitan ser introducida y puede ser elevada a canon constitucional mediante evocación explícita de la Constitución, como sucedió con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, por obra de las Constituciones de los Estados recientemente independizados.

Por lo tanto, en la discusión más reciente se habla de individuar tres “generaciones” de derechos representadas por la extensión progresiva de los derechos del hombre, a los grupos y a los pueblos.

La primera “generación” de los derechos se caracteriza por la afirmación de la presencia del individuo como sujeto político. Se trata de los derechos civiles y políticos enunciados en las declaraciones dieciochescas y en las Constituciones liberales. La segunda generación la constituyen los derechos sociales y económicos. Es decir, aquellos derechos introducidos por las Constituciones soviéticas y por las Constituciones de derivación liberal en las cuales se afirmó el llamado Estado social. La tercera generación se caracterizaría, además del fortalecimiento de la tendencia manifestada anteriormente, por la garantía de exigir una solidaridad mayor entre los hombres en modo de asegurar los *nuevos derechos* al ambiente, al desarrollo, a la paz y al patrimonio común de la humanidad. Sólo algunas de tales exigencias son relevantes en cuanto a derechos en Constituciones estatales, manteniendo regulados en general a los derechos de la llamada tercera generación a nivel de actos internacionales. Entre los derechos previstos por la Constitución existe el derecho al ambiente salubre (artículo 192, Constitución yugoslava de 1974; artículo 56, Constitución turca de 1982; artículo 45, Constitución española de 1978; artículo 66, Constitución portuguesa de 1976; artículo 123, Constitución peruana de 1979), y en las Constituciones de Estados recientemente independizados, el derecho al desarrollo (Constitución argelina de 1976, preámbulo y capítulo II).

### 3. *Integración y perfeccionamiento*

No toda la materia referida a la organización fundamental del Estado y a sus principios básicos de funcionamiento está contenida en el texto constitucional. Por ello pueden darse, a través de diversos medios, “integraciones” a la Constitución, como sucede en el caso de las leyes constitucionales italianas, que se equiparan, respecto al valor de sus normas, a las contenidas en la Constitución. Otras veces se encuentran leyes intermedias situadas entre la Constitución y las leyes ordinarias, como las “leyes orgánicas” francesas de integración de la Constitución, adoptadas con procedimiento reforzado, lo cual exige observar el parecer del Consejo Constitucional (artículo 46, Constitución de 1958); las que deben aprobarse con mayoría calificada de acuerdo con la Constitución belga según la revisión (texto de 1994); las “leyes orgánicas” relativas a los derechos y libertades fundamentales, a la aprobación de los estatutos regionales y al régimen electoral, que se han de aprobar con mayoría calificada según la Constitución española de 1978 (artículo 81).

Casi todas las Constituciones, como no pueden ofrecer una disciplina exhaustiva de los institutos a los que dan capital importancia, se ven obligadas a reenviar a la sucesiva legislación ordinaria. Este remedio da lugar a la llamada “reserva de ley”, que es absoluta cuando el Parlamento debe regular en modo exhaustivo la materia que le ha sido confiada, y relativa si el poder reglamentario del Ejecutivo puede intervenir en el cuadro de una normativa precedente de dirección parlamentaria. En caso de que el procedimiento se agrave por el respeto de condiciones procedimentales particulares y por la intervención de otros órganos, se habla de reserva reforzada.

En fin, conviene aclarar que la integración de la Constitución puede hacerse por vía informal, mediante costumbres y convenciones, o bien mediante actos formales como sentencias de los jueces, especialmente de las cortes constitucionales. En estas últimas hipótesis no siempre es fácil trazar un confín preciso entre el concepto de integración o perfeccionamiento de una Constitución y el concepto de modificación. También con respecto a este último se ha observado la importancia asumida por fuentes como las costumbres y las convenciones, así como también por actos formales, como las sentencias. Por razones expositivas se reenvía a lo que expondré, enseguida, sobre tales hechos en el tema de las modificaciones de la Constitución (véase sección IV, apartado IV).

Por integración de la Constitución se entienden las modalidades dirigidas a complementar el texto constitucional de modo que se pueda dar una aplicación completa. Las fuentes a través de las cuales opera la integración pueden articularse en diversos niveles, como resulta evidente de acuerdo con la exposición preliminar.

La *hipótesis en la cual una Constitución se forme por varios textos constitucionales* es diversa: de seguro éstos se encuentran “integrados” entre ellos, al mismo nivel, formando todos el *derecho constitucional* de cierto ordenamiento (esto puede afirmarse en línea general, ya que en realidad en tales casos podría individuarse la preeminencia de ciertos complejos normativos frente a otros). Existen varios ejemplos: el ordenamiento austriaco que prevé la Constitución federal (de 1920, en la versión de 1929, varias veces enmendada) y los actos normativos mencionados por el artículo 149, 1, entre ellos la Ley Fundamental de Estado sobre los Derechos Generales de los Ciudadanos del 21 de diciembre de 1867 (en la versión de 1982), la Ley sobre Protección de la Libertad Personal del 27 de octubre de 1862, la Ley sobre Protección del Derecho del 27 de octubre de 1862, así como otros textos normativos; el ordenamiento sueco, que prevé el “instrumento de gobierno” (comúnmente definido Constitución) de 1974, integrado por la Ley de Sucesión y por la Ley sobre la Libertad de Prensa (ex artículo 3 del “instrumento de gobierno”); el ordenamiento de Israel, donde, en aplicación de la Resolución Harari (1950) adoptada por la primera legislatura constituyente, se aprueban una serie de leyes definidas “fundamentales” (en parte caracterizadas por procedimientos de revisión agravados) sobre el *Knesset* (1958), sobre los territorios de Israel (1960), sobre el presidente del Estado (1964), sobre el gobierno (1968, reformado en 1992), sobre la economía de Estado (1965), sobre las fuerzas armadas (1976), sobre Jerusalén, capital de Israel (1980), sobre el Poder Judicial (1984), sobre la elección popular del primer ministro (1992) —basándose en un sistema mayoritario a doble turno, aplicado a partir de las elecciones de 1996— y sobre el contralor del Estado (1988), y sobre los derechos fundamentales, específicamente respecto a la “dignidad humana y la libertad” y respecto a la “libertad de ocupación” (1992).

Otro grupo significativo de ejemplos se tiene con la regulación separada de los derechos individuales en actos conocidos como *declaraciones*, preliminares al texto constitucional, como sucedió con las famosas

declaraciones francesas del periodo revolucionario o en actos “postpuestos” (posteriores) al texto, como con el *Bill of Rights* anexo a la Constitución estadounidense.

## II. EFICACIA DIRECTA E INDIRECTA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES. CARÁCTER NORMATIVO DE LOS PREÁMBULOS Y DE LAS DECLARACIONES

La Constitución, en tanto máxima fuente del derecho de un ordenamiento, obviamente es de naturaleza *preceptiva*; por tanto, a ella se atribuye una eficacia inmediata y directa. Esta consideración, que aparece fundada con referencia al complejo normativo constitucional, sin embargo puede revelarse inexacta si se consideran las diversas normas constitucionales. En efecto, sólo una parte de tales normas tiene eficacia directa, mientras otras tienen eficacia tan sólo indirecta, requiriendo para su aplicación de ulteriores intervenciones normativas.

Las normas constitucionales que por su estructura son idóneas a valer, por sí mismas, como reglas tienen *eficacia directa*, y pueden ser aplicadas inmediatamente sin necesidad de normas específicas y que impliquen su ejecución: se trata de normas referidas a la institución y a la esfera de competencia de los órganos constitucionales y de aquellas que regulan los derechos fundamentales y que valen en cuanto tales tanto para el ciudadano como para la administración y la jurisdicción que deben tutelarlos. La naturaleza vinculante de las normas en materia de derechos fundamentales (que son los derechos de libertad civil) tanto para el legislador como para la administración se prevé, por ejemplo, en el artículo 3 de la Ley Fundamental alemana de 1949, en el artículo 53, 1 de la Constitución española de 1978 y en el artículo 11, 1 de la Constitución turca de 1982.

Otras normas constitucionales, por lo regular, se consideran con *eficacia solamente indirecta*, ya que no son aplicables por sí mismas frente a los sujetos del ordenamiento. Se trata de normas que fijan los objetivos que los órganos constitucionales deben alcanzar (llamadas normas programáticas), o que regulan los derechos sociales y económicos, y requieren de la intervención de órganos estatales para satisfacer efectivamente a los particulares. Estas normas tienen un alcance inmediato y vinculante para los órganos constitucionales.

Entre las normas programáticas se hallan la *fijación de objetivos* generales de los órganos estatales —por ejemplo promover el bienestar y garantizar la libertad, previstos por el preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos, o la promoción del bienestar común previsto por el artículo 2 de la Constitución suiza—, así como verdaderos *mandatos* confiados al legislador. Entre estos mandatos se hallan, por ejemplo, el dirigido a garantizar mediante la ley los derechos y las libertades de las minorías ideológicas y filosóficas (artículo 6 bis, 2 de la Constitución belga), el encaminado a garantizar la igualdad legal y social entre los hijos legítimos y naturales (artículo 30, 3 de la Constitución italiana y artículo 6, 5 de la Ley Fundamental de Bonn), el que tiene como fin asegurar la paridad entre el hombre y la mujer en todos los campos (preámbulo de la Constitución francesa de 1946, aún vigente). Igualmente, se puede citar el conocido artículo 3, 2 de la Constitución italiana que fija el principio de igualdad sustancial (es un deber de la República la remoción de los obstáculos económicos y sociales que perjudican la igualdad de los ciudadanos), pero también existen provisiones análogas en las Constituciones española de 1978 (artículo 9, 2), portuguesa de 1976 (artículo 9) y turca de 1982 (artículo 5). Normas de este tipo implican la sujeción única por parte de los órganos constitucionales; deben ser respetadas por el legislador y su violación puede ser reconocida por los tribunales constitucionales.

Los derechos sociales, económicos y culturales, en particular (derechos al trabajo, a la educación, a la cultura, al ambiente y otros similares), son previstos en la mayoría de las Constituciones. Éstos vinculan a las autoridades (artículo 18, Constitución portuguesa de 1976), ya que son “criterios que guían al legislador, la administración de justicia y el funcionamiento de las autoridades estatales” (artículo 53, 3 de la Constitución española de 1978) y su aplicación al individuo presupone una ley adecuada. También las normas que prevén tales derechos comportan, en primer lugar, obligaciones para los órganos constitucionales y el particular puede hacer uso de los derechos una vez que los primeros hayan adecuado la norma al precepto constitucional. En las Constituciones más recientes, entre los fines puestos por las Constituciones a las intervenciones del legislador se hallan en particular aquellos relativos a garantizar la cultura, el trabajo y el ambiente. Este trío de derechos se refleja en la Constitución griega de 1975 (artículos 116, 21; 22, 1 y 24, 1; respectivamente) y en la española de 1978 (artículos 44, 1; 40, 1; 41 y

45, 2). La distinción que resulta de los textos constitucionales entre las normas que fijan mandatos para el legislador, cuya aplicación comporta una ampliación del área de los derechos perteneciente a los particulares (en materia cultural, laboral, ambiental y otros por el estilo), y las normas que prevén explícitamente los llamados derechos sociales, es una consecuencia de las diversas opciones de los constituyentes. La exigencia de legislaciones que desarrollen las normas constitucionales es un dato común a ambas hipótesis.

Los “preámbulos” y las “declaraciones”, antepuestos al texto constitucional redactado en artículos, siempre han generado problemas específicos respecto a su valorización. Surge así la pregunta de si tales actos forman parte integrante de la Constitución y si su contenido tiene valor normativo.

### 1. *Los preámbulos*

El preámbulo contiene fórmulas de promulgación y referencias a los precedentes que han dado origen a la Constitución. Asimismo, ofrece una motivación política; puede expresar votos, auspicios, afirmaciones de principios, no siempre enunciables fácilmente por normas articuladas en el texto.

El preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos de 1787 asume el valor de una promulgación formal de la Constitución. En muchas Constituciones del pasado, en el preámbulo se hacía referencia a la fuente de legitimación del poder constituyente, como por ejemplo en el Estatuto albertino de 1848; en el que precede a la Ley Fundamental alemana de 1949, aprovecha la ocasión para prever una futura Constitución después de la unificación del territorio alemán; en el de la Constitución portuguesa de 1976 se recuerdan los precedentes políticos que la originaron y, en particular, el papel del Movimiento de las Fuerzas Armadas; en algunos Estados árabes se citan los valores éticos de su tradición y, en particular, el derecho islámico (Constitución de la República de Túnez de 1959; Constitución de la República Árabe de Egipto de 1971); en los Estados basados en la ideología socialista se expresa en modo amplio tal fundamento doctrinal (Constitución de la República Democrática Alemana de 1968; Constitución china de 1954 y de 1975; Constitución cubana de 1976; Constitución de la URSS de 1977).

A pesar de la perplejidad en reconocer al preámbulo un valor directamente preceptivo, en ciertos casos no se ha dudado en equipararlo a las normas constitucionales, como en el caso del preámbulo de la Constitución francesa de 1946 y de 1958. Lo mismo parece que puede decirse de los preámbulos de algunas Constituciones de países socialistas en los que se propende por reconocer su naturaleza preceptiva. Además, las disposiciones de los preámbulos son consideradas particularmente significativas, dado su frecuente y acentuado contenido ideológico, para el proceso de interpretación de toda la normativa constitucional. En conjunto parece correcto pensar que la naturaleza de los enunciados de los preámbulos constitucionales no es homogénea: por lo general es posible acercar su contenido al de las disposiciones de base, programáticas con eficacia diferida, salvo hipótesis en las cuales la preceptividad es inmediata. Además, es cierto que todas las enunciaciones de los preámbulos, comprendidas las formuladas en modo no preceptivo, deben permitir la interpretación de todo el texto constitucional.

Otro asunto es el inherente a la naturaleza jurídica atribuida a los preámbulos: es evidente que en razón de la diversa naturaleza jurídica y del rango que se atribuye a los preámbulos se logran diversos efectos en lo relativo al procedimiento para su modificación.

## *2. Las declaraciones*

Las “declaraciones” contienen una enunciación articulada y preceptiva de algunos principios fundamentales que se refieren, sobre todo, a la posición del ciudadano en la sociedad. Su texto aparece separado formalmente del constitucional, porque siguiendo las influencias ejercidas por las doctrinas políticas del siglo XVIII, se sostuvo que los derechos fundamentales del individuo deberían considerarse innatos y naturales y, por eso, sólo debían ser confirmados y “declarados”, no atribuidos, por el texto constitucional. El carácter preceptivo de las declaraciones era cierto al momento de su adopción, mientras que los órganos constitucionales y los órganos judiciales los han considerado tendencialmente como inmediatamente preceptivos.

La práctica de las declaraciones empieza con la Declaración de los Derechos del Estado de Virginia de 1776 seguida por la de otros estados norteamericanos. La Constitución federal de 1787 no contiene en sus premisas una declaración, pero el equivalente de ésta se encuentra conte-

nido en las enmiendas que fueron introducidas en 1791. Gran eco tuvo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, uno de los textos más famosos del periodo de la Revolución francesa. A ella siguieron las de 1793, 1795 y 1848. La Declaración de 1789 ha sido evocada recientemente en el preámbulo de la Constitución francesa de 1958.

Sin embargo hay que aclarar que a partir del ejemplo de la Constitución de Bélgica de 1831, la materia de los derechos y de los deberes fundamentales se reguló directamente en el texto constitucional, sea por la mayor relevancia atribuida cada vez más a tal materia que por razones estructurales, y por último, para evitar dudas sobre el carácter preceptivo de tales disposiciones. También durante el trabajo de la Asamblea Constituyente italiana se rechazó la idea de una “declaración” apropiada, prefiriendo introducir las disposiciones en tema de derechos en los “principios fundamentales” y en la parte anterior al texto.

