

LA REVISTA DE DERECHO,
JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACION

t. 65

Director: Horacio CASSINELLI MUÑOZ

Junta de la Fundación Jurídica del Uruguay:

Prof. Dr. Jorge Peirano Facio (Presidente)

Prof. Dr. Horacio Cassinelli Muñoz

Escrno. Dr. Martín Cassinelli Muñoz

Dr. Angel Américo Landoni Sosa

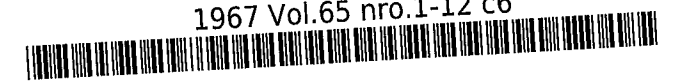
Eduardo Rocca Couture (Secretario)

Secretario internacional:

Dr. León Cortiñas Peláez

*La revista de derecho, jurisprudencia y
administración.*

1967 Vol.65 nro.1-12 c6



FD-UY/RDJA651-121967C6

Montevideo 1967

BIOGRAFÍA

una gestión gubernamental eficaz y coherente" y que no será por ella que se solucionarán los problemas que vive el país.

R. F. D.

PÉREZ PÉREZ, Alberto. — *Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967 concordada y anotada* (Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1967), 489 págs.

La portada de esta publicación anuncia que concordará la Constitución de 1967 "concordada con los textos constitucionales anteriores, desde 1825 hasta la fecha, y anotada con las referencias a la historia fideicomisaria de sus respectivas sanciones y con las leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas, sentencias y acuerdos de interés constitucional". El presente volumen, no incluye las concordancias con actos legislativos, administrativos o jurisdiccionales que allí se encuentran, de modo que ellas quedarán para un próximo volumen.