De todos modos, huellas de la concepción iusnaturalista se hallan en numerosos textos constitucionales. El artículo 2 de la Constitución italiana de 1948 prevé el reconocimiento de los derechos “inviolables del hombre”. Igualmente, los derechos inviolables e inalienables se mencionan en el artículo 2 de la Ley Fundamental alemana de 1949, como fundamento de toda comunidad humana, y ejemplos ulteriores emergen del preámbulo de la Constitución francesa de 1946, y del artículo 10 de la Constitución española de 1978.

El método de “declaración” separada fue seguido igualmente en Rusia con la “Declaración de los Derechos de los Pueblos de Rusia”, de noviembre de 1917, y además con la “Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador Explotado”, de 1918, premisa de la Constitución de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia del mismo año, pero con la Constitución de 1936 la materia de los derechos y de los deberes es introducida en el texto constitucional (capítulos X y XI); este ejemplo ha sido seguido por la Constitución de 1977 (capítulos VI y VII) y por las Constituciones de los demás Estados socialistas. Los documentos que recuerdan las declaraciones son las “Cartas” elaboradas durante el periodo fascista en Italia (Carta del Trabajo, 1927; Carta de la Escuela, 1938) y los “*fueros* españoles” (del Trabajo, 1938; de los Derechos de los Españoles, 1945): el valor constitucional de tales actos no dejaba lugar a dudas.

## SECCIÓN IV

## VARIACIONES DE LA CONSTITUCIÓN

I. MODIFICACIONES A LA CONSTITUCIÓN. MODIFICACIONES  
FORMALES MEDIANTE REVISIÓN Y SUS LÍMITES

Las transformaciones que inciden sobre una Constitución asumen diverso significado según que permitan, o no, el reconocimiento de la permanencia de sus caracteres originales que la identifican; en cuanto a la segunda hipótesis, la transformación sería tan radical que se consideraría consecuencia de un poder constituyente sustancial. Cuando se habla de modificaciones se entiende que implícitamente se reconoce la *permanencia del núcleo esencial* de la Constitución modificada, es decir, de aquella parte que algunos definen como “superconstitución”. Por consiguiente, cuando las modificaciones atañen a gran parte de los institutos fundamentales, aunque formalmente corresponda a una revisión, en la sustancia puede darse una modificación radical de la Constitución.

Un ejemplo lo es la ley de revisión 1/82 del 30 de septiembre de 1982 adoptada en Portugal sobre la base de los artículos 164 y 286 de la Constitución de 1976, que preveía la revisión una vez se cumpliera la primera legislatura. La “revisión” fue radical, cubrió casi todo el texto constitucional y cambió en forma considerable su contenido, tanto de hacer creer que el órgano de revisión se haya investido de poderes sustancialmente constituyentes. En particular, la ley de revisión llevó a la superación del proyecto dirigido a introducir una forma de Estado socialista basado en el modelo leninista, optando así por una forma que concilia principios liberales y socialistas. Igualmente eliminó el papel activo político-constitucional de los militares, restableciendo los principios de la democracia representativa. Finalmente, introdujo el principio garante de la legalidad de acuerdo a lo planteado por el Estado de derecho e instituyó el Tribunal Constitucional.

Con la ley de revisión 1/89 del 8 de julio de 1989 se introducen modificaciones ulteriores encaminadas a completar el proceso de alineación a

los principios de las Constituciones de inspiración liberal. Esta Ley, entre otras, modificaba el artículo 290 que enumeraba los límites a la revisión (nuevo artículo 288), eliminando parte de la protección que había sido prevista para algunos principios de enfoque socialista en materia de organización económica.

Las modificaciones se distinguen en modificaciones formales del texto constitucional (enmienda o revisión de la Constitución) mediante procedimientos destinados expresamente a este efecto, y en simples mutaciones del valor atribuido a las normas constitucionales formales de modo que se produce una incongruencia entre el texto formal y la realidad constitucional.

Las *modificaciones informales* pueden llegar a provocar la falta de aplicación de la Constitución, la formación de costumbres y convenciones y las intervenciones jurisprudenciales. En general, el complejo fenómeno de interpretación de las disposiciones constitucionales tiene una importancia particular. Con frecuencia se prefiere la adecuación a nuevas exigencias que recurrir a las modificaciones formales, echando mano, para esto, de la interpretación. Un ejemplo poco conocido pero significativo lo constituye la Constitución japonesa actual, en la cual, a pesar del reconocimiento de la exigencia de modificar algunos institutos y a pesar de la existencia de cláusulas constitucionales que prevén las modalidades a través de las cuales se realiza la revisión del texto y el desenvolvimiento de los trabajos preparatorios pertinentes, no obstante lo anterior, se prefiere reenviar el procedimiento formal de revisión a través de una interpretación de adecuación.

Por cuanto se refiere a las *modificaciones formales* del texto constitucional, cuando éstas se produzcan sin seguir procedimientos particulares (por lo general recurriendo a la legislación ordinaria), se dice que la Constitución es *flexible* (Constitución francesa de 1830, Estatuto albertino de 1848). Si por el contrario para la modificación se requieren órganos o procedimientos particulares, preestableciéndose así una garantía especial de la Constitución, ésta se define como *rígida*. Rígida es la Constitución de Estados Unidos de 1787, así como fueron rígidas casi todas las Constituciones de la Francia revolucionaria. Con posterioridad, la previsión de órganos *ad hoc* y de procedimientos agravados destinados a decidir sobre la revisión se convirtió en una regla, en cuanto se consideró una forma de garantía para la estabilidad del ordenamiento constitucio-

nal, permitiendo al mismo tiempo las adaptaciones inevitables del texto que fueran necesarias para la mutación de la situación de hecho.

### 1. *Revisión formal por medio de órganos y procedimientos especiales*

Una enumeración de las modalidades que los diversos ordenamientos contemplan para la modificación de un texto constitucional comprende hipótesis muy diferenciadas:

1) Asamblea parlamentaria, la cual utiliza el procedimiento ordinario (en diversas Constituciones flexibles).

2) Del mismo modo, pero con cierta peculiaridad en cuanto a la iniciativa y a los tiempos del procedimiento (un ejemplo característico en cuanto a los tiempos son las Constituciones portuguesas de 1911 y 1933: cada diez años; característico en cuanto a la iniciativa es la Constitución española de 1812 [conocida como Baiona], que reservaba la iniciativa al rey).

3) De la misma forma, pero con mayorías calificadas. Se trata de uno de los grupos más amplios de ejemplos históricos de modelos de revisión. A título de ejemplo se mencionan:

- a) *Mayoría absoluta* (acompañada de dos votaciones conformes sucesivas): Prusia, 1850 (artículo 107); Brasil, 1891 (artículo 90), 1934 (artículo 178), 1946 (artículo 217) y 1967 (artículo 51).
- b) *Mayoría de dos tercios* (por lo general con una sola votación): Alemania, 1919 (artículo 76) y 1949 (artículo 79); Portugal, 1976 (artículo 276); Brasil, 1967, modificada en 1969 (artículo 48), con dos votaciones sucesivas).
- c) *Mayoría de tres quintos*: Brasil, 1988 (artículo 60, 2) con tres votaciones sucesivas.
- d) *Unanimidad* (o dos votaciones sucesivas con mayoría de tres cuartos): Liechtenstein, 1921 (artículo 111).

4) Deliberación al inicio del procedimiento de revisión con o sin mayorías cualificadas, acompañada de disolución de la asamblea, elecciones, y revisión confiada a la nueva asamblea. Un ejemplo se individúa en la Constitución francesa de 1791, que pretendía tres votos uniformes expresos con ocasión de tres legislaturas bienales distintas y posteriormen-

te el voto definitivo de revisión en una cuarta legislatura (título VII). Múltiples votaciones preventivas fueron previstas por la Constitución española de 1812 (artículos 376-383) y por la Ley Orgánica de la Cámara finlandesa (parágrafo 67). La elección articulada en dos fases (asamblea de iniciativa y asamblea de deliberación) está presente en numerosos ordenamientos: Noruega, 1814 (artículo 112); Portugal, 1822 (artículo 28), 1826 (artículos 140 y ss.) y 1838 (artículos 138 y ss.); Brasil, 1824 (artículos 174 y ss.) y 1934 (artículo 174 para la revisión total); Bélgica, 1831 (artículo 131); España, 1856 (artículo 87), 1869 (artículos 110 y ss.), 1931 (artículo 125); Rumania, 1866 (artículo 128); Luxemburgo, 1868 (artículo 115); Islandia, 1944 (artículo 79); Grecia, 1975 (artículo 110); Suecia, 1975 (artículo 15); Holanda, 1983 (artículo 137).

5) Revisión subsiguiente a la elección de una asamblea *ad hoc* con función exclusiva de reforma (llamada convención). El modelo fue implantado por la Constitución francesa de 1793 (artículos 115-117) y sucesivamente de 1848 (artículo 111) y es seguido, en parte, por la Constitución de Estados Unidos (artículo V). En estos ejemplos la iniciativa de convocatoria puede derivar de las asambleas locales (Francia, 1793), de la asamblea legislativa (Francia, 1848), de los estados miembros (Estados Unidos). Es evidente cómo este procedimiento es uno de los más próximos a la concepción que tiende a confundir el poder constituyente y el poder de revisión. Esto es seguido en algunos ejemplos históricos en que la convocatoria es atribuida a la asamblea legislativa: Argentina, 1853 (artículo 30); Serbia, 1889 (artículo 201) y Grecia, 1864 (artículo 107).

6) Revisión realizada por la asamblea ordinaria preexistente o por una asamblea *ad hoc* seguida eventualmente por un referéndum popular con función de ratificación o de veto (Alemania, 1919, artículo 76; Austria, 1920, artículo 44; Italia, 1948, artículo 138; España, 1978, artículo 167).

7) Combinación necesaria en la elaboración de un proyecto de ley de revisión parlamentaria y su sometimiento a referéndum. En tal caso, sin la intervención popular que lo apruebe no existe ley de revisión (referéndum constitucional en sentido estricto) o no se perfecciona el *iter* formativo de la ley (sanción popular que se añade a la deliberación de la asamblea).

- a) Referéndum necesario precedido de un voto parlamentario con mayoría calificada o no (Suiza, 1874, artículo 120 y artículo 6, 2 inciso c, alusivo al referéndum obligatorio de las Constituciones can-

tonales; Austria, 1920, artículo 44, relativo a las revisiones totales; Irlanda, 1937, artículos 46 y 47; Islandia, 1944, artículo 79, relativo al Estatuto eclesiástico; Japón, 1946, artículo 96; Venezuela, 1961, artículo 246, referente a la revisión total; por último, se incluye también el proyecto de Constitución francesa del 19 de abril de 1946, artículo 123).

- b) Referéndum necesario precedido de dos votaciones parlamentarias entre las cuales se desarrollan las elecciones generales (Constitución de Dinamarca de 1953, artículo 88; España, 1978, artículo 168, atinentes a los principios fundamentales). El antecedente histórico lo contempla la Constitución francesa de 1795 (artículos 336 y ss.): referéndum necesario precedido de tres votaciones parlamentarias, con un intervalo de tres años y con elecciones de la asamblea *ad hoc* para la revisión.
- c) Referéndum necesario, pero excluyente en caso de que la ley de revisión sea aprobada con mayorías especiales (Francia, 1946, artículo 90) o sea sometida a las dos cámaras reunidas (Francia, 1958, artículo 89, con iniciativa presidencial).

8) Revisión de las Constituciones federales, uniendo a la deliberación de los órganos federales la participación de los estados miembros a través de los propios órganos assemblearios representativos, o mediante consultas populares con alcance de ratificación o de veto (como ejemplos de intervención de las asambleas de los estados: Estados Unidos, artículo V; México, 1917, artículo 135; Venezuela, 1961, artículo 245 referente a la revisión parcial; Canadá, 1982, artículos 38 y ss., en cuanto a los derechos de las provincias. Como ejemplos de intervenciones de trámite los cuerpos electivos locales por vía referendaria: Suiza, 1874, artículos 121-123; Australia, 1900, artículo 128, atinente al estatuto de los estados en el ámbito del Estado federal).

A modo de integración de las indicaciones anteriores, conviene destacar que cuando las Constituciones permiten la revisión de amplias partes de los textos constitucionales (conocida como *revisión total*) podemos individuar diversos niveles de rigidez. Esto sucede en los casos previstos por la Constitución austriaca (artículo 44, 2), suiza (artículo 120), española (artículo 168), así como en las hipótesis previstas en las Constituciones más recientes, como la búlgara (artículos 157-163). En la práctica,

junto a los procedimientos agravados dirigidos a modificar las disposiciones constitucionales se regulan otros más agravados dirigidos a modificar las partes del texto constitucional consideradas mayormente delicadas. Así, en el caso de la Constitución española, una ley de revisión requiere la mayoría de tres quintos en ambas cámaras y se somete a referéndum popular sólo de manera eventual (artículo 167), pero si la propuesta de ley comporta una revisión total o una revisión de los principios generales o de las normas en materia de derechos de libertad, en este caso se requiere la mayoría de dos tercios en ambas cámaras, la consiguiente disolución de las mismas, la ratificación del voto favorable a la revisión por parte de las nuevas asambleas y una nueva votación con mayoría de dos tercios y, en fin, el sometimiento a referéndum popular que deberá ser favorable (artículo 168). Como resulta evidente, con relación a lo que es el ordinario procedimiento legislativo parlamentario y al diferenciado encaminado a aprobar las leyes orgánicas (artículos 81 y ss.), según la Constitución española existen dos niveles de gravedad referentes al procedimiento de revisión, graduados según la importancia de la protección asignada a la materia que será sujeta potencialmente a eventuales modificaciones.

Una observación ulterior tiene que ver con las particularidades de los procedimientos de revisión, incluyendo en éstas el uso del referéndum, cuando las modificaciones constitucionales se vuelven necesarias para aceptar los vínculos internacionales que limitan la soberanía estatal. La Constitución irlandesa (artículo 29) enmendada varias veces mediante referéndum (1972, 1986, 1992) para dar vía libre a la ratificación de los tratados europeos. Igualmente, tuvieron lugar varias consultas referendarias conexas a procedimientos de revisión en Francia (1992) y en Dinamarca (1993) siempre con referencia a la participación en las organizaciones comunitarias europeas.

Por cuanto se refiere a la *iniciativa* del procedimiento de revisión, se tiende a limitarla privilegiando la de los órganos cuyas diversas Constituciones reconocen su predominio.

Así, en las Constituciones de tipo autocrático, como la francesa de 1852, correspondía al Senado, nombrado por el emperador, tomar la iniciativa. En las Constituciones autoritarias la iniciativa se confiaba al Ejecutivo (Constitución portuguesa de 1933, artículo 135; Constitución rumana de 1938, artículo 97). En las Constituciones de tipo demoliberal se privilegia el papel de las asambleas (Constituciones francesas de 1791,

del año III, de 1848 y de 1946; Constitución italiana de 1948; Ley Fundamental alemana de 1949). La iniciativa puede confiarse también, directamente, al cuerpo electoral (Constitución francesa de 1793, Constitución suiza de 1874). En general, en los más recientes ordenamientos de derivación liberal, caracterizados por un equilibrio entre el Legislativo y el Ejecutivo, la iniciativa puede ejercerse separadamente por los dos (leyes constitucionales francesas de 1875; Constitución francesa de 1958; Constitución italiana de 1948; Ley Fundamental alemana de 1949). En los ordenamientos socialistas la iniciativa corresponde a órganos del partido, sin que tal competencia sea sancionada en el texto constitucional. En los ordenamientos presidenciales de tipo autoritario en muchos países recientemente independizados, la iniciativa pertenece al presidente de la República (Constitución de Túnez de 1959, artículo 72; Constitución de Senegal de 1963, modificada por la ley de revisión de 1970, artículo 89; Constitución de Egipto de 1971, artículo 189; en todos estos casos en modo concurrente con hipotéticas iniciativas de la asamblea representativa).

Una vez adoptada la iniciativa es necesario establecer quién es competente para tomarla en *consideración*: en general, conforme a lo consolidado en los ordenamientos de tradición liberal, corresponde siempre al Parlamento examinar la iniciativa y decidir formalmente si se procede concretamente a la revisión.

El momento de la decisión corresponde a la *deliberación* sobre la modificación del texto constitucional, que puede requerir mayorías especiales; votación doble; intervalo de tiempo; *referéndum*, a veces acumulados entre ellos.

Son frecuentes las *mayorías especiales* (Constitución de Francia de 1946, artículo 90; Italia, 1948, artículo 138; Alemania, 1919, artículo 76 y 1949, artículo 79; también en la generalidad de las Constituciones de los Estados socialistas; Constitución de Portugal de 1976, artículos 286 y 287; Constitución de España de 1978, artículos 167 y 168).

A veces se requiere (también) una *votación doble e idéntica*, pasado cierto periodo de tiempo entre una y otra operación (Constitución de Francia de 1946, artículo 90; Italia, 1948, artículo 138; Túnez, 1959, artículo 73).

En algunos ordenamientos se prevé un *fraccionamiento* entre la deliberación de iniciativas dirigidas a la modificación y la efectiva aprobación específica en dos legislaturas diversas de modo que los resultados

de las elecciones comporten una especie de referéndum popular sobre la propuesta (Constitución de Suecia de 1809, artículo 81; Noruega, 1815, artículo 112; Bélgica, 1831, artículo 131; Holanda, 1877, artículos 203 y 204; Grecia, 1952, artículo 108, y 1975, artículo 110; España, 1978, artículo 168, sólo para las revisiones “totales” y por lo que concierne a algunos institutos fundamentales).

Otras veces se contempla la *integración* de la deliberación parlamentaria con un referéndum sucesivo previsto de modo eventual (Constitución de Francia de 1946, artículo 90; Italia, 1948, artículo 138; Constitución de Francia de 1958, artículo 89) o de modo taxativo (Constitución de Suiza de 1874, artículos 120 y 121; Constitución de Alemania de 1919, artículo 76; Constitución de Irlanda de 1937, artículo 46; Constitución de Cuba de 1976, artículo 141, en caso de que la revisión se refiera a institutos fundamentales; Constitución de Egipto de 1971, artículo 189). La Constitución española de 1978 prevé el referéndum sólo de modo eventual si lo requiere una décima parte de los miembros de una cámara (artículo 167, 3), pero de modo taxativo cuando afecte toda la Constitución o a sus institutos fundamentales (artículo 168, 3).

### *Revisión de la Constitución de los Estados Unidos*

Entre las Constituciones contemporáneas la de los Estados Unidos de América es —al menos desde el punto de vista formal— una de las más difíciles de enmendar. El procedimiento lo regula el artículo V de la Constitución federal que indica dos subprocedimientos alternativos para la aprobación (ratificación) de las enmiendas mismas. Precisamente las enmiendas pueden proponerse en el Congreso por mayoría de dos tercios en ambas cámaras; o bien pueden ser propuestas por un órgano *ad hoc* (*Convention for Proposing Amendments*) convocado por el Congreso a petición de los legisladores de dos tercios de los estados miembros. La enmienda así propuesta puede ratificarse por los legislativos de tres cuartos de los estados miembros, o por órganos *ad hoc* (*Conventions*) en tres cuartos de los estados miembros, según que el Congreso escoja uno u otro tipo de ratificación. La enmienda, así ratificada, es —siempre a tenor del artículo V de la Constitución— válida en todos sus efectos como parte de la Constitución federal. El subprocedimiento de propuesta lo elaboró la Asamblea Constituyente después de largas discusiones que se prolongaron hasta dos días antes de la conclusión de los trabajos: el 15

de septiembre de 1787. En cambio, menos complejo ha sido el *iter* que llevó a la determinación de remitir al Congreso la opción por uno u otro tipo de ratificación, como anteriormente se indicó. De los dos tipos, el primero data de la experiencia confederal, mientras el segundo —ratificación por medio de convenciones en los estados— corresponde al sistema adoptado para aprobar la Constitución federal. Se pueden delinear cuatro procedimientos alternativos de revisión. Las enmiendas pueden ser: 1) propuestas por el Congreso y aprobadas por los legislativos de los estados miembros; o bien, 2) propuestas por el Congreso y ratificadas por las *Conventions* en los estados miembros; o aún más, 3) propuestas por la *Convention* federal y aprobadas por los legislativos de los estados miembros; o bien, en fin, 4) propuestas por la *Convention* federal y aprobadas por las *Conventions* en los estados miembros. En la práctica, las propuestas de enmiendas han sido hasta ahora de iniciativa del Congreso; las peticiones por parte de los estados para que se convocase una *Convention* nunca han tenido éxito porque el Congreso estimó que la petición de convocación no se realizó según las modalidades prescritas. Frente a lo anterior, la tendencia del Congreso ha sido objeto de críticas. De veintisiete enmiendas hasta ahora vigentes, veinticinco fueron aprobadas por los legislativos y tan sólo una —la vigésimo primera— por las *Conventions*.

## 2. Límites de la revisión

De acuerdo con lo dicho anteriormente, las Constituciones presentan límites en la revisión sea por cuanto se refiere a los órganos y a las modalidades procedimentales que siguen (límites formales en las Constituciones rígidas), como por cuanto concierne al respeto de su núcleo esencial (límites sustanciales presentes en las Constituciones definidas habitualmente como flexibles). A estos límites hay que añadir aquellos que impiden la revisión en contingencias particulares o que requieren el decurso de cierto periodo de tiempo antes de utilizar el procedimiento de revisión (límites temporales). Los límites pueden ser indicados expresamente, como sucede con los límites formales y con los temporales, o pueden ser implícitos, como ocurre por lo general con los límites sustanciales (por ejemplo, en las Constituciones socialistas no se encontraba una prohibición explícita de cambio de la forma de Estado, pero nunca se ha dudado de su rigurosa vigencia). Asimismo, se debe subrayar cómo los límites lla-

mados “formales” en realidad tienen una conexión estrecha con los sustanciales. En efecto, cuando los constituyentes prevén formas agravadas y órganos *ad hoc*, lo hacen con el objeto de proteger institutos específicos previstos en la Constitución: la diferencia más evidente está dada por la generalidad de los vínculos formales, que protegen un número indeterminado de situaciones, respecto a la puntualidad y a la absolutidad de los límites sustanciales.

### A. Límites sustanciales

En primer lugar debe recordarse que una Constitución puede prever el hecho de no poderse modificar. El Estatuto albertino estuvo concebido como “Ley fundamental perpetua e irrevocable de la monarquía”. Tal agudización de las expectativas de protección a tiempo indeterminado de las decisiones del constituyente fue retractada gracias a la consolidación por vía consuetudinaria de la posibilidad de enmienda del estatuto en mención.

En segundo lugar existen Constituciones que no contemplan el tema de la revisión, como lo son las Constituciones francesas de 1799, 1814, 1815, 1830, 1852 y la Constitución española de 1876. De tal silencio se deduce la imposibilidad de modificar el texto y por ende, en presencia de tal conclusión absurda, se admitió la modificación del texto mediante el recurso a modalidades idénticas a las seguidas para llegar a la aprobación del texto constitucional originario.

La prohibición de revisión busca, con frecuencia, proteger los derechos fundamentales de los particulares, que no pueden ser eliminados del texto constitucional (Constitución italiana de 1948, artículo 2; Ley Fundamental alemana de 1949, artículo 1, 1; Constitución griega de 1975, artículos 2, 1 y 5, 1; Constitución portuguesa de 1976, revisada, artículo 288).

Son frecuentes las previsiones que prohíben la modificación de la forma de gobierno: de la monárquica (Constitución de Noruega de 1814, artículo 112; Constitución de Libia de 1951, artículo 197; Constitución de Grecia de 1951, artículo 108, 2); de la republicana (ley constitucional francesa de 1884; Constituciones francesas de 1946, artículo 95 y de 1958, artículo 89; Constitución italiana de 1948, artículo 139; Constitución de Turquía de 1961, artículo 9; Constitución de Túnez de 1959, artículo 72; Constitución de Senegal de 1963, revisada en 1970, artículo

89). A veces es objeto de especial tutela la estructura federal del Estado (Constitución de Estados Unidos de 1787, artículo V; Ley Fundamental alemana de 1949, artículo 79, 3). Otras veces, con el objeto de salvaguardar la forma de Estado de posibles intentos de modificación de la relativa estructura, se introducen normas en tutela de la forma de Estado socialista y del sistema político social revolucionario (Cuba, revisión de 2002).

Sin embargo, la lista de los institutos típicos que han de salvaguardarse puede ser extremadamente extensa y analítica, como sucede en la Constitución portuguesa de 1976 (artículo 288), donde se sustraen a revisión: la independencia y la unidad estatal; la forma republicana; la separación Estado-Iglesia; la separación de los poderes; las autonomías locales; el pluralismo político y de partidos; el derecho de oposición; la democracia electiva y el sistema proporcional; los derechos individuales y colectivos; un régimen de economía mixta público-privado; las garantías constitucionales, y el control de constitucionalidad.

### *B. Límites temporales*

También en las hipótesis teóricamente permitidas, la revisión no es admisible si se refiere a circunstancias particulares, como el hecho de no haber transcurrido cierto periodo de tiempo desde la adopción del texto constitucional (prohibición de la revisión antes de transcurridas dos legislaturas, Constitución francesa de 1791; prohibición de revisión durante la primera legislatura en la Constitución de Portugal de 1976, artículo 286, inciso *f*) o como la presencia de condiciones que justifiquen preocupaciones en cuanto a la serenidad del debate sobre la revisión (prohibición de la revisión durante la regencia en la Constitución belga de 1831, artículo 84; durante la ocupación extranjera del territorio nacional en las Constituciones francesas de 1946, artículo 94 y de 1958, artículo 89; durante la vigencia del estado de asedio [también conocido como estado de sitio] y del estado de emergencia en la Constitución portuguesa de 1976, artículo 284; en tiempo de guerra o en caso de impedimento de reunión de las asambleas sobre el territorio nacional de acuerdo con la Constitución belga de 1994, artículo 196; en tiempo de guerra y durante los estados de crisis según la Constitución española de 1978, artículo 169).

A veces está prohibido proceder a la revisión si no ha pasado cierto periodo de tiempo desde la revisión anterior (diez años desde la adop-

ción, según la Constitución francesa de 1791; cinco años desde la revisión anterior como en la Constitución griega de 1975, artículo 110, 6).

### C. *Límites a la Constitución consuetudinaria*

Si bien con contornos bastante particulares, el problema de la revisión se refiere a aquellos ordenamientos desprovistos de una carta constitucional orgánica y basados en gran parte sobre costumbres, como en el caso de la Constitución inglesa. Esta Constitución no contempla un procedimiento formal de revisión, y el Parlamento, que está habilitado para producir derecho sin ningún límite en cuanto es “soberano”, puede a través de las propias leyes modificar el ordenamiento preexistente. Se consideran objeto de no revisión las antiguas leyes como el *Habeas corpus* de 1679 y la ley que contiene la declaración de los derechos de 1689, y las costumbres como la de la “soberanía” parlamentaria, o de los poderes prerrogativos de la Corona en el nombramiento del gabinete y en la disolución de la asamblea. El principio de supremacía del Parlamento es aquel sobre el cual convergen la mayoría de las opiniones doctrinales para identificar un caso absolutamente inmodificable por obra de la misma legislación parlamentaria. Pero la aprobación del *European Community Act* de 1972, sobre cuya base se admite el predominio de normas comunitarias sobre aquellas adoptadas por el Parlamento inglés, cuando sean incompatibles frente a las primeras, crea una duda seria sobre la supervivencia del principio tradicional de la Constitución.

## II. MODIFICACIONES FORMALES POR MEDIO DE DEROGACIONES EN CASOS ESPECIALES

Puede darse un caso particular de modificación de la Constitución, cuando se derogan sus normas sólo en un caso determinado, mientras que en todos los demás casos posibles tales normas permanecen vigentes (es la llamada “ruptura” o quebrantamiento de la Constitución), volviendo incierto establecer si las posibles derogaciones sean, o no, sólo las previstas formalmente en el mismo texto constitucional.

El criterio a seguir, en tal caso, parece ser no solamente el relativo a la *singularidad* de la ordenanza por derogar, sino también el del nivel de *excepcionalidad* de la misma ordenanza frente a una determinada regla

de la Constitución. La misma hipótesis sobre la clara inhibición, por parte del texto constitucional, de una derogación a un caso particular, por lo general, no parece formar parte de los principios fundamentales de los regímenes intangibles y que se sustraen al procedimiento de revisión o de integración constitucional, cuando la derogación dada mediante revisión o integración no sea compatible con los fines constitucionales de uno o más institutos (en esta óptica, la propuesta de derogar *una tantum* algunos criterios de procedimiento entre los cuales el artículo 138 de la Constitución italiana, de acuerdo con el mensaje del presidente de la República del 26 de junio de 1991, sería compatible con la Constitución de 1948). Por lo tanto, se debe verificar si se está en presencia de un simple *obstáculo formal* frente a la derogación por parte de la norma constitucional que puede ser removida mediante modificación o integración de la misma (quebrantamiento de la Constitución en sentido propio) o bien si surge un *impedimento sustancial* que no puede ser superado dado que se refiere a la salvaguardia de los caracteres esenciales y de los principios característicos de la misma forma de Estado dada por cada ordenamiento y, por ende, no susceptible de derogación para un caso particular. De acuerdo con un criterio propuesto, por ejemplo, puede identificarse un quebrantamiento de la Constitución con la convocación de un *referendum de dirección* —caso no contemplado, como es sabido, por el ordenamiento constitucional italiano concerniente a los institutos de democracia directa— relativo al otorgamiento de un mandato constituyente al Parlamento Europeo, mediante la ley constitucional núm. 2 del 3 de abril de 1989.

Entre las rupturas de la Constitución deben distinguirse las llamadas *auto-rupturas*, que corresponden a las derogaciones admitidas por el mismo texto constitucional frente a algunas normas contenidas en el mismo. Esta hipótesis se verifica también al interno de la Constitución italiana que, en las propias disposiciones transitorias y finales, configura algunas derogaciones concernientes, por ejemplo el artículo 49, que prohíbe la reorganización del partido fascista ya disuelto, y el artículo 48, remitiendo a la ley la fijación de los límites para el electorado activo y pasivo, por no más de un quinquenio desde la entrada en vigor de la Constitución, a cargo de los jefes responsables del régimen fascista, excluyendo asimismo a los miembros y a los que pertenezcan a la ex casa reinante de Savoia del electorado activo y de la posibilidad de desempeñar cargos electivos y oficios públicos. Igualmente, en los textos constitucionales se

puede encontrar, por lo general, una autorización preventiva a la posibilidad de derogar normas constitucionales. Esto ocurrió, por ejemplo, con relación a la necesidad de adecuar el ordenamiento estatal al tratado internacional (*cf.* a título general el artículo 11 de la Constitución italiana, pero también, de modo más específico, el artículo 91, 3 de la Constitución holandesa de 1983, la cual de manera analítica permite que la vigencia de las disposiciones de los tratados contrarios a la Constitución sea admitida previa votación parlamentaria con mayoría de dos tercios).