La manera de disponer los textos vigentes y anteriores, la presentación tipográfica y la cuidadosa selección de antecedentes, hacen utilísima esta obra para quien necesite obtener, en pocos segundos, el texto constitucional. En las primeras páginas aparece el acto constitucional de 1-II-1967 con caracteres gruesos, nitidamente distinguibles de las referencias a todos los textos anteriores, las cuales están intercaladas a continuación de cada artículo concordante de la Constitución vigente. En la parte superior de la página aparecen los textos completos de las principales Constituciones del período 1825-1830, 1830-1852, 1852-1870, 1870-1890, 1890-1912, 1912-1918, 1918-1932, 1932-1934, 1934-1936, 1936-1938, 1938-1946, 1946-1952, 1952-1967, 1967-1968, 1968-1973, 1973-1980, 1980-1985, 1985-1990, 1990-1995, 1995-2000, 2000-2005, 2005-2010, 2010-2015, 2015-2020, 2020-2025, 2025-2030, 2030-2035, 2035-2040, 2040-2045, 2045-2050, 2050-2055, 2055-2060, 2060-2065, 2065-2070, 2070-2075, 2075-2080, 2080-2085, 2085-2090, 2090-2095, 2095-2100, 2100-2105, 2105-2110, 2110-2115, 2115-2120, 2120-2125, 2125-2130, 2130-2135, 2135-2140, 2140-2145, 2145-2150, 2150-2155, 2155-2160, 2160-2165, 2165-2170, 2170-2175, 2175-2180, 2180-2185, 2185-2190, 2190-2195, 2195-2200, 2200-2205, 2205-2210, 2210-2215, 2215-2220, 2220-2225, 2225-2230, 2230-2235, 2235-2240, 2240-2245, 2245-2250, 2250-2255, 2255-2260, 2260-2265, 2265-2270, 2270-2275, 2275-2280, 2280-2285, 2285-2290, 2290-2295, 2295-2300, 2300-2305, 2305-2310, 2310-2315, 2315-2320, 2320-2325, 2325-2330, 2330-2335, 2335-2340, 2340-2345, 2345-2350, 2350-2355, 2355-2360, 2360-2365, 2365-2370, 2370-2375, 2375-2380, 2380-2385, 2385-2390, 2390-2395, 2395-2400, 2400-2405, 2405-2410, 2410-2415, 2415-2420, 2420-2425, 2425-2430, 2430-2435, 2435-2440, 2440-2445, 2445-2450, 2450-2455, 2455-2460, 2460-2465, 2465-2470, 2470-2475, 2475-2480, 2480-2485, 2485-2490, 2490-2495, 2495-2500, 2500-2505, 2505-2510, 2510-2515, 2515-2520, 2520-2525, 2525-2530, 2530-2535, 2535-2540, 2540-2545, 2545-2550, 2550-2555, 2555-2560, 2560-2565, 2565-2570, 2570-2575, 2575-2580, 2580-2585, 2585-2590, 2590-2595, 2595-2600, 2600-2605, 2605-2610, 2610-2615, 2615-2620, 2620-2625, 2625-2630, 2630-2635, 2635-2640, 2640-2645, 2645-2650, 2650-2655, 2655-2660, 2660-2665, 2665-2670, 2670-2675, 2675-2680, 2680-2685, 2685-2690, 2690-2695, 2695-2700, 2700-2705, 2705-2710, 2710-2715, 2715-2720, 2720-2725, 2725-2730, 2730-2735, 2735-2740, 2740-2745, 2745-2750, 2750-2755, 2755-2760, 2760-2765, 2765-2770, 2770-2775, 2775-2780, 2780-2785, 2785-2790, 2790-2795, 2795-2800, 2800-2805, 2805-2810, 2810-2815, 2815-2820, 2820-2825, 2825-2830, 2830-2835, 2835-2840, 2840-2845, 2845-2850, 2850-2855, 2855-2860, 2860-2865, 2865-2870, 2870-2875, 2875-2880, 2880-2885, 2885-2890, 2890-2895, 2895-2900, 2900-2905, 2905-2910, 2910-2915, 2915-2920, 2920-2925, 2925-2930, 2930-2935, 2935-2940, 2940-2945, 2945-2950, 2950-2955, 2955-2960, 2960-2965, 2965-2970, 2970-2975, 2975-2980, 2980-2985, 2985-2990, 2990-2995, 2995-3000, 3000-3005, 3005-3010, 3010-3015, 3015-3020, 3020-3025, 3025-3030, 3030-3035, 3035-3040, 3040-3045, 3045-3050, 3050-3055, 3055-3060, 3060-3065, 3065-3070, 3070-3075, 3075-3080, 3080-3085, 3085-3090, 3090-3095, 3095-3100, 3100-3105, 3105-3110, 3110-3115, 3115-3120, 3120-3125, 3125-3130, 3130-3135, 3135-3140, 3140-3145, 3145-3150, 3150-3155, 3155-3160, 3160-3165, 3165-3170, 3170-3175, 3175-3180, 3180-3185, 3185-3190, 3190-3195, 3195-3200, 3200-3205, 3205-3210, 3210-3215, 3215-3220, 3220-3225, 3225-3230, 3230-3235, 3235-3240, 3240-3245, 3245-3250, 3250-3255, 3255-3260, 3260-3265, 3265-3270, 3270-3275, 3275-3280, 3280-3285, 3285-3290, 3290-3295, 3295-3300, 3300-3305, 3305-3310, 3310-3315, 3315-3320, 3320-3325, 3325-3330, 3330-3335, 3335-3340, 3340-3345, 3345-3350, 3350-3355, 3355-3360, 3360-3365, 3365-3370, 3370-3375, 3375-3380, 3380-3385, 3385-3390, 3390-3395, 3395-3400, 3400-3405, 3405-3410, 3410-3415, 3415-3420, 3420-3425, 3425-3430, 3430-3435, 3435-3440, 3440-3445, 3445-3450, 3450-3455, 3455-3460, 3460-3465, 3465-3470, 3470-3475, 3475-3480, 3480-3485, 3485-3490, 3490-3495, 3495-3500, 3500-3505, 3505-3510, 