### III. MODIFICACIONES TEMPORALES MEDIANTE SUSPENSIÓN

Pueden darse modificaciones generales y provisionales de la Constitución, con motivo de su *suspensión*, con respecto a la eficacia de la totalidad de las normas constitucionales o de algunas de ellas. A diferencia de la revisión, que comporta una modificación definitiva y general de las normas, y del quebrantamiento o ruptura, que implica una modificación caracterizada por la especialidad de los sujetos interesados, con incidencia en la misma validez de las normas afectadas, en el caso de la suspensión las normas permanecen válidas, aunque se suspende, temporalmente, su eficacia.

La suspensión de la Constitución está relacionada con la exigencia que el ordenamiento sea particularmente eficiente para afrontar situaciones consideradas excepcionales. Por lo tanto, la suspensión abre camino a la instauración de un *ordenamiento de excepción* respecto a la normalidad constitucional (definido en modo diverso: “estado de guerra” en crisis internacionales; “estado de asedio” y calificaciones análogas en crisis internas) y, así se comprende en qué modo el concepto de suspensión de la Constitución y el de ordenamiento de excepción están asociados, como premisa necesaria, en la presencia de ordenamientos que normalmente consienten la separación de poderes y la garantía de las autonomías individuales y colectivas. En efecto, en los ordenamientos con concentración de poder, por lo general, existe ya un alto grado de eficiencia para afrontar emergencias sin que subsistan formas de control del poder y formas de garantía de los derechos equiparables a las reconocidas a los ordenamientos con separación de poderes. A título de ejemplo, en los ordenamientos con separación de poderes, las normas constitucionales que por lo general son suspendidas corresponden a las atribuciones de direc-

ción y control de los Parlamentos y de garantía jurisdiccional de los órganos judiciales, así como aquellas en materia de derechos políticos.

Un aspecto particularmente delicado relativo a la suspensión concierne a la determinación de la *fuerza* normativa que puede permitirla, habilitando a un órgano constitucional, por lo general al Ejecutivo pero también al Legislativo, para suspender la Constitución y poner en acción un ordenamiento de excepción en caso de que se verifiquen situaciones de peligro para el ordenamiento constitucional. En efecto, característica de las situaciones de peligro es su imperfecta previsión para una predisposición normativa precedente (por ejemplo, en el mismo texto constitucional) porque no es siempre eficaz para cubrir todas las exigencias que se realicen en el futuro. Ante semejante eventualidad será necesario, igualmente, adoptar medidas de tutela del ordenamiento constituido, a menos que no se quiera facilitar su fin. En tal caso, el fundamento de la determinación de suspender la Constitución y de instaurar el ordenamiento de excepción no se encuentra en normas formales de la Constitución, sino en el *principio de necesidad* y, por ende, en una fuente-hecho.

Con esta premisa puede advertirse ahora que la actitud de los constituyentes, respecto a la suspensión y a los respectivos regímenes derogatorios de excepción, puede variar sensiblemente: puede preverse en la Constitución, en modo detallado o con normas de reenvío a especificaciones sucesivas, pero puede darse también una omisión de consideración o incluso una prohibición textual. De otra parte, la previsión preventiva puede contenerse en leyes, o bien la suspensión puede derivar de una deliberación parlamentaria o de una determinación directa del Ejecutivo que comporta, a veces, una ratificación parlamentaria sucesiva.

Tal tipo de previsión se difundió en las Constituciones de las monarquías constitucionales que pretendían así preconstituir un pretexto normativo para el restablecimiento de regímenes de concentración que favorecerían al Ejecutivo monárquico (las llamadas cláusulas de salvaguardia del absolutismo). Véanse, por ejemplo, las Constituciones: francesa del año VIII, artículo 92; austriaca de 1867, artículo 14; búlgara de 1879, artículos 47 y 48; rusa de 1906, artículo 87; montenegrina de 1906, artículo 75. Además el conocido ejemplo ofrecido por el artículo 48, 2 de la Constitución de Weimar, que habilitaba al presidente del *Reich*, cuando la seguridad y el orden público fuesen gravemente perturbados o comprometidos, a tomar las medidas necesarias para su restablecimiento, re-

curriendo también a la fuerza armada, y pudiendo suspender temporalmente, total o parcialmente, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Interés particular reviste el artículo 16 de la Constitución francesa de 1958 que habilita al presidente de la República para tomar medidas de excepción en caso de amenaza grave e inmediata a la seguridad del ordenamiento y por interrupción del funcionamiento regular de los órganos constitucionales. También existen previsiones explícitas en textos recientes (Constitución sueca de 1974, capítulo XIII; Constitución griega de 1975, artículo 48; Constitución española de 1978, artículos 55 y 116; Constitución portuguesa de 1976, revisada, artículos 19, 138 y 164).

En cuanto a hipótesis en las que existe una prohibición expresa véanse las Constituciones: francesa de 1848, artículo 5, 1; belga de 1831, artículos 67 y 130; noruega de 1814, artículo 17; luxemburguesa de 1866, artículos 36 y 113; griega de 1911, artículo 35; finlandesa de 1919, artículo 28; turca de 1924, artículos 52 y 103. Es conocido que la Constitución italiana actual prevé (artículo 78) el otorgamiento de poderes necesarios relativos sólo al estado de guerra internacional, ignorando la hipótesis de emergencia interna.

Para las hipótesis de previsión legislativa en vía preventiva véanse, por ejemplo, para Francia, las leyes del 3 de agosto de 1849, 3 de abril de 1878 y 17 de abril de 1916 sobre el estado de sitio, y las leyes del 3 de abril de 1955 y 7 de agosto de 1955 sobre el estado de emergencia; para Inglaterra, la *Emergency Powers Act* de 1920; para Italia, el Texto Único de las Leyes de Seguridad Pública (PS) aprobado con decreto regio el 6 de noviembre de 1926, núm. 1848, el Texto Único sucesivo, aprobado con decreto regio del 18 de junio de 1931, núm. 773, asimismo el decreto regio del 8 de julio de 1938, núm. 1415 sobre la Ley de Guerra.

En cuanto a las hipótesis de reglamentación parlamentaria, *cfr.*, por ejemplo, para Gran Bretaña, el *Defense of the Realm (Consolidation) Act* de 1914 y los *Emergency Powers (Defense) Acts* de 1939 y de 1940; para Estados Unidos, el *First War Powers Act* del 18 de diciembre de 1941 y el *Second War Powers Act* del 27 de marzo de 1942; para Italia, la ley núm. 671 del 22 de mayo de 1915, con ocasión de la Primera Guerra Mundial; para Francia, la ley del 16 de marzo de 1956 para la solución de la crisis argelina; para Suiza los *arrêts* de la asamblea federal del 3 de

agosto de 1914 y del 30 de agosto de 1939, con ocasión de la Primera y de la Segunda Guerra Mundial.

La autoasunción por parte del Ejecutivo sin consiguiente ratificación parlamentaria es característica del periodo italiano estatutario; mientras el recurso a la *Indemnity Acts* con posterioridad al ejercicio gubernativo de los poderes de emergencia es característico del ordenamiento inglés.

#### IV. MUTACIONES INFORMALES, FUNCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA, DE LAS COSTUMBRES Y DE LAS CONVENCIONES

Mientras los instrumentos de revisión concluyen con una modificación explícita de las Constituciones, otras mutaciones pueden operar utilizando técnicas que no se encaminan formalmente a tal fin (la jurisprudencia), o bien se producen en modo tácito a través de adecuaciones realizadas por vía de la costumbre y de la convención. En estas últimas hipótesis es necesario analizar, a su vez, si nos hallamos en presencia de simples operaciones de aplicación de las Constituciones mediante una actividad sustancialmente interpretativa (y en tal caso la jurisprudencia, los usos y las convenciones operan en el cuadro de las normas constitucionales a las que se refieren), o bien si se confronta en sentido estricto una mutación de tales normas, sea en el sentido que se respete su letra pero no la *ratio* que les dio origen, sea en el sentido que se contradicen aquellas *in toto*, dándose, entonces, una derogación total.

##### 1. *La jurisprudencia*

Particularmente importante es la influencia ejercida por la jurisprudencia, especialmente la de las cortes que tienen como fin principal verificar la conformidad de la legislación ordinaria con la Constitución e interpretarla. En tales casos, para saber cuál es el alcance efectivo de la Constitución es imposible prescindir del conocimiento de las sentencias de las cortes. La actividad de interpretación que cumplen tales órganos ha llevado a continuas adecuaciones de los textos constitucionales a la realidad contemporánea, a veces modificándolas sensiblemente, como lo demuestra la experiencia de Estados Unidos, de Canadá y de Australia.

## 2. *Costumbres y convenciones*

Las fuentes no escritas asumen una función importante. Éstas se encuentran en grado de producir derecho que integra al ordenamiento general, y por ende se equipara al derecho inserido en los textos constitucionales, o bien se limitan a producir derecho que sirve a las relaciones entre sujetos constitucionales en cuanto expresión de su autonomía (en el marco de la Constitución escrita o de eventuales costumbres constitucionales existentes).

Entre las diferencias más evidentes que median entre las normas producidas por las primeras (*costumbres*) y las relacionadas con las segundas (*convenciones*) existe la diversa relación entre éstas y los sujetos constitucionales a los cuales son destinadas: en el primer caso, una vez que la costumbre cobra vigencia es operante y vinculante prescindiendo de la voluntad del destinatario, que está sujeto a observarla al igual que a las otras normas constitucionales; en el segundo caso, al ser la convención fruto de la autonomía de los sujetos constitucionales que la establecen, basándose en supuestos de hecho o históricos bien precisos, la variación de estos últimos justifica la ausencia del vínculo jurídico anteriormente vigente.

Con probabilidad es característico que el elemento de “disponibilidad” por parte de los sujetos constitucionales del vínculo jurídico, posible para las convenciones y excluyente para las costumbres, represente la línea distintiva entre los dos tipos de fuente: las costumbres son expresión del ordenamiento estatal en su totalidad, son *heterónomas* con respecto a los sujetos constitucionales constreñidos a observarlas y por tanto no es posible derogarlas según su propia voluntad; en cambio, las convenciones son la consecuencia de acuerdos, generalmente informales, entre los sujetos constitucionales, por lo tanto constituyen la expresión de la propia autonomía y pueden ser derogadas por los mismos sin que sean violadas las normas del ordenamiento estatal.

En la práctica, tan sólo un examen preciso de las situaciones reales puede identificar la existencia de elementos de una convención o de una costumbre, teniendo presente que, históricamente, la etapa convencional puede preceder a la etapa de consolidación de la costumbre. Además, no se puede atribuir a la terminología adoptada la definición de las fuentes en examen para poder identificar la presencia de convenciones o costumbres: las *conventions of the Constitution*, famosas en los ordena-

mientos anglosajones, comprenden con frecuencia verdaderas costumbres constitucionales.

Las *conventions* se consideran parte integrante de la Constitución y son fuentes que producen normas obligatorias pero que no son objeto de tutela por parte de los jueces. Según la teoría de Dicey, realizada a fines del siglo XIX y acogida por la jurisprudencia de los países del *Common Law*, el derecho constitucional se compone de reglas del derecho (*laws*) y de otras reglas (*rules*). Las primeras comprenden tanto a las normas contenidas en la ley parlamentaria (*statutes*) como a las no escritas y que forman parte del *Common Law*, y constituyen en sentido estricto el derecho de la Constitución (*the law of the Constitution*); las segundas están constituidas por usos y prácticas que son seguidas por los órganos constitucionales, hacen parte del derecho constitucional del país y de la ética constitucional (*constitutional morality*) y son definidas como *conventions*. Inicialmente, según Dicey, las *conventions* eran reglas no escritas que definían el ejercicio de los poderes discrecionales de la Corona y por ende los de los ministros en tanto servidores de la misma. De modo más preciso, consentían el ejercicio a través de ministros responsables políticamente frente al Parlamento, conforme a los principios del gobierno representativo, de poderes legales que pertenecían formalmente a la Corona. En la práctica eran las reglas efectivamente operativas las que consentían la aplicación de lo que sería la forma de gobierno parlamentaria, ante la ausencia de precisas normas constitucionales que definían el papel de los órganos constitucionales. Marshall añade a estas reglas las relativas a las relaciones entre el primer ministro y el gabinete ministerial, el gobierno y el Parlamento, las dos cámaras del Parlamento, ministros y administración, ministros y aparato judicial, Reino Unido y países del *Commonwealth*.

Al final, las *conventions* resultan ser reglas, consideradas *non-legal* en la medida que no pueden ser sancionadas por los jueces, que consienten el funcionamiento de un sistema de responsabilidad política (*political accountability*) y por tanto son destinadas a garantizar, en última instancia, el respeto de las exigencias de los electores, siendo éstos el eje actual de la soberanía. También se puede considerar que el sistema de reglas convencionales consiente una adecuación sustancial del ordenamiento a los que serían los valores constitucionales dominantes en un momento histórico determinado.

Tal opinión se manifiesta en el importante parecer de la Corte Suprema canadiense del 28 de octubre de 1981 en materia de “repatriación” de la Constitución. El cual puede indicarse como la síntesis de la jurisprudencia de las Cortes del *Common Law* en materia de *conventions*. Esto determina cuáles son los requisitos según los cuáles puede considerarse operativa una disciplina convencional: los antecedentes concordantes, la convicción de la obligatoriedad de la norma, su justificación. En el caso específico la Corte debía verificar si existía o no una regla convencional que requiriera el consenso de todas las provincias canadienses (estados miembros del Estado federal) con el fin de que las dos cámaras del Parlamento pudieran iniciar un procedimiento de revisión constitucional: la Corte llegó a individuar tal convención. Como será precisado más adelante, la *convention* de la cual se trata entraría a formar parte precisamente del marco definitorio de una verdadera costumbre constitucional.

Vale la pena evidenciar que el hecho de excluir que las Cortes puedan sancionar las violaciones de las convenciones, atribuyéndose en este caso la sanción a los órganos político-constitucionales, sin embargo no impide a las mismas asegurar su existencia, como lo demuestra el importante ejemplo citado.

Por lo general, las costumbres admitidas integran y complementan la Constitución escrita, ya que se considera que la voluntad exteriorizada por los constituyentes comporta la compatibilidad con los textos escritos tan sólo para las costumbres que no contrasten los textos constitucionales. En cuanto a la función desempeñada, existen, entre otras, costumbres que interpretan las normas escritas, y costumbres que, si bien no imponen nuevos vínculos jurídicos, admiten comportamientos de los órganos constitucionales (permisivos o facultativos).

Antes de indicar los ejemplos de costumbres que modifican las Constituciones, se debe hacer énfasis sobre la importancia que las costumbres tienen también en los ordenamientos con Constitución escrita, y sobre todo en los ordenamientos federales. Además debe subrayarse la función de las jurisdicciones en identificar la existencia de las costumbres. En efecto, el objetivo de verificar la subsistencia de la consolidación en el tiempo de la *práctica* consuetudinaria y de la convicción de la *naturalaleza jurídica* de la regla que se deriva (*longa repetitio e opinio iuris*), a menudo se limita a las opiniones doctrinales, que son discutibles como tales. Por esto es determinante el papel del intérprete, especialmente del juez constitucional, a fin de establecer mediante un procedimiento inter-

pretativo, que no siempre es meramente cognoscitivo sino interpretativo-creativo, si existen o no los requisitos esenciales de la regla consuetudinaria.

De manera ilustrativa se deben mencionar varios ejemplos del caso italiano. La sentencia 129/1981 de la Corte Constitucional que reconoce la existencia de una costumbre constitucional derogatoria del artículo 103 de la Constitución, el cual prevé la jurisdicción de la Corte de Cuentas en materia de contabilidad pública, haciendo explícita referencia a los "...principios no escritos, que se manifiestan y consolidan mediante la repetición constante de comportamientos uniformes...", es decir, en forma de verdaderas costumbres constitucionales. La sentencia sucesiva 7/1996 que reconoce la formación de una costumbre que habilita la moción de censura hacia un ministro en particular, derogando así el principio de la responsabilidad colectiva y unitaria del gabinete ministerial.

La Corte de Casación, salas civiles unidas, en la sentencia 7072/1983 reconoce en una costumbre interpretativa la extensión a la Cámara de Diputados de la disposición del artículo 26 del Reglamento del Senado que contempla la institución de órganos bicamerales en respeto del principio de proporcionalidad en la formación de tales comisiones. La Corte de Cuentas, sección de control, mediante pronuncia 1038/1980, afirma que una costumbre *secundum legem* extiende el alcance del artículo 2 de la ley núm. 5195 del 18 de febrero de 1888, que prevenía la institución de un subsecretario de Estado para cada ministro, permitiendo así el nombramiento de una pluralidad de subsecretarios.

En fin, conviene recordar la importancia que tienen las costumbres en el ordenamiento parlamentario, sea que se trate de costumbres innovadoras, ya que se han afirmado en el silencio de específicas normas reglamentarias, o bien sea que se trate de costumbres interpretativas de normas escritas. Las costumbres parlamentarias tienden a ser "facultativas" en el sentido que comportan la juridicidad del comportamiento en el caso que sea, prescindiendo de su necesidad. Los casos más interesantes son aquellos en que es permitido, siempre que no exista oposición, derogar para casos particulares precisas disposiciones de los reglamentos parlamentarios. Como ejemplos de costumbres parlamentarias son indicadas por el Parlamento italiano: la inmunidad de la sede del Parlamento, que impide la entrada en los edificios de las cámaras a sujetos extraños y a la autoridad pública sin previa autorización, y la limitación de los trabajos

parlamentarios únicamente a actos constitucionalmente necesarios en los periodos de crisis del gobierno.

Volviendo a la hipótesis de mutación de los textos constitucionales, son costumbres *innovadoras* (y no convenciones) muchas de las *cabinet conventions* de los ordenamientos de tipo anglosajón: trátase de institutos, seguramente inderogables, no disciplinados por normas escritas, que sólo regulan la forma de gobierno parlamentaria si bien en presencia de una Constitución escrita como en Canadá, Australia, Nueva Zelanda.

La introducción de la forma parlamentaria en las Constituciones que preveían la monarquía constitucional (Estatuto albertino de 1848) tuvo carácter consuetudinario. Igual carácter tuvo la regulación de la función del presidente del consejo durante la tercera República francesa, dado que no fue contemplada por la Ley de 1875. Igualmente, la introducción del papel de los vicepresidentes del consejo, de los ministros sin cartera y de los comités de ministros, ante el silencio de la Constitución italiana. Carácter consuetudinario, innovador, tienen las consultas presidenciales previas a la formación del gobierno no previstas por el artículo 92 de la Constitución italiana, mientras que tiene un carácter simplemente convencional la elección de los sujetos consultados y el orden de las consultas. Fruto de una costumbre innovadora fue la introducción de la función de control político de las comisiones del Congreso de los Estados Unidos a través de las cuales se superaba el principio de la rígida separación de poderes prevista por la Constitución federal de 1787.

Es discutible el valor de las reglas que se observan en la formación del directorio suizo. La Constitución (artículo 96) prevé que de siete miembros no se puede escoger más de uno por cada cantón. Esta norma ha sido integrada por otras reglas: no pueden pertenecer al grupo étnico alemán más de cinco miembros; los tres cantones mayores siempre son representados; los cuatro partidos políticos de la ya tradicional coalición deben obtener un número de miembros proporcional a los sufragios. Tales reglas parecen tener carácter consuetudinario, aunque en casos esporádicos las relativas a la representación de los grupos étnicos han sido derogadas. Carácter consuetudinario tiene la presencia, en el gabinete canadiense, de miembros procedentes de las diversas provincias. Semejante naturaleza tiene probablemente la regla encaminada a individualizar al presidente del *Bundesrat* alemán: desde el periodo inmediatamente sucesivo a la entrada en vigor de la Ley Fundamental, el presidente es elegido entre los miembros con un mandato de un año, en modo de consentir

una rotación que permita la alternancia de los jefes de los ejecutivos de los diversos *Länder*, siguiendo el orden decreciente de la población de éstos. Carácter consuetudinario tienen las relaciones entre los órganos de partido y los órganos estatales, que no se encuentran previstos en los textos constitucionales de los Estados socialistas.

En fin, hay que precisar, en contra de algunas perplejidades manifestadas, que las costumbres pueden tener valor abrogativo. Pensemos en el debilitamiento de tal modo de muchas normas, todavía formalmente vigentes, que atribuían funciones de dirección al soberano en los ordenamientos monárquicos (Holanda, Bélgica, Estados Escandinavos, Reino Unido) y lo que sucedió, en ese sentido, durante la vigencia formal del Estatuto albertino en Italia. En este marco es particularmente interesante recordar la pérdida del valor sustancial de la firma de los actos estatales por parte del soberano, el debilitamiento de los poderes de prerrogativa, la pérdida del derecho de disolución de las asambleas representativas: todos ellos son institutos todavía formalmente mantenidos en la Constitución. En los casos en que las Constituciones de la restauración monárquica prohibían textualmente la iniciativa legislativa parlamentaria, aunque consintiendo el derecho de petición al rey (Estatuto real español de 1834), una costumbre abrogatoria suprimió la prohibición de iniciativa mientras, paralelamente, una costumbre interpretativa extensiva transformó el derecho de petición en un verdadero derecho de iniciativa legislativa.

## SECCIÓN V

## PROTECCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

## I. TUTELA DE LAS CONSTITUCIONES. OBJETO DE LAS NORMATIVAS DE TUTELA EN LAS DIVERSAS FORMAS DE ESTADO

Es connatural a la formación de la Constitución la predisposición de recursos encaminados a garantizar su observancia y supervivencia. En efecto, aunque pueden variar las justificaciones ideológicas de una Constitución —y por ende, las formas de Estado correspondientes— es cierto que las fuerzas políticas que adoptan una Constitución apuntan a asegurar mediante ésta su *estabilización* con el fin de perpetuarse. Como ya se subrayó con respecto a las modificaciones formales de un texto constitucional, el reconocimiento de la posibilidad de revisión encuentra límites en la salvaguardia del núcleo central de la Constitución y, por tanto, de la forma de Estado afirmada: “Constitución” también es sinónimo de estabilidad del sistema político e institucional. Desde tal perspectiva es fácil comprender la importancia que reviste la tutela de la Constitución.

Las modalidades de defensa de la Constitución se relacionan con la misma concepción organizativa de los poderes públicos y con las normativas específicas de tutela de la Constitución o de los institutos que la caracterizan y con la determinación de órganos dotados de funciones de garantía específicas, entre ellas la consistente en confiar a los jueces la tarea de verificar si los actos de las autoridades administrativas o políticas (Parlamentos) están o no de acuerdo con las prescripciones constitucionales.

De un análisis efectuado sobre este tema específico se desprende la extrema importancia que todo ordenamiento estatal atribuye a la *defensa de la Constitución* y la variedad de modalidades ideadas para garantizarla.

Comenzando por el *objeto* de defensa puesto en acción por diversos ordenamientos, se observa que el criterio más difuso consiste en plantear

el problema de defensa de la Constitución con respecto a los aspectos materiales del Estado tradicional: el *territorio*, al que se vinculan implícitamente las poblaciones correspondientes (véanse las Constituciones: alemana de 1871, preámbulo; austriaca de 1920, artículo 79, 1; mexicana de 1917, artículo 31, 3; francesa de 1958, artículos 5, 2; 16 y 89, 4; alemana de 1949, enmendada en 1968, artículo 115 a, 4).

La defensa del territorio y de las poblaciones alcanza gran difusión en cuanto se vincula, tradicionalmente, a una concepción de las relaciones interestatales que percibe el peligro contra la seguridad de un ordenamiento en el riesgo de agresiones, conducidas mediante la fuerza armada, provenientes del exterior por obra de otro Estado. Semejante es la concepción que basa el problema en la defensa de la *independencia* del Estado en el ámbito internacional (*cf.* Constituciones: holandesa de 1887, artículo 187, 1; mexicana del 1917, artículo 31, 1; yugoslava de 1946, artículo 134; francesa de 1958, artículo 16), concepción que se preocupa por destacar la tutela del aspecto “externo” de la soberanía estatal.

El énfasis puesto sobre la defensa del Estado en las relaciones internacionales limita la atención a un aspecto parcial de la defensa de un ordenamiento. En efecto, una mayor profundización indica que es impropio sostener que la agresión provenga sólo del exterior de un ordenamiento y tan sólo mediante el uso de la fuerza armada. Un Estado puede agredir a otro Estado con medidas diplomáticas o económicas, mientras que desde el interior mismo de un ordenamiento puede originarse una agresión a las instituciones constitucionales, sea por la fuerza armada o por otras modalidades subversivas.

El Estado monopartidista afirmado durante el siglo XX contribuye a aclarar, a través de sus decisiones constitucionales, cómo el *objeto de la defensa tiene carácter homogéneo y total*: no sólo el territorio o la independencia de que hablaban las Constituciones del Estado liberal, sino el poder global del Estado-partido, y esto frente a cualquier agresión, externa e interna, desplegada mediante cualquier modalidad y, por tanto, sin recurrir a las armas.

Las leyes fascistas adoptadas para la defensa del Estado, luego transplantadas al Código Penal de 1930, son una clara indicación de la nueva concepción global de la defensa. La ley núm. 2008 del 25 de noviembre de 1926 afirmó que la constitución o reconstitución de los partidos políticos, como también todo acto dirigido contra la vida, la integridad y la

libertad personal del jefe de gobierno, serían perseguidos para “defender al Estado” (artículos 4 y 1, 2) e instituyó un tribunal especial para conocer de los delitos contra la seguridad del Estado (artículo 7). El Código Penal sucesivo acentuó la concepción de la defensa del Estado, así como la defensa de la ideología política que caracterizó al régimen y a la organización del partido. Para el ordenamiento nacionalsocialista la defensa del partido único, de sus principios y de sus órganos se convirtió en objeto primario de una amplia legislación que tutelaba al “pueblo”, al “movimiento” y al “Estado”. La “dirección política del pueblo” estaba personificada en un único órgano supremo que ocupaba el vértice de aquella tripartición.

En los ordenamientos socialistas la defensa de las instituciones concretas del régimen en su conjunto está prevista en normas constitucionales (Constituciones: yugoslava de 1946, artículo 80, 2; checoslovaca de 1948, preámbulo; húngara de 1949, artículo 3; alemana democrática de 1949, artículos 4, 2 y 6, 2; por vez primera la Constitución de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1918, artículo 10, conforme a la revisión de 1925) y en la totalidad de la normativa penal, cuyo fin primario se define como “la protección del régimen existente y del orden constituido” (Código Penal de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1961, artículo 1; búlgaro de 1951, artículo 1; húngaro de 1962, artículo 1; checoslovaco de 1962, artículo 1; yugoslavo de 1960, artículo 1), y en los cuales numerosas normas eran dirigidas a asegurar la protección del régimen y de sus instituciones más características (por ejemplo, véase la previsión del delito de propaganda antisoviética en el Código Penal de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1961, artículo 70, y el régimen de delitos contra la integridad ideológica en el Código Penal húngaro de 1962, artículos 116-134). Además, las normas penales en defensa de la ideología socialista tutelan también a los otros Estados socialistas en virtud del principio internacionalista y, por tanto, independientemente del área territorial del Estado que adopta la normativa de defensa ideológica (Código Penal de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia, artículo 73; Código Penal búlgaro, artículo 98; Código Penal húngaro, artículo 133; Código Penal checoslovaco, artículos 98-108).

El modelo escogido por el Estado monopartidista influyó, también, ordenamientos pluripartidistas que siguen ideologías radicalmente diver-

sas. La exigencia de defender las instituciones liberales frente a la amenaza subversiva dirigida a eliminarlas hizo adoptar soluciones marcadas de una elevada intransigencia ideológica en el plano de la normativa constitucional y con una orientación fuertemente represiva en el plano penal; la Ley Fundamental alemana de 1949 declara la inconstitucionalidad de los “partidos que según su programa o la actitud de sus miembros tiendan a atentar contra el orden constitucional liberal y democrático o a eliminarlo o a poner en peligro la existencia de la República federal” (artículo 21, 2) y prevé la pérdida de los derechos de libertad de quienes los usen “para combatir el orden constitucional liberal y democrático” (artículo 18). La legislación de Sudáfrica (Ley del 26 de junio de 1950), de Australia (Ley del 20 de octubre de 1950) y de los Estados Unidos (Ley del 23 de septiembre de 1950 y Ley del 19 de agosto de 1954) preveía normas represivas frente a actividades subversivas de las organizaciones comunistas. De este modo nació la denominada “democracia autoritaria” o “protegida”, expresión de una tendencia sensiblemente diversa de acuerdo a lo considerado tradicionalmente por el pluralismo liberal.

La normativa orgánica de defensa adoptada por los Estados de partido único, que en ciertos momentos ha influido también en los ordenamientos pluripartidistas de derivación liberal, ayuda a comprender cómo el *verdadero objeto* de la tutela son los principios fundamentales que caracterizan la forma de Estado o, incluso, las fuerzas políticas que los adoptan. El objetivo de la protección no radica, pues, en el territorio y en la soberanía, simples valores emblemáticos, sino en la misma *Constitución material* del ordenamiento. En consecuencia, la defensa constituye defensa de las instituciones que caracterizan a un ordenamiento: circunscrita a un complejo unitario y concentrado de instituciones en los ordenamientos autocráticos políticamente homogéneos; extendida a múltiples instancias de imputación del poder en los ordenamientos democráticos políticamente heterogéneos. Al mismo tiempo, la defensa de las instituciones supone la defensa de la ideología, elemento motor de todo ordenamiento, componente esencial de la Constitución material, en cuanto ínsita en las fuerzas políticas dominantes. Ideologías e instituciones se encuentran íntimamente vinculadas, ya que el ordenamiento “institucionaliza” su propia ideología.

II. MODALIDADES DE TUTELA: CRITERIOS GENERALES  
DE ORGANIZACIÓN. INSTRUMENTOS TÉCNICOS DE CONTROL  
SOBRE ÓRGANOS Y SOBRE ACTOS, JUSTICIA POLÍTICA, NORMATIVAS  
*EXTRA JURIS ORDINEM*

La exigencia de autoconservación de todo ordenamiento se manifiesta en la tutela de las instituciones que caracterizan a la Constitución material. Pueden ser numerosas las *modalidades* a través de las cuales se garantiza la tutela.

1) En primer lugar, en sentido lato, los mismos *criterios de estructuración* del ordenamiento ofrecen una forma de tutela de la Constitución. En los ordenamientos con separación de poderes, por ejemplo, la articulación del poder entre varios órganos, que lleva a controles recíprocos, debería ser una rémora para los atentados contra la Constitución puestos en acción por un órgano constitucional (el llamado golpe de Estado). Hace parte de este tipo de garantía la asignación de competencias a órganos, por lo general colegiados, que ejercen funciones conforme a procedimientos regulados por normas precisas que reglamentan el uso de las funciones públicas, así como las posibilidades de intervención de tales órganos con el objeto de ejercer un control obstativo a la adopción de actos inconstitucionales, incluso mediante el obstruccionismo parlamentario. En los ordenamientos monopartidistas, en los que sólo quien ofrece absolutas garantías de lealtad frente a la ideología oficial es llamado para desempeñar cargos públicos, un mecanismo rígido de selección de los sujetos a quienes se confía tal responsabilidad debería eliminar cualquier riesgo contra las instituciones provenientes “de abajo”, es decir de la comunidad estatal, cuando el elemento social infiel al régimen pretendiese cambiar los criterios de participación en el poder estatal.