3510-3515, 3515-3520, 3520-3525, 3525-3530, 3530-3535, 3535-3540, 3540-3545, 3545-3550, 3550-3555, 3555-3560, 3560-3565, 3565-3570, 3570-3575, 3575-3580, 3580-3585, 3585-3590, 3590-3595, 3595-3600, 3600-3605, 3605-3610, 3610-3615, 3615-3620, 3620-3625, 3625-3630, 3630-3635, 3635-3640, 3640-3645, 3645-3650, 3650-3655, 3655-3660, 3660-3665, 3665-3670, 3670-3675, 3675-3680, 3680-3685, 3685-3690, 3690-3695, 3695-3700, 3700-3705, 3705-3710, 3710-3715, 3715-3720, 3720-3725, 3725-3730, 3730-3735, 3735-3740, 3740-3745, 3745-3750, 3750-3755, 3755-3760, 3760-3765, 3765-3770, 3770-3775, 3775-3780, 3780-3785, 3785-3790, 3790-3795, 3795-3800, 3800-3805, 3805-3810, 3810-3815, 3815-3820, 3820-3825, 3825-3830, 3830-3835, 3835-3840, 3840-3845, 3845-3850, 3850-3855, 3855-3860, 3860-3865, 3865-3870, 3870-3875, 3875-3880, 3880-3885, 3885-3890, 3890-3895, 3895-3900, 3900-3905, 3905-3910, 3910-3915, 3915-3920, 3920-3925, 3925-3930, 3930-3935, 3935-3940, 3940-3945, 3945-3950, 3950-3955, 3955-3960, 3960-3965, 3965-3970, 3970-3975, 3975-3980, 3980-3985, 3985-3990, 3990-3995, 3995-4000, 4000-4005, 4005-4010, 4010-4015, 4015-4020, 4020-4025, 4025-4030, 4030-4035, 4035-4040, 4040-4045, 4045-4050, 4050-4055, 4055-4060, 4060-4065, 4065-4070, 4070-4075, 4075-4080, 4080-4085, 4085-4090, 4090-4095, 4095-4100, 4100-4105, 4105-4110, 4110-4115, 4115-4120, 4120-4125, 4125-4130, 4130-4135, 4135-4140, 4140-4145, 4145-4150, 4150-4155, 4155-4160, 4160-4165, 4165-4170, 4170-4175, 4175-4180, 4180-4185, 4185-4190, 4190-4195, 4195-4200, 4200-4205, 4205-4210, 4210-4215, 4215-4220, 4220-4225, 4225-4230, 4230-4235, 4235-4240, 4240-4245, 4245-4250, 4250-4255, 4255-4260, 4260-4265, 4265-4270, 4270-4275, 4275-4280, 4280-4285, 4285-4290, 4290-4295, 4295-4300, 4300-4305, 4305-4310, 4310-4315, 4315-4320, 4320-4325, 4325-4330, 4330-4335, 4335-4340, 4340-4345, 4345-4350, 4350-4355, 4355-4360, 4360-4365, 4365-4370, 4370-4375, 4375-4380, 4380-4385, 4385-4390, 4390-4395, 4395-4400, 4400-4405, 4405-4410, 4410-4415, 4415-4420, 4420-4425, 4425-4430, 4430-4435, 4435-4440, 4440-4445, 4445-4450, 4450-4455, 4455-4460, 4460-4465, 4465-4470, 4470-4475, 4475-4480, 4480-4485, 4485-4490, 4490-4495, 4495-4500, 4500-4505, 4505-4510, 4510-4515, 4515-4520, 4520-4525, 4525-4530, 4530-4535, 4535-4540, 4540-4545, 4545-4550, 4550-4555, 4555-4560, 4560-4565, 4565-4570, 4570-4575, 4575-4580, 4580-4585, 4585-4590, 4590-4595, 4595-4600, 4600-4605, 4605-4610, 4610-4615, 4615-4620, 4620-4625, 4625-4630, 4630-4635, 4635-4640, 4640-4645, 4645-4650, 4650-4655, 4655-4660, 4660-4665, 4665-4670, 4670-4675, 4675-4680, 4680-4685, 4685-4690, 4690-4695, 4695-4700, 4700-4705, 4705-4710, 4710-4715, 4715-4720, 4720-4725, 4725-4730, 4730-4735, 4735-4740, 4740-4745, 4745-4750, 4750-4755, 4755-4760, 4760-4765, 4765-4770, 4770-4775, 4775-4780, 4780-4785, 4785-4790, 4790-4795, 4795-4800, 4800-4805, 4805-4810, 4810-4815, 4815-4820, 4820-4825, 4825-4830, 4830-4835, 4835-4840, 4840-4845, 4845-4850, 4850-4855, 4855-4860, 4860-4865, 4865-4870, 4870-4875, 4875-4880, 4880-4885, 4885-4890, 4890-4895, 4895-4900, 4900-4905, 4905-4910, 4910-4915, 4915-4920, 4920-4925, 4925-4930, 4930-4935, 4935-4940, 4940-4945, 4945-4950, 4950-4955, 4955-4960, 4960-4965, 4965-4970, 4970-4975, 4975-4980, 4980-4985, 4985-4990, 4990-4995, 4995-5000, 5000-5005, 5005-5010, 5010-5015, 5015-5020, 5020-5025, 5025-5030, 5030-5035, 5035-5040, 5040-5045, 5045-5050, 5050-5055, 5055-5060, 5060-5065, 5065-5070, 5070-5075, 5075-5080, 5080-5085, 5085-5090, 5090-5095, 5095-5100, 5100-5105, 5105-5110, 5110-5115, 5115-5120, 5120-5125, 5125-5130, 5130-5135, 5135-5140, 5140-5145, 5145-5150, 5150-5155, 5155-5160, 5160-5165, 5165-5170, 5170-5175, 5175-5180, 5180-5185, 5185-5190, 5190-5195, 5195-5200, 5200-5205, 5205-5210, 5210-5215, 5215-5220, 5220-5225, 5225-5230, 5230-5235, 5235-5240, 5240-5245, 5245-5250, 5250-5255, 5255-5260, 5260-5265, 5265-5270, 5270-5275, 5275-5280, 5280-5285, 5285-5290, 5290-5295, 5295-5300, 5300-5305, 5305-5310, 5310-5315, 5315-5320, 5320-5325, 5325-5330, 5330-5335, 5335-5340, 5340-5345, 5345-5350, 5350-5355, 5355-5360, 5360-5365, 5365-5370, 5370-5375, 5375-5380, 5380-5385, 5385-5390, 5390-5395, 5395-5400, 