2) En segundo lugar, las Constituciones pueden prever *instrumentos técnicos destinados a la tutela*, como la “rigidez” y los procedimientos conexos para modificar el texto, así como los límites expresos de revisión destinados a proteger la Constitución, y, sobre todo, órganos y procedimientos dirigidos a garantizar la Constitución o confiándoles la función de tutela respecto a otros *órganos* constitucionales o sólo respecto a sus *actos*.

En la primera hipótesis, la tutela se ejerce frente al comportamiento *global* de un órgano o de varios órganos constitucionales; en la segunda,

tan sólo respecto a determinados *actos*. Comportaba una forma de tutela global sobre los órganos de dirección la función del jefe de Estado concebido como “guardián” de la Constitución en el marco de la Constitución de Weimar. Supone una forma de tutela global sobre los órganos el control que puede ejercerse por el “poder militar” sobre el “civil” en muchas Constituciones iberoamericanas, en las que los militares se definen textualmente como garantes de la Constitución (véanse las Constituciones de: Perú, 1933, artículo 213; Paraguay, 1940, artículo 18; Ecuador, 1945, artículo 113; Brasil, 1946, artículo 177; República Dominicana, 1947, artículo 86; Venezuela, 1953, artículo 56 y 1961, artículo 132; Chile, 1980, artículo 90, 2 y 3) o que confían a los militares la vigilancia del respeto de cláusulas constitucionales particulares, como “la norma sobre la alternancia en la Presidencia de la República” en la Constitución de El Salvador de 1950 (artículo 14). Por lo general, el papel de garantes de la Constitución se atribuye a los militares en ordenamientos en los que, aún no concentrándose en órganos militares la totalidad de la dirección política (gobierno “directo”), éste se deja a órganos civiles con posibilidad de supervisión e intervención de los órganos militares (gobierno “indirecto”).

El *derecho de resistencia*, previsto por algunos instrumentos constitucionales, puede remitirse al concepto de control global sobre el comportamiento de los órganos constitucionales. Tal derecho, como garantía contra los abusos del gobierno, fue previsto por las declaraciones dieciochescas (Maryland, 1767, artículo 6; Virginia, 1776, artículo 3; Pennsylvania, 1776, artículos 5 y 6; Vermont, 1777, artículos 7 y 8; Massachusetts, 1780, artículo 5; New Hampshire, 1784, artículos 2, 3 y 10; Francia, 1789, artículo 2, y de 1793, artículo 35), y ha sido recogido recientemente en las Constituciones de algunos *Länder* alemanes (Hessen, 1946, artículo 147; Bremen, 1947, artículo 19), en la misma Ley Fundamental de 1949 (artículo 20), y en la Constitución portuguesa de 1976, revisada (artículo 21). Esto comporta la intervención popular en defensa de la Constitución en caso de que los otros mecanismos predisuestos formalmente no estén en grado de salvaguardarla.

Los controles previstos para verificar la conformidad a la Constitución suponen formas de tutela limitadas a actos particulares adoptados por órganos constitucionales. Estos controles, que producen varios tipos de consecuencias, según sean los órganos que le ejercitan y de los diversos procedimientos previstos por los diferentes ordenamientos, pueden ser

desarrollados por órganos que al mismo tiempo son titulares de poderes de dirección política (controles “políticos”) o por órganos privados de tales competencias (controles “jurisdiccionales”) y que forman parte del ámbito de aquellos que son definidos controles de constitucionalidad de los actos (véase *infra*, apartado III).

3) En tercer lugar, *las normas destinadas a la protección del poder constituido* ofrecen formas de tutela específica, tanto a nivel del texto constitucional que como en la legislación penal, previéndose mecanismos sancionatorios adecuados en caso de infracciones. Estas últimas se definen como delitos “políticos”, y se articulan como delitos contra la seguridad interna y contra la seguridad internacional del Estado: todos tienen en común la característica de dirigirse contra las instituciones políticas estatales. El conocimiento de los delitos se puede confiar a jueces penales ordinarios o a jueces a quienes se les atribuye, en vía especial, la competencia para conocer los delitos contra la seguridad del ordenamiento cometidos por cualquiera, o sólo por titulares de órganos constitucionales, como en el caso de atentado contra la Constitución por el jefe de Estado, donde se confía la competencia a la Corte Constitucional, según la Constitución italiana vigente.

4) En cuarto lugar, hay que subrayar que la tutela de la Constitución no puede obstaculizarse con prescripciones formales de la misma, por consiguiente puede desarrollarse *contrastando y violando los preceptos constitucionales*. En efecto, si es verdad que son los principios que caracterizan la Constitución material y las mismas fuerzas políticas que las formulan los que deben sobrevivir, es comprensible que en caso de peligro, cuando es imposible recurrir a las modalidades constitucionalmente previstas, se puede actuar *en derogación* de la Constitución, provocando su suspensión temporal e introduciendo una nueva normativa *excepcional*. La suspensión de la Constitución y el consecuente ordenamiento derogatorio que (temporal y parcialmente) la sustituye, puede preverse anticipadamente por el texto constitucional. La Ley Fundamental alemana de 1949, revisada por la Ley del 24 de junio de 1968, es un ejemplo de cómo se puede prever, con anticipación, una compleja articulación institucional defensiva en circunstancias de peligro interno y externo, intentando no comprometer a algunos institutos esenciales, pero consintiendo importantes formas limitadoras de las garantías constitucionales. Si la Constitución no lo prevé, y de todos modos es indispensable asegurar la defensa, la justificación de la suspensión y de la introducción de un

ordenamiento derogatorio se basa en el *principio de necesidad* que opera como fuente de la normativa de defensa. En el ordenamiento temporal instaurado, basándose en la necesidad, normalmente se produce una concentración de poder en favor de un órgano constitucional preexistente o de un nuevo órgano que interviene en defensa de la Constitución sin vincularse con límites formales previstos en el texto constitucional y sin utilizar el sistema de fuentes normales (la llamada dictadura comisarial). Este órgano, en general forma parte del Ejecutivo cuando el peligro para las instituciones proviene del exterior (guerra internacional) o de acciones subversivas internas que provienen “de abajo”. Pero se debe advertir que podrían verificarse hipótesis de agresión “desde arriba” cuando fuesen los órganos constitucionales del vértice quienes colocan en peligro la Constitución. En este caso la violación de los preceptos formales del texto constitucional podrá realizarse por la comunidad estatal con el fin, siempre, de salvar la Constitución (el llamado derecho de resistencia).

### III. TUTELA MEDIANTE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LOS ACTOS. EL CONTROL POLÍTICO

Como se indicó en el párrafo anterior, una forma particular de garantía de la Constitución se ofrece con el reconocimiento, a un órgano o a un sistema de órganos, de la competencia para verificar si los actos de los otros órganos están o no conformes a la Constitución, con la posibilidad de adoptar eventuales medidas que restablezcan la legalidad constitucional.

Los actos sometidos a la comprobación de compatibilidad con la Constitución son tanto los administrativos como los normativos adoptados por órganos, como las asambleas legislativas, titulares de la función de dirección política. En los ordenamientos con separación de poderes de Europa continental, un acto administrativo contrario a la Constitución puede anularse por la misma autoridad administrativa o por un juez que tiene competencia específica para examinar el recurso contra los actos de la administración, por otra parte puede desaplicarse por todos los demás jueces que a causa del principio de separación de poderes no estén habilitados para anular una determinación de un órgano del Poder Ejecutivo. Este sistema lo siguen los ordenamientos que reconocen la distinción entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción administrativa, como es el caso

del ordenamiento italiano. En otros ordenamientos que desconocen el juez administrativo prevalece el principio de la desaplicación de los actos contrarios a la Constitución.

Los problemas más delicados surgen con respecto a la comprobación de compatibilidad con la Constitución de actos que formulan preceptos normativos de aplicación primaria o secundaria de la Constitución. Éstos se adoptan, por lo regular, por Parlamentos o por gobiernos que utilizan, a veces, competencias parlamentarias (decretos delegados u ordenanzas de urgencia sometibles a conversión), y, por tanto, por órganos que son titulares de la función de dirección política. Es evidente la dificultad de permitir que existan órganos que puedan controlar el proceder de los órganos de dirección política con el fin de verificar si la Constitución ha sido violada o no, adoptando medidas que para garantizar su restablecimiento comporten, como consecuencia, la necesidad de retractar cuanto se ha decidido en su momento, por ejemplo anulando las disposiciones de una ley.

Las tendencias afirmadas en los ordenamientos que admiten el control son de dos tipos: una tiende a consentir una verificación de la constitucionalidad del acto o de sus disposiciones concretas en el ámbito de los mismos órganos constitucionales que ejercen la función de dirección (“control político”); el otro admite que la comprobación sea confiada también a órganos diversos de los de dirección, terceros e imparciales respecto a la cuestión de constitucionalidad (“control jurisdiccional”), distinguiéndose la hipótesis en que cada juez puede proceder a la comprobación de la compatibilidad, de aquella en que tal comprobación sea concentrada en un solo juez especializado.

El *control político* confiado a los órganos de dirección comporta una verificación de la constitucionalidad al *interior del procedimiento* de perfeccionamiento del acto normativo. Éste tiene carácter *preventivo* respecto a la entrada en vigor del acto y puede suscitarse por la solicitud de un órgano constitucional y no por sujetos externos a los órganos, y comporta, si se comprueba la inconstitucionalidad, la no publicación ni entrada en vigor del acto o, también, la no adopción cuando el control sea al interno del procedimiento formativo.

En Italia, a consecuencia de una reforma de los reglamentos parlamentarios en 1981, se previó una forma de control de constitucionalidad preventiva durante el examen del proyecto de ley de “conversión” de un decreto-ley gubernativo atribuido a las comisiones parlamentarias. Las

comisiones son llamadas a expresar su propio parecer sobre la existencia de los presupuestos de necesidad y de urgencia, según el artículo 77, 2 de la Constitución. Si el parecer fuera negativo, corresponde a la asamblea deliberar prejudicialmente sobre la existencia de los presupuestos (artículo 96 bis del Reglamento de la Cámara de Diputados y, en modo parcialmente contrario, artículo 78 del Reglamento del Senado). Tan sólo un examen positivo por parte de las asambleas permite al proyecto de ley de conversión seguir su propio *iter* parlamentario.

El control de constitucionalidad mediante un órgano político es característico del ordenamiento francés, en el cual se arraigó, desde el periodo de la Revolución, la doctrina de la soberanía parlamentaria conforme a la cual no se podía consentir a un órgano extraño al Parlamento, y en particular a los jueces, invalidar una norma legal (Ley del 16 y 24 de agosto de 1790). Posteriormente, las Constituciones del año VIII y de 1852 confiaron al Senado “conservador” de la Constitución la tarea de verificar la constitucionalidad de las leyes antes de su promulgación. La Constitución de 1958 (artículos 56-63) ha previsto un Consejo Constitucional, cuerpo político compuesto por nueve miembros nombrados por el presidente de la República y por los presidentes de las dos asambleas parlamentarias e integrado por los ex presidentes de la República. Este Consejo utiliza procedimientos de tipo jurisdiccional y está encargado de examinar preventivamente a la promulgación la constitucionalidad de las leyes y de los reglamentos parlamentarios, a petición del presidente de la República, del primer ministro, de los presidentes de la asamblea (artículos 61 y 62 de la Constitución y Ley orgánica del 7 de noviembre de 1958) y a instancia de sesenta diputados o senadores (revisión del artículo 61 de la Constitución del 4 y 26 de diciembre de 1974).

Una hipótesis particularmente compleja de control mediante órganos políticos es la prevista por la Constitución portuguesa de 1976 (artículos 277-285). Ésta preveía en primer lugar un control *preventivo* atribuido al Consejo de la Revolución, órgano constitucional de dirección política pero con las mismas atribuciones de garantía, que examinaba los actos antes de la promulgación presidencial. Si el Consejo optaba por la inconstitucionalidad ejercía un veto suspensivo sobre los actos parlamentarios y definitivo sobre los gubernamentales. También fue previsto un control *sucesivo* a la entrada en vigor de los actos normativos. Éste procedía a través de diversas modalidades. En caso de recurso presentado por órganos constitucionales o por las regiones autónomas, el Consejo de

la Revolución declaraba con valor *erga omnes* la anulación, previo parecer de la Comisión Constitucional, órgano político dotado de competencia específica en la materia. Cuando la cuestión de constitucionalidad fue instaurada ante los jueces, éstos, si lo retuvieran, desaplicaban las normas inconstitucionales, y agotados los remedios ordinarios se recurría a la Comisión Constitucional, que juzgaba definitivamente tan sólo sobre el caso concreto (sin eficacia *erga omnes*). Sin embargo, si la Comisión retenía por tres veces la inconstitucionalidad de una norma, el Consejo de la Revolución podía declarar la anulación, con eficacia, esta vez, general.

En los ordenamientos socialistas se han previsto controles internos a los órganos constitucionales. Se confía al órgano asambleario que tiene la función de adoptar las Constituciones y las leyes, así como también la verificación de un eventual vicio de constitucionalidad. En esta hipótesis la concentración de la competencia de control en el órgano que es dotado de la competencia de adopción, está relacionada a la circunstancia que la asamblea se considera formalmente supremo órgano del poder estatal, y, por lo tanto, no censurable por otras instancias, mientras que el principio de “unidad del poder” estatal ni siquiera permite imaginar la configuración de una instancia de control jurisdiccional contrapuesta a la asamblea. En general, el control de constitucionalidad es (o fue) confiado al *Presidium* de la asamblea (Constituciones: rumana de 1965, artículo 43, 13; húngara de 1972, artículo 30; cubana de 1976, artículo 73 c; de la URSS de 1977, artículo 121, 40; china de 1978, artículo 22, 30), previéndose, a veces, la institución de una comisión parlamentaria especializada con atribuciones preparatorias y consultivas respecto a la asamblea (Constitución rumana de 1965, artículo 53).

#### IV. CONTROL JURISDICCIONAL DIFUSO Y CONTROL CONCENTRADO; MODALIDADES DE LA PUESTA EN MARCHA DEL CONTROL; EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD A TRAVÉS DE LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS

El *control jurisdiccional* de constitucionalidad comporta, por lo general, una verificación *sucesiva* al perfeccionamiento del acto, a su promulgación, publicación y entrada en vigor, verificación que se opera por un órgano bien distinto de los órganos de dirección que tienen la tarea de

adoptar el acto normativo. Este control tiene lugar normalmente en los ordenamientos garantistas con separación de poderes, y se distingue en control confiado indistintamente a los jueces (control difuso) y en control confiado a un órgano especializado que tiene (entre otras) la función de pronunciarse sobre la cuestión de constitucionalidad (control concentrado).

En la hipótesis de *control difuso* todo juez es titular del poder de verificación de compatibilidad con respecto a la Constitución de las normas que es llamado a aplicar. Sin embargo, no tiene el poder de anular estas normas sino simplemente de no aplicarlas al caso que se le somete. Por tanto, todo juez es habilitado para reexaminar la cuestión pudiendo darse evidentes contrastes jurisprudenciales, y pudiéndose replantear el mismo caso con el tiempo. Sin embargo, en los ordenamientos anglosajones, en los cuales los jueces inferiores están vinculados a las sentencias precedentes de los superiores (“*stare decisis*”), las sentencias de estos últimos que constatan la inconstitucionalidad pueden en la práctica equivaler a una anulación. El ejemplo más conocido es el de Estados Unidos, en donde cada juez, en general a excepción de parte, puede declarar la inconstitucionalidad, y cuando tal juicio es confirmado por la Corte Suprema, aunque se limite en teoría al caso decidido, en realidad será tenido en cuenta en el futuro por cualquier juez.