5400-5405, 5405-5410, 5410-5415, 5415-5420, 5420-5425, 5425-5430, 5430-5435, 5435-5440, 5440-5445, 5445-5450, 5450-5455, 5455-5460, 5460-5465, 5465-5470, 5470-5475, 5475-5480, 5480-5485, 5485-5490, 5490-5495, 5495-5500, 5500-5505, 5505-5510, 5510-5515, 5515-5520, 5520-5525, 5525-5530, 5530-5535, 5535-5540, 5540-5545, 5545-5550, 5550-5555, 5555-5560, 5560-5565, 5565-5570, 5570-5575, 5575-5580, 5580-5585, 5585-5590, 5590-5595, 5595-5600, 5600-5605, 5605-5610, 5610-5615, 5615-5620, 5620-5625, 5625-5630, 5630-5635, 5635-5640, 5640-5645, 5645-5650, 5650-5655, 5655-5660, 5660-5665, 5665-5670, 5670-5675, 5675-5680, 5680-5685, 5685-5690, 5690-5695, 5695-5700, 5700-5705, 5705-5710, 5710-5715, 5715-5720, 5720-5725, 5725-5730, 5730-5735, 5735-5740, 5740-5745, 5745-5750, 5750-5755, 5755-5760, 5760-5765, 5765-5770, 5770-5775, 5775-5780, 5780-5785, 5785-5790, 5790-5795, 5795-5800, 5800-5805, 5805-5810, 5810-5815, 5815-5820, 5820-5825, 5825-5830, 5830-5835, 5835-5840, 5840-5845, 5845-5850, 5850-5855, 5855-5860, 5860-5865, 5865-5870, 5870-5875, 5875-5880, 5880-5885, 5885-5890, 5890-5895, 5895-5900, 5900-5905, 5905-5910, 5910-5915, 5915-5920, 5920-5925, 5925-5930, 5930-5935, 5935-5940, 5940-5945, 5945-5950, 5950-5955, 5955-5960, 5960-5965, 5965-5970, 5970-5975, 5975-5980, 5980-5985, 5985-5990, 5990-5995, 5995-6000, 6000-6005, 6005-6010, 6010-6015, 6015-6020, 6020-6025, 6025-6030, 6030-6035, 6035-6040, 6040-6045, 6045-6050, 6050-6055, 6055-6060, 6060-6065, 6065-6070, 6070-6075, 6075-6080, 6080-6085, 6085-6090, 6090-6095, 6095-6100, 6100-6105, 6105-6110, 6110-6115, 6115-6120, 6120-6125, 6125-6130, 6130-6135, 6135-6140, 6140-6145, 6145-6150, 6150-6155, 6155-6160, 6160-6165, 6165-6170, 6170-6175, 6175-6180, 6180-6185, 6185-6190, 6190-6195, 6195-6200, 6200-6205, 6205-6210, 6210-6215, 6215-6220, 6220-6225, 6225-6230, 6230-6235, 6235-6240, 6240-6245, 6245-6250, 6250-6255, 6255-6260, 6260-6265, 6265-6270, 6270-6275, 6275-6280, 6280-6285, 6285-6290, 6290-6295, 6295-6300, 6300-6305, 6305-6310, 6310-6315, 6315-6320, 6320-6325, 6325-6330, 6330-6335, 6335-6340, 6340-6345, 6345-6350, 6350-6355, 6355-6360, 6360-6365, 6365-6370, 6370-6375, 6375-6380, 6380-6385, 6385-6390, 6390-6395, 6395-6400, 6400-6405, 6405-6410, 6410-6415, 6415-6420, 6420-6425, 6425-6430, 6430-6435, 6435-6440, 6440-6445, 6445-6450, 6450-6455, 6455-6460, 6460-6465, 6465-6470, 6470-6475, 6475-6480, 6480-6485, 6485-6490, 6490-6495, 6495-6500, 6500-6505, 6505-6510, 6510-6515, 6515-6520, 6520-6525, 6525-6530, 6530-6535, 6535-6540, 6540-6545, 6545-6550, 6550-6555, 6555-6560, 6560-6565, 6565-6570, 6570-6575, 6575-6580, 6580-6585, 6585-6590, 6590-6595, 6595-6600, 6600-6605, 6605-6610, 6610-6615, 6615-6620, 6620-6625, 6625-6630, 6630-6635, 6635-6640, 6640-6645, 6645-6650, 6650-6655, 6655-6660, 6660-6665, 6665-6670, 6670-6675, 6675-6680, 6680-6685, 6685-6690, 6690-6695, 6695-6700, 6700-6705, 6705-6710, 6710-6715, 6715-6720, 6720-6725, 6725-6730, 6730-6735, 6735-6740, 6740-6745, 6745-6750, 6750-6755, 6755-6760, 6760-6765, 6765-6770, 6770-6775, 6775-6780, 6780-6785, 6785-6790, 6790-6795, 6795-6800, 6800-6805, 6805-6810, 6810-6815, 6815-6820, 6820-6825, 6825-6830, 6830-6835, 6835-6840, 6840-6845, 6845-6850, 6850-6855, 6855-6860, 6860-6865, 6865-6870, 6870-6875, 6875-6880, 6880-6885, 6885-6890, 6890-6895, 6895-6900, 6900-6905, 6905-6910, 6910-6915, 6915-6920, 6920-6925, 6925-6930, 6930-6935, 6935-6940, 6940-6945, 6945-6950, 6950-6955, 6955-6960, 6960-6965, 6965-6970, 6970-6975, 6975-6980, 6980-6985, 6985-6990, 6990-6995, 6995-7000, 7000-7005, 7005-7010, 7010-7015, 7015-7020, 7020-7025, 7025-7030, 7030-7035, 7035-7040, 7040-7045, 7045-7050, 7050-7055, 7055-7060, 7060-7065, 7065-7070, 7070-7075, 7075-7080, 7080-7085, 7085-7090, 7090-7095, 7095-7100, 7100-7105, 7105-7110, 7110-7115, 7115-7120, 7120-7125, 7125-7130, 7130-7135, 7135-7140, 7140-7145, 7145-7150, 7150-7155, 7155-7160, 7160-7165, 7165-7170, 7170-7175, 7175-7180, 7180-7185, 7185-7190, 7190-7195, 7195-7200, 7200-7205, 7205-7210, 7210-7215, 7215-7220, 7220-7225, 7225-7230, 7230-7235, 7235-7240, 7240-7245, 7245-7250, 7250-7255, 7255-7260, 7260-7265, 7265-7270, 7270-7275, 7275-7280, 7280-72

una cierta constitución. Esta es embrionaria, o más o menos desarrollada, pero siempre existe. Restringir a la sociedad política únicamente esta noción de constitución, es llevar a los espíritus a una primera incertidumbre, si no a un primer error" (3). Coincidentemente, señala ROMANO que "todo ente o cuerpo social, o sea toda institución, entendida esta palabra en el sentido técnico por el cual es sinónimo de ente o cuerpo social, tiene una estructura, un orden, un 'status', una organización, más o menos estable y permanente, que reduce a la unidad a los elementos que lo componen y le confieren una individualidad y una vida propias. La parte fundamental y esencial de tal estructura, aquélla sobre la cual se apoyan todas las otras partes, las cuales, por lo tanto, la presuponen, aquélla que representa su primera armadura y sus paredes maestras, se llama "constitución", en uno de los significados, el llamado significado material o sustancial en que esta palabra es utilizada" (4).

Quiere decir que en un sentido muy amplio se utiliza correctamente la palabra "constitución" cuando se quiere hacer referencia a la estructura, la conformación o la organización de algo, sea perteneciente al llamado "mundo del ser" o al llamado "mundo del deber ser"; sea en el plano de los objetos estudiados por las ciencias naturales o en el de los estudiados por las ciencias sociales. Pero afinando el concepto, vemos que el específico sentido de la palabra constitución se encuentra en el plano de los grupos sociales, en general (5). Y, fundamentalmente, el uso corriente de la palabra la reserva casi exclusivamente para un grupo social determinado: el Estado. "Cuando se habla de la Constitución, sin ninguna especificación y como por antonomasia, o bien de la Constitución italiana, inglesa, francesa, etc., se entiende aludir a la Constitución del Estado en general o de un Estado determinado" (6).