En la hipótesis de *control concentrado*, el juicio sobre la conformidad con la Constitución se confía a un órgano vértice de la estructura jurisdiccional (como se prevé en la Constitución irlandesa de 1937, artículo 34 y por la japonesa de 1946, artículo 81), o bien, se confía a órganos *ad hoc* que obran primordialmente como garantes de la Constitución. Se trata de tribunales o cortes constitucionales que también acumulan otras competencias importantes. Tales órganos están formados prevalentemente por técnicos del derecho escogidos, por lo general, por los órganos titulares de la función de dirección, y que desempeñan un papel político importante en el equilibrio entre los órganos constitucionales.

Característica de los procedimientos ante las cortes constitucionales es el reconocimiento de la posibilidad de iniciar éstos no sólo con ocasión de un proceso pendiente, sino también a iniciativa del juez o a excepción de parte, también con acción directa, y la sentencia tiene efectos *erga omnes*, consistiendo en una anulación de las normas impugnadas.

Al interno de la más amplia categoría sobre control de constitucionalidad de las leyes y de los actos con fuerza de ley, se distingue entre las hi-

pótesis sobre el *control concreto* de las normas, ejercido por las cortes constitucionales cuando sea instaurada la cuestión de constitucionalidad por parte del juez *a quo* o por las partes del proceso, que permanece suspendido en espera de la pronunciación del juez constitucional (*recurso incidental*), y la hipótesis del *control abstracto*, que se verifica cuando ante las cortes constitucionales se interpone la cuestión de constitucionalidad, prescindiendo de la existencia de un proceso pendiente, por lo general a iniciativa del gobierno o por una fracción del órgano representativo. Al interno de la categoría del control abstracto debe distinguirse, además, entre control abstracto *preventivo* y *sucesivo*, según que el control de constitucionalidad lo ejerzan las cortes constitucionales en un momento precedente o subsiguiente a la promulgación o a la entrada en vigor de la ley. Resulta particularmente significativa la facultad otorgada por algunos ordenamientos a una fracción de la asamblea representativa (un tercio de miembros del *Bundestag* en Alemania, un tercio de miembros del Consejo Nacional en Austria, cincuenta diputados o cincuenta senadores en España y una décima parte de los miembros de la Asamblea de la República en Portugal) de recurrir ante las respectivas cortes o tribunales constitucionales, en el ámbito del control abstracto de las normas, impugnando las disposiciones legislativas cuya aprobación no lograran impedir las fuerzas políticas de oposición durante el *iter* parlamentario de formación de la ley. El proseguimiento de competencias políticas a través de medios jurídicos permite de este modo a las minorías parlamentarias valorizar en modo amplio su propia *función de oposición*, que será circundada por una garantía importante e incisiva frente a las decisiones adoptadas en el Parlamento por la mayoría (véase *infra* segunda parte, capítulo segundo, sección I, apartado V).

El control de constitucionalidad mediante un órgano jurisdiccional especial se introdujo en Austria (Corte Constitucional federal) con la Constitución de 1920, lo imitó la Constitución checoslovaca del mismo año, acogíendose la tesis de Hans Kelsen que pretendía de este modo instituir un medio para garantizar el respeto de la Constitución, norma superior, por las fuentes normativas a ella subordinadas. La Constitución (artículos 139 y 140) atribuía la facultad de impugnar las leyes federales y los reglamentos locales, respectivamente, al gobierno federal y a los de los estados miembros. Tras la revisión del 7 de diciembre de 1929 se admitió que las supremas magistraturas civiles y administrativas podían proponer la cuestión de constitucionalidad, y la ley del 10. de julio de 1976 reco-

noció la misma facultad a un tercio de miembros del Parlamento federal y de las asambleas de los estados miembros. El aspecto fundamental del sistema austriaco es que el control de la Corte, sucesivo a la entrada en vigor del acto, conlleva a pronunciar la inconstitucionalidad, produce la anulación con efecto generalizado (*erga omnes*), con aplicación a partir de la publicación de la sentencia (*ex nunc*) y con facultad dilatoria inferior a seis meses. En fin, la Constitución austriaca introdujo (artículo 144) un recurso individual (*Beschwerde*) contra actos administrativos solo en el caso de violación de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, permitiendo el acceso a la Corte después de agotar los demás remedios jurisdiccionales.

El modelo austriaco tuvo notable éxito después del segundo conflicto mundial. Fue seguido por la Constitución italiana de 1948 (artículos 134-137), si bien con diferencias importantes. Esta última previó la acción directa por obra del gobierno y de las juntas regionales, junto al procedimiento incidental con motivo de un proceso pendiente ante un juez que, por propia iniciativa o a excepción de parte, puede plantear la cuestión de constitucionalidad ante la Corte Constitucional (ley núm. 1 del 9 de febrero de 1948, y ley núm. 87 del 11 de marzo de 1953).

La Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949 ha instituido un Tribunal Constitucional federal (artículos 93 y 94), previendo tanto la acción directa del gobierno federal y del estado miembro o de un tercio de los miembros del *Bundestag*, como el procedimiento incidental (ley del 12 de diciembre de 1951). A diferencia de lo previsto en Austria y en Italia, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son retroactivos (*ex tunc*). Además, se regula un recurso individual de constitucionalidad (*Verfassungsbeschwerde*), en términos más amplios que el austriaco, por la violación de los derechos constitucionales fundamentales, contra los actos u omisiones de cualquier autoridad, sea administrativa como legislativa y jurisdiccional, y una vez agotados los remedios jurisdiccionales (artículos 90-96 de la ley del 12 de diciembre de 1951 y artículo 93, 1 de la Constitución, revisado por la ley del 29 de enero de 1969).

La Constitución española de 1931 (artículos 121 y ss.) instituía el Tribunal de Garantías Constitucionales confiando a éste el control de constitucionalidad de las leyes, así como el recurso de “*amparo*” (defensa) de las garantías constitucionales como un remedio para proteger los dere-

chos fundamentales realizable en última instancia, después de los recursos previos, tanto por el directo interesado como por cualquier otro (acción popular). La Constitución de 1978 prevé un Tribunal Constitucional (artículos 159-165), disciplina el control de constitucionalidad con acción directa del gobierno, del defensor del pueblo, de cincuenta diputados o cincuenta senadores y de los órganos de las comunidades autónomas, o por vía incidental respecto a las leyes y a los actos con fuerza de ley. Además, incorpora el recurso de *amparo*, pero en única instancia, en favor de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución a cualquier persona física o jurídica que invoque un interés legítimo, como también del defensor del pueblo y del Ministerio Público.

Debemos citar otros ejemplos de jurisdicción constitucional: la ley de revisión núm. 1/82 del 30 de septiembre de 1982 de la Constitución portuguesa de 1976 (artículos 278 y ss.) instituyó un Tribunal Constitucional con competencia para ejercer un control preventivo y sucesivo de constitucionalidad, que obra también como instancia de apelación contra las sentencias de los tribunales que apliquen normas que hayan sido declaradas inconstitucionales; la Constitución griega de 1975 (artículo 100) instituyó la Corte Suprema Especial que decide sobre la constitucionalidad de las leyes cuando se produzca una jurisprudencia contraria por parte de las magistraturas supremas del Estado (por ende, luego de una fase en que el control de constitucionalidad haya sido ejercido por los diversos jueces en forma difusa). La sentencia de la Corte tiene eficacia *erga omnes*. En Bélgica, la reforma constitucional de 1980 instituyó la *Cour d'arbitrage* destinada a dirimir los conflictos de competencia entre el Estado y los entes territoriales y, bajo este perfil, es competente también para verificar la constitucionalidad de las leyes (artículo 142, Constitución de 1994); en fin, la Constitución suiza de 1874 (artículo 113) atribuye al Tribunal Federal el control de constitucionalidad sólo sobre las leyes cantonales con exclusión explícita (artículo 113, 3) de las leyes federales, sin embargo se prevé la competencia en cuestiones de conflictos entre estados y cantones y entre cantones, así como la competencia en tema de recursos en caso de violación de los derechos constitucionalmente garantizados, que siempre comportan una interpretación, aplicación y tutela de la Constitución.

La preferencia general en favor de un sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad de tipo concentrado tuvo lugar en los ordenamientos de Europa Centro-Oriental durante la transición *pos-socialista*.

En algunos ordenamientos socialistas fue prevista una jurisdicción constitucional con derogación parcial del mencionado principio de supremacía de la asamblea representativa, lo que comporta un control “político” de constitucionalidad: en Yugoslavia con la Constitución de 1963 (artículos 241-251) y de 1974 (artículos 375-396); en Checoslovaquia con la Ley constitucional núm. 143 del 27 de octubre de 1968 (artículo 86); en Polonia con la ley de revisión de la Constitución del 26 de marzo de 1982 (nuevo artículo 33 a) y con la ley del 29 de abril de 1985; en Hungría con la ley de revisión de la Constitución del 27 de diciembre de 1983 (nuevo artículo 21, 3). En todas estas medidas organizativas, realizadas de manera particular en Yugoslavia, la intervención del juez constitucional fue estructurada con el objeto de consentir a la asamblea la posibilidad de reexaminar las disposiciones reconocidas como contrarias a la Constitución (véase tercera parte, capítulo segundo, parágrafo VI). Tal situación cambia profundamente con las reformas constitucionales introducidas en la URSS y en otros ordenamientos a partir de 1988.

Tras la caída del régimen soviético y de la sucesiva adopción en el Este europeo de textos constitucionales de inspiración democrático-liberal, el sistema concentrado se mantiene sustancialmente en Polonia y en Hungría, y se introduce *ex novo* en Eslovenia, Rumania, Albania, Rusia, República Checa y República de Eslovaquia.

Puede ser interesante indicar que en Cuba, después de la eliminación del régimen presidencial y de la introducción del socialismo castrista, la Ley constitucional del 7 de febrero de 1959 mantuvo formalmente el control de constitucionalidad confiado a la Corte Suprema de Justicia (artículos 150 y ss.), previendo la acción directa tanto de los órganos públicos como de los ciudadanos contra normas inconstitucionales con la posibilidad de anularlas. Tal normativa, que imitaba lo establecido por la Constitución anterior de 1940 (artículos 182 y ss.), que nunca se aplicó, no fue confirmada por la Constitución de 1976.

El modelo de juez único de constitucionalidad se adoptó en otros ordenamientos, si bien sin ejercer una función comparable a las realizadas por las cortes europeas (Guatemala, Constitución de 1965, artículos 262-265; Chile, ley de reforma constitucional del 21 de enero de 1970, relativa al artículo 78 de la Constitución; Perú, Constitución de 1979, artículo 296; Turquía, Constitución de 1961, artículos 145-152; Chipre, Constitución de 1960, artículos 133-151; Irak, Constitución de 1968, artículo 87).

De acuerdo con lo anterior, el acceso a las cortes constitucionales, si bien con diversas modalidades, permite ofrecer un remedio contra las leyes que violan la Constitución tanto de manera directa como indirecta (incidental), en ambos casos las cortes examinan la compatibilidad de las normas respecto a la Constitución, prescindiendo, en el caso del acceso incidental, del examen de las situaciones procesales que lo originaron. Pero ha ocurrido que, junto a este grupo de hipótesis, existen otras en las cuales procede el recurso ante las cortes por violación de los derechos constitucionalmente garantizados de los particulares. También en este caso es indudable que hay siempre una tutela de la Constitución, pero tan sólo en conexión o en el presupuesto de una exigencia de la *tutela del individuo* que resulta relevante en cuanto tal para el juez. Desde esta perspectiva conviene recordar que junto a los recursos directos previstos por las Constituciones austriaca y alemana, una interesante ampliación presenta en América Latina el instituto del amparo que ha sido acogido, como es sabido, por la Constitución española. El juicio de *amparo* se introdujo por primera vez en la Constitución del estado de Yucatán de 1841 (artículos 53, 63 y 64) y luego lo acogió la Constitución mexicana de 1917 (artículos 103 y ss.), siendo objeto de una normativa sucesiva que lo extendió a diversas hipótesis de tutela. El *amparo* es una forma de remedio ofrecido por el juez ante el recurso individual para tutelar, sobre todo, las libertades fundamentales y se da contra cualquier tipo de acto de la autoridad pública (actos administrativos, sentencias) y *también* contra leyes contrarias a la Constitución (*amparo contra leyes*), las cuales, si se reconocen como tales, no se aplican, mas no se anulan, por los jueces y tienen efecto sólo entre las partes del proceso. La competencia corresponde a los jueces federales y en última instancia a la Corte Suprema.

El derecho de cada individuo de recurrir directamente ante la corte constitucional por la violación de la libertad o de los derechos constitucionalmente garantizados por parte de un acto normativo se prevé igualmente en algunas Constituciones del Este europeo de carácter reciente, como en la de Hungría, Albania, República Checa, Eslovaquia, Rusia, Croacia y Eslovenia. En cambio, en el sistema polaco, la petición realizada por el individuo es admisible sólo si se dirige a eliminar una decisión judicial o administrativa “definitiva” fundada sobre un acto normativo que se reputa inconstitucional.

Por otra parte, haciendo énfasis precisamente de las peculiaridades ínsitas en el remedio por vía incidental —previsto en numerosos ordenamientos, como se ha dicho—, la doctrina más reciente además de los modelos de tipo concentrado y difuso ha configurado un tercer modelo definido como mixto, dada la copresencia de elementos que reenvían al modelo principal. Para ser más precisos, se puede definir como tal el modelo que además de los instrumentos típicos regulados por la Constitución austriaca incluye también el recurso definido como incidental (sin embargo, es cierto que el mismo Kelsen no ignoraba la posibilidad de incluir el recurso antes mencionado entre las variantes de control de tipo concentrado, aunque, como se había dicho, tal solución no halla espacio en la Constitución austriaca).

Partiendo de estas premisas, según la doctrina, las peculiaridades del modelo mixto permitirían intensificar la separación tradicional entre el sistema de control concentrado y el sistema de control difuso, y esto por una serie de razones bien precisas: *a)* sobre todo por el hecho del elemento de concreción propio del recurso por vía incidental y típico de los sistemas de control difuso, el cual, por razones del requisito de la relevancia —y en consecuencia por la necesidad de suspender el juicio instaurado ante el juez *ad quo*—, permitiría unir el juicio de constitucionalidad al juicio del *ad quo* mediante la citada relación de prejudicialidad (por ejemplo Italia, Alemania y España); *b)* en segundo lugar, gracias a la previsión específica, en el ámbito de los sistemas de control concentrado, de soluciones que permiten el acceso directo al tribunal constitucional, sobre todo en hipótesis de violación de los derechos (por ejemplo España y Alemania); *c)* en tercer lugar, en razón de la técnica de sentencias adicionales desarrolladas en la jurisprudencia constitucional de numerosos países que acogen el modelo de tipo concentrado, que justamente favorecería el mencionado acercamiento, sobre todo si tales pronunciamientos resultan acompañadas del requisito de la retroactividad. La consecuencia más significativa, desde el punto de vista comparado, es la de encontrar una cierta tendencia a privilegiar las formas de control que se fundan cada vez más sobre el derecho *viviente*, es decir, sobre un requisito concreto, no pudiendo negar, desde este punto de vista, la influencia ejercida por el sistema americano (que evidentemente parece asumir una posición importante).