(3) Marcel PRELOT, *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1957, p. 26.

(4) *Op. cit.*, p. 1.

(5) Cf. también Georges RENARD, *Qu'est-ce que le droit constitutionnel? Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution*, en "Mélanges Carré de Malberg", Paris, 1933, p. 485-499; y Georges BURDEAU, *Traité de science politique*, t. III, "Le statut du pouvoir dans l'Etat", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950, p. 12.

(6) ROMANO, *op. cit.*, p. 1.

Pero, aun delimitado de esta manera el concepto de constitución, caben muchas variantes, pues la Constitución del Estado ha sido estudiada desde muy distintos puntos de vista, y definida de muchas maneras.

2. DIFERENTES DIRECCIONES. — Al estudiar la Constitución del Estado se reproducen —porque el problema es sustancialmente el mismo— las diversas posiciones sustentadas por la doctrina al estudiar el problema del Estado y su "naturaleza" en general. Hay una gama de posiciones, que va desde las que llaman Constitución a un conjunto de hechos o de relaciones de hecho (y hacen exclusivamente Sociología del Estado, o Ciencia Política), hasta las que ven en la Constitución exclusivamente una norma jurídica o un sistema de normas jurídicas (y hacen Teoría del Derecho, o, aun, Teoría Pura del Derecho), pasando por aquéllas que ven la necesaria interconexión entre el hecho y la norma, y buscan tomarla en cuenta, señalando los distintos aspectos del concepto de constitución.

Por otro lado, incluso los que creen que la Constitución es (exclusiva o parcialmente) una norma o un sistema de normas, la conciben o definen de diferente manera, o señalan distintos aspectos de ella, sea en su establecimiento (consuetudinario o escrito), en su aspecto formal (Constituciones rígidas o flexibles, contenidas en un único documento o no), o en su contenido (limitado o no a normas de organización; con carácter jurídico o no; en este o aquel grupo dentro de la clasificación de las normas jurídicas). Y discrepan, para empezar, sobre si la Constitución debe definirse desde un punto de vista "formal" o "material".

A todos esos aspectos hemos de referirnos en el presente trabajo.

I

"SER" O "DEBER SER"

3. LA CONSTITUCIÓN EN EL PLANO DE LOS HECHOS. — Ninguna corriente doctrinal, naturalmente, puede desconocer que en todo Estado existe una "constitución real", concebida como "la forma o estructura de una situación política real que se renueva constantemente mediante actos de vo-

luntad humana" (7). Pero existen además quienes entienden que el "verdadero" sentido de la Constitución estriba exclusivamente en ese contenido de hecho, con prescindencia de las normas jurídicas que pudieran existir con la pretensión de regularla.

Así, LASSALLE en su conferencia de 1862 sobre la "esencia de la Constitución" sostuvo que no se la encuentra en la Constitución escrita o la "hoja de papel", sino en las relaciones reales, objetivas, de poder que se dan en un país. P. ej., en la Prusia de ese tiempo integraban la "Constitución" el jefe del Estado, el ejército, la Justicia y la Administración, la nobleza influyente, la bolsa, los banqueros e industriales, la "conciencia general", y por último la pequeña burguesía y los trabajadores (8).

En el mismo sentido, y desde un unilateral punto de vista económico, la interpretación marxista del Derecho sostiene que las normas jurídicas son sólo parte de la "superestructura", mero reflejo o simple trasposición a escala de la "infraestructura". Esta, que es el verdadero motor de la vida social, está constituida por las concretas relaciones de producción existentes en un momento dado, y las normas jurídicas, lejos de ser determinantes de la situación real, están determinadas por ésta.