Partiendo de las diversas formas de control que se encuentran al interior de la tripartición citada, se pensó en simplificar su clasificación, dis-

tinguiendo, respectivamente, entre los sistemas que contemplan formas de control de tipo abstracto, relacionados con juicios que actúan en una fase del procedimiento de formación del acto legislativo y destinados a recaer sobre las diversas relaciones que median entre los órganos constitucionales y los sistemas que adoptan formas de control de tipo concreto, es decir, los que actúan sobre actos normativos en vigor y que se encaminan principalmente a la salvaguarda de los derechos fundamentales de los individuos.

## SECCIÓN VI

## LOS CICLOS CONSTITUCIONALES

## MODELOS Y CICLOS CONSTITUCIONALES

Como conclusión de todo lo expuesto es útil indicar cuáles pueden definirse como ciclos constitucionales, y que consisten en agrupaciones de Constituciones reconducibles a algunos tipos que condicionan el desarrollo de las diversas experiencias constitucionales. Por lo general será fácil advertir cómo todo tipo presupone una forma de Estado y de gobierno propias, aunque existen fórmulas organizativas adaptables en modo promiscuo a formas de Estado radicalmente diferentes. La tipología que sigue tiene valor puramente ejemplificador, ya que es imposible ofrecer un cuadro completo de los desarrollos atribuibles a diversos modelos constitucionales.

*1. La Constitución de los Estados Unidos de América*

Las Constituciones liberales comienzan con la “Declaración de independencia” de 1776 de los estados norteamericanos, que proclama el derecho de los pueblos al autogobierno. A ella siguieron las Constituciones de las ex colonias y, en fin, la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787.

Esta Constitución, que contenía el primer ejemplo de *república presidencial y federal* y que, salvo numerosas enmiendas adicionales, todavía está vigente —y por lo tanto es la más antigua en cuanto texto formal— ha sido el modelo, aunque deformado, de casi todos los Estados de América Centro-meridional cuando lograron su independencia en el siglo XIX, tanto en el aspecto presidencial como en el federal (se consideran habitualmente inspiradas en el modelo presidencial las Constituciones de Colombia de 1866, Venezuela de 1830, Ecuador de 1821, Chile de 1818, México de 1824, Argentina de 1826, Perú de 1828, Bolivia de 1831, Uruguay de 1830). Además, la forma de gobierno presidencial fue adop-

tada en África por Liberia en 1847 y en este siglo por numerosos Estados africanos y asiáticos (por ejemplo: Filipinas, 1935 y 1973; Vietnam del Sur, 1967; Corea del Sur, 1962; Indonesia, 1945; Argelia, 1963 y 1976; Egipto, 1971; Túnez, 1959; Tanzania, 1965; Zaire, 1974; Botswana, 1966; Malawi, 1966; Zambia, 1964 y 1973; Bangladesh, 1972; Sri Lanka, 1978). A estos ordenamientos llegó, a menudo, en modo indirecto mediante la imitación de las modalidades semipresidenciales adoptadas por la Constitución gaullista de 1958 (casi todas las Constituciones de los Estados africanos que forman parte de la Comunidad francesa según el artículo 77 de la Constitución, que reconocía, si bien con límites, la autonomía constituyente).

En Europa, la inspiración parcial en el modelo presidencial se individuó en numerosas Constituciones que apuntaban a reforzar al Ejecutivo si bien sin desconocer los institutos parlamentarios (Constituciones con tendencia presidencial o semipresidenciales: Alemania, 1919; Austria, 1920 y 1929; Finlandia, 1919; Irlanda, 1937; Islandia, 1944; Francia, 1958; Portugal, 1976; igualmente, la misma Constitución española de 1978, que si bien monárquica fue influida por la solución gaullista de 1958).

El sistema federal tuvo influjo directo o indirecto en todas las soluciones sucesivas y en particular en la Constitución federal suiza (1848 y 1874), en la australiana (1900) y sudafricana (1909), en la austriaca (1920), en las alemanas (1871, 1919, 1949), en algunas Constituciones sudamericanas (Argentina, 1853; Brasil, 1891; México, 1917), africanas (Nigeria, 1960; Tanzania, 1965) y asiáticas (India, 1950; Malaya, 1957 y 1963). También algunos Estados socialistas han adoptado soluciones federales (República Socialista Federativa Soviética de Rusia, 1918; URSS, 1924, 1936 y 1977; Yugoslavia, 1946, 1953, 1963 y 1974; Checoslovaquia, 1968).

## *2. Las Constituciones francesas de la Revolución*

Las Constituciones francesas del periodo revolucionario dejaron huellas profundas en todo el desarrollo constitucional sucesivo.

La “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” de 1789 influyó a las sucesivas Constituciones de muchos países que la acogieron textualmente. Esta Declaración fue enunciada en la Constitución francesa de 1946 (preámbulo) y en la premisa de la Constitución de 1958

y, a pesar de las profundas enmiendas ideológicas, inspiró a las dos “declaraciones” del periodo revolucionario ruso (1917 y 1918).

La Constitución de 1791, que contemplaba la forma monárquica, inspiró a la Constitución española (llamada de Cádiz) de 1812, que sirvió de modelo en Italia a los movimientos revolucionarios de 1821, y a la Constitución de Noruega de 1814, que a pesar de las sucesivas adecuaciones todavía está vigente.

La Constitución jacobina del año I (1793), no aplicada, sin embargo tuvo una influencia importante en el desarrollo de las ideas políticas, en cuanto se inspiró en una democracia directa y radical basada en la voluntad popular y asamblearia, y por primera vez enunció los “derechos sociales” (derecho al trabajo y a la instrucción) que se replantearán por la Constitución mexicana de 1917 y alemana de 1919. Esta Constitución suministrará, también, el esquema organizativo de referencia a las soluciones adoptadas por las Constituciones soviéticas a partir de 1918.

La Constitución del Directorio del año III (1795) adoptó una forma de gobierno colegiado que persiste en las Constituciones suizas de 1848 y de 1874 todavía vigente, y consolidó la victoria de las clases burguesas, adoptando medidas organizativas seguidas por todas las Repúblicas italianas constituidas tras los éxitos de las armadas francesas y de las conquistas napoleónicas.

Las Constituciones napoleónicas (1799, 1802, 1804) introdujeron institutos correctores de algunos principios democráticos conocidos por la tradición británica y formalizados en las primeras Constituciones revolucionarias, que tendrán fortuna en los ordenamientos autoritarios de todo tiempo: eliminación de las elecciones y sustitución de las mismas por el sistema de las designaciones; subdivisión de las asambleas en colegios diversos, fraccionando y debilitando las funciones parlamentarias; recurso al plebiscito como instituto de enlace con el electorado.

### 3. *Las Constituciones de la restauración; monarquía “limitada” y constitucional*

Las Constituciones de la restauración, después de la caída del régimen napoleónico (1815), no restablecieron la monarquía absoluta, sino que introdujeron y generalizaron la monarquía “limitada”, ya experimentada en Inglaterra, que implicaba la presencia junto al Ejecutivo monárquico de una asamblea representativa electiva. La Constitución sueca (1809),

vigente si bien con profundas modificaciones hasta 1974, se movió en ese sentido. La Constitución francesa de 1814 confirmó esa tendencia, aceptada por numerosos estados alemanes, que sobrevivió en Alemania hasta 1918.

En la primera mitad del siglo se afirmaron en Europa las Constituciones “liberales”. Éstas, en general, no rechazaban el esquema de la monarquía limitada, contraponiendo siempre el Ejecutivo monárquico al Parlamento electivo, pero tendían a fundar la justificación del poder de todos los órganos y, por tanto, también del rey, en la soberanía de la “nación” y en consecuencia de la Constitución. La Constitución francesa de 1830, y en particular la belga de 1831, introdujeron la “monarquía constitucional”, seguida por el Estatuto del Reino de Cerdeña (1848), la Constitución de Prusia (1848-1850), Japón (1889) y por otros numerosos Estados de Europa (por ejemplo Dinamarca, 1843 y 1866; Holanda, 1887; Luxemburgo, 1848 y 1868; Grecia, 1864; Rumania, 1866; Bulgaria, 1881 y 1893). Muchas de estas Constituciones originaron por vía consuetudinaria formas de gobierno parlamentario, repitiendo a un siglo de distancia lo que se había verificado fuera de cualquier norma formal en Inglaterra. Las mismas Constituciones permitieron una progresiva democratización de los ordenamientos mediante la extensión del voto y la organización de los partidos de masa entre fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX.

#### 4. *Las Constituciones del parlamentarismo “racionalizado”*

El final del primer conflicto mundial contempló en muchos Estados, incluidos los creados *ex novo*, la adopción de Constituciones que si bien permanecieron sustancialmente fieles a los principios del Estado liberal introdujeron, preferentemente, la forma de gobierno republicana, una difusa disciplina de los derechos sociales y, teniendo en cuenta la ya indispensable presencia del gabinete ministerial y de su vinculación fiduciaria con el Parlamento, intentaron regular sus relaciones. Se trata de las denominadas Constituciones “racionalizadas”, que interesaron numerosos Estados europeos; entre éstas figuran la alemana (llamada Constitución de Weimar, 1919), la austriaca y la checoslovaca (1920) y la española (1931) (a las que pueden añadirse: Finlandia, 1919; Lituania, Estonia y Letonia, 1920-1922; Polonia, 1921; Yugoslavia, 1921; Turquía, 1924; Grecia, 1927).

Esta tendencia fue confirmada en la segunda posguerra mundial en otras Constituciones, que insistiendo en la racionalización de la forma de gobierno parlamentario, ensancharon sensiblemente el ámbito de los institutos democráticos, sobre todo en el tema de los derechos sociales y económicos y de garantía de las autonomías (Francia, 1946; Italia, 1948; *Länder* alemanes, 1946-1947; República Federal Alemana, 1949; Japón, 1946). La misma tendencia se ha seguido en las Constituciones europeas más recientes (Dinamarca, 1953; Suecia, 1974; Grecia, 1975; Portugal, 1976; España, 1978). En fin, análoga orientación adoptan las Constituciones de numerosos países de Europa Oriental al final del régimen de los dos bloques contrapuestos, oriental y occidental.

### 5. *La racionalización de la Constitución consuetudinaria inglesa*

Uno de los procesos más amplios de “racionalización” corresponde al intento por adaptar los institutos constitucionales ingleses a la realidad de numerosos Estados a medida que adquirirían la independencia respecto de Inglaterra. Tal proceso comenzó a fines del siglo XIX para completarse después del segundo conflicto mundial.

Al no existir una Constitución inglesa, en cuanto *documento* orgánico y formal que contenga disposiciones esenciales para la vida del Estado, las Constituciones de que se habla comportaron una reconstrucción sistemática de institutos frecuentemente consuetudinarios o regulados por normas escritas contenidas en textos escritos de naturaleza diversa. Recordemos las Constituciones de Canadá (1867), de Australia (1901), de Nueva Zelanda (1931), de Sudáfrica (1909) y otras más, entre ellas las de: India, 1950; Pakistán, 1956; Ceilán, 1946; Costa de Oro, 1954; Ghana, 1957; Nigeria, 1960; Gambia, 1965; Jamaica, 1962; Trinidad y Tobago, 1962; Malta, 1964; Mauricio, 1968). Habiendo tomado como modelo la Constitución inglesa cuando ya se había consolidado el papel predominante del primer ministro, se introducen formas de gobierno de tipo parlamentario con predominio del primer ministro en sistemas tendencialmente bipartidistas, garantizándose la función de control y la alternancia de la oposición. Sin embargo, sólo las tres primeras Constituciones citadas han funcionado en modo análogo al modelo de referencia, mientras que la casi totalidad de las demás han dado resultados diversos y contradictorios, sin que existan presupuestos de hecho semejantes a aquellos en que maduró la Constitución inglesa.

## 6. *La Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas*

Después del primer conflicto mundial se inicia el ciclo de las Constituciones socialistas de Rusia soviética y de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, que tienden a la realización de la sociedad comunista (1918, 1924, 1936 y 1977). Entre éstas tuvo una influencia particular la Constitución de 1936, que después del éxito obtenido por la URSS en el segundo conflicto mundial fue fielmente imitada en Europa Oriental (Bulgaria, 1947; Rumania, 1948 y 1952; Checoslovaquia, 1948; República Democrática Alemana, 1949; Hungría, 1949; Albania, 1946; Yugoslavia, 1946; Polonia, 1952), en Asia (China, 1954; Mongolia Exterior, 1940; Vietnam del Norte, 1946; Corea del Norte, 1948). Los acontecimientos consiguientes a la desestalinización (1956) influyeron de manera marginal a las nuevas Constituciones y a las enmiendas constitucionales más recientes, ya que, si bien se da un espacio amplio a algunas exigencias nacionales en sus textos, lo cierto es que la estructura del poder estatal se mantiene modelada según la Constitución estalinista de 1936 (*cf.* Rumania, 1965; República Democrática Alemana, 1968 y 1974; Checoslovaquia, 1960 y 1968; Bulgaria, 1971; Hungría, 1972; Polonia, 1976 y 1983; Albania, 1976; Mongolia, 1960; Vietnam, 1959 y 1980; China, 1975, 1978 y 1982; Corea del Norte, 1972; Cuba, 1976). Por el contrario, las exigencias nacionales traen consigo diferenciaciones más evidentes en las sucesivas Constituciones de Yugoslavia (1953, 1963 y 1974).

A partir de 1989 la mayor parte de las Constituciones caracterizadas por principios socialistas marxistas-leninistas son revisadas y, consecuentemente, abrogadas. Entre éstas las Constituciones de los países de Europa Centro-Oriental y la Constitución de la URSS, que tras varias modificaciones deja de existir a finales de 1991.

## 7. *Las Constituciones autoritarias*

Después del primer conflicto mundial empieza también el ciclo de Constituciones autoritarias. Sin embargo, se observa que ni la Italia fascista ni la Alemania nacionalsocialista tuvieron Constituciones propias, sino tan sólo una legislación inorgánica con valor constitucional. En general, las respectivas normativas constitucionales derivaban de un con-

junto de adaptaciones de institutos preexistentes y de verdaderas innovaciones. Estos institutos han inspirado, en parte, una sola Constitución: la portuguesa de 1933, así como a las siete leyes fundamentales españolas del periodo 1938-1967. Otros muchos ordenamientos autoritarios o han reconocido a algunos institutos del fascismo (por ejemplo, partido único, instituciones corporativas: Estados europeos Centro-Orientales y balcánicos antes del segundo conflicto mundial) o han utilizado institutos ya conocidos por el cesarismo napoleónico (por ejemplo, reducción de los procedimientos electivos y sistema de “propuestas”; fraccionamiento de la representación política; plebiscitos: Grecia, 1967; Chile, 1973 y 1980).

#### 8. *Las Constituciones islámicas*

Los Estados recientemente independizados del llamado Tercer Mundo por lo general han utilizado como modelos las Constituciones de los Estados coloniales, adoptando la forma parlamentaria y la presidencial, y aquellas de los Estados socialistas. Sin embargo, existen raros ejemplos en los cuales estos ordenamientos han escogido modalidades organizativas originales, pero sin que las mismas hayan servido como modelo para sucesivas adopciones. Parece una excepción el recurso a fórmulas constitucionales que intentan disciplinar de modo orgánico algunos ordenamientos siguiendo el restablecimiento de los principios del Islam. En tal hipótesis se parte de ejemplos en los cuales los principios islámicos constituyen la base de un ordenamiento que se estructura tendencialmente según los esquemas liberales y socialistas (Pakistán, 1956 y 1962; Somalia, 1960; Marruecos, 1961 y 1972; Túnez, 1959; Mauritania, 1961), llegando a ejemplos en los que los principios islámicos infunden toda la estructura constitucional (Libia, 1969 y 1977; Egipto, 1971; Irán, 1979).