Concretándonos a los autores que han examinado específicamente la Teoría del Estado, nos encontramos por ejemplo con la posición de Carl SCHMITT, para el cual "el concepto positivo de Constitución" se define como "la decisión de conjunto sobre el modo y forma de la unidad política". Contiene "la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política", y "vale por virtud de la voluntad política existencial de aquél que la da. Toda especie de normación jurídica, también la normación constitucional, presupone una tal voluntad como existente"... "Frente a esta decisión existencial, todas las regulaciones normativas son secundarias". Serían pues parte de la Constitución —y ello en cuanto responden a una real decisión política— las determinaciones contenidas en los textos constitucionales, y que indican, p. ej., que un Estado determinado "es una Re-

(7) Hermann HELLER, *Teoría del Estado*, trad. esp., Fondo de Cultura Económica, México, 2ª ed., 1947, p. 277.

(8) *Cit. por HELLER, op. cit.*, p. 277.

pública", o que "el poder del Estado emana del pueblo"; no lo serían otras disposiciones de detalle, como p. ej., las que dan a todo funcionario el derecho a examinar su expediente personal, que simplemente son parte de las "leyes constitucionales" (9).

También pueden en cierto modo inscribirse en este grupo (aunque reconociendo relevancia jurídica a tal concepto de constitución) aquellos autores italianos —como MORTATI (10), GUARINO (11), BARILE (12) y otros— que dan un concepto de "constitución en sentido material" muy próximo al de SCHMITT, diciendo que es aquel "complejo de institutos jurídicos, positivamente válidos y operantes, que realizan un fin político que es la resultante de los diversos fines perseguidos por las varias fuerzas políticas operantes en lucha entre sí en un país dado y en un dado momento histórico" (13). Esta constitución —señala BARILE— es fuente de la formal condición de su validez, o de su eficacia, o de su positivación (14). Quiere decir que los elementos "fuerza política" y "fin político" serían los esenciales para la determinación de este concepto de constitución.

No nos cabe duda de que este contenido que tales autores dan al concepto de constitución responde a una realidad; pero nos parece que puede llevar a confusión el llamar a ello "constitución". Podemos decir, con BISCARETTI DI RUFFIA (15), que "el fundamento de verdad contenido en las consideraciones hasta aquí expuestas aconseja, por lo tanto, recoger, en sus líneas esenciales, el concepto en examen, calificándolo, sin embargo, para evitar dañosos equívocos, no ya con la expresión

(9) *Teoría de la Constitución*, trad. esp., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, reimpresión, s/f., p. 23-31.

(10) Costantino MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940.

(11) *I decreti legislativi luogotenenziali: sulla normatività della costituzione materiale*, en "Foro Penale", 1947, p. 113.

(12) Paolo BARILE, *La Costituzione come norma giuridica —Profilo sistematico*, Barbèra, Firenze, 1951.

(13) BARILE, *op. cit.*, p. 40.

(14) *Op. cit.*, p. 41. Debe notarse que los adjetivos "formal" y "material" están aplicados en un sentido distinto al que corrientemente se utiliza al referirlos a la Constitución. Más bien se asemeja al que tienen al hablarse de las fuentes materiales (o reales) y las fuentes formales del Derecho.

(15) Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto Costituzionale*, Jovene, Napoli, 4ª ed., 1956, p. 81. Conf. ROMANO, *op. cit.*, p. 143.

de 'constitución en sentido material', sino con la de 'régimen'."

4. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA.

— En el otro extremo de la gama teórica, está el concepto de Constitución como norma jurídica, como deber ser, como pauta por la cual se deben "nivelar" las acciones de todos los habitantes del Estado (como decía el "Manifiesto de la Asamblea General Constituyente y Legislativa de la República Oriental del Uruguay a los pueblos que representa" al presentarles nuestra primera Constitución). "A esa concepción" recién expuesta —que sostuvieron los defensores del antiguo régimen y los autores tradicionalistas franceses, como MAISTRE y BONALD— "que se podría llamar histórica" (o "natural y en cierto sentido tradicional") "de la constitución, se opone" —dice BURDEAU— "la concepción institucional y jurídica. Entonces la Constitución no es más un resultado, es un punto de partida; no es más descriptiva, sino creadora" (16). En este sentido, la Constitución es "el conjunto de las disposiciones consuetudinarias o escritas que prevén la organización y el funcionamiento de los órganos del Estado" (17), o "las reglas emanadas del órgano constituyente establecidas según el procedimiento especial requerido para el establecimiento o la modificación de la Constitución" (18).

X Dentro de esta línea de pensamiento puramente jurídico, el pensamiento de KELSEN ocupa un lugar destacado. Recordaremos que para este autor, que se basa en innegables comprobaciones de Derecho positivo, el Derecho es un sistema de normas que tienen una ordenación jerárquica y que se caracteriza por regular su propia creación; su unidad proviene de que todas esas normas pueden ser referidas a una única norma fundamental. Y "referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden

jurídico determinado? Porque está prescripta por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez la validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

"Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y de los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal" (19). Esa es la Constitución "en sentido lógico-jurídico", la hipótesis mediante la cual se puede dar carácter jurídico a las normas de un ordenamiento dado, y tiene un contenido concreto, que "depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica" (20). Pero es necesario que entre el orden jurídico y la realidad exista una cierta concordancia, "una tensión entre la norma y el hecho... que no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo". En resumen: la "norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz" (21).

Además de esa Constitución "en sentido lógico-jurídico, que es sólo una hipótesis de la ciencia del Derecho, existe, inmediatamente por debajo de ella, la Constitución "en sentido jurídico-positivo": "el grado superior del Derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido ma-

terial de la palabra; cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir", así como "el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido" (22) X

También definen la Constitución en sentido jurídico —aunque sin llegar a los extremos de KELSEN— la mayoría de los juristas (23). Este es el sentido que se le ha atribuido generalmente a la expresión desde la Revolución Francesa, en que tal concepto se afirmó ante la necesidad de que sirviera de instrumento para proceder a cambios fundamentales. Es que se le considera la expresión de la voluntad creadora del soberano, al decir de BURDEAU, quien agrega: "Hoy es entendiéndola en su acepción integralmente jurídica que se habla de la Constitución; no se ve en ella un simple hecho, sino una regla" (24). Como su contenido consiste, fundamentalmente, en constituir al Estado como verdadero titular del poder, y fijar el estatuto de los gobernantes como meros agentes de ejercicio de éste, todo Estado que realmente lo sea (es decir, toda agrupación política donde el poder no está ya difuso ni individualizado, sino que se ha institucionalizado) tiene una Constitución. "Es particularmente significativo a este respecto constatar que el retorno al régimen del Poder individualizado que marcó el advenimiento del nacionalsocialismo haya aliado la ausencia de Constitución al eclipsamiento de la idea del Estado". Coincidentemente, dice BISCARETTI DI RUFFIA que "un 'Estado no constituido' sería un sinsentido, una contradicción en los términos. En sus formas más rudimentarias la Constitución podría reducirse a una sola institución: la del soberano absoluto, y a una sola norma (frecuentemente puramente consuetudinaria) que estableciera que 'todos los poderes corresponden al Rey'; pero siempre habrá una Constitución" (25). Claro que hay un límite: se precisa que realmente esa norma establezca un poder institucionalizado, y no inherente a la persona del gobernante.

(22) Op. cit., p. 147-148.

(23) Cf. p. ej., ROMANO, op. cit., p. 1; BISCARETTI DI RUFFIA, op. cit., p. 77, donde la define (en sentido sustancial) como "todo aquel complejo de normas jurídicas fundamentales, escritas o no escritas, idóneo para trazar las líneas maestras del ordenamiento mismo".

(24) BURDEAU, op. cit., p. 45-46 y 21.

(25) Op. cit., p. 77.

Más adelante (Caps. II, III y IV) señalaremos los distintos aspectos que pueden señalarse dentro de la Constitución en sentido normativo o jurídico. Por el momento bastará señalar que hay autores que buscan la determinación del concepto de Constitución, en sentido jurídico, apoyándose exclusivamente en su contenido (Constitución en sentido material propiamente dicha), y otros que lo determinan exclusivamente partiendo de la forma (Constitución en sentido formal).

5. NORMALIDAD Y NORMATIVIDAD. — Por último, existen autores que —como HELLER— señalan la relevancia de los dos conceptos de Constitución, y la necesaria interrelación existente entre los dos tipos de fenómenos a que responden: "La Constitución de un Estado coincide con su organización en cuanto ésta significa la constitución producida mediante actividad humana consciente y sólo ella", y organización es "la acción concreta de dar forma a la cooperación de los individuos y grupos que participan en el todo, mediante la supra-, sub- y co-ordinación de ellos", debiendo su permanencia a "la probabilidad de que se repita en lo futuro la conducta humana que concuerda con ella". Esa probabilidad, por su parte, se asienta en la "normalidad" de la conducta, que consiste en "su concordancia con una regla de previsión basada sobre la observación de lo que sucede por término medio en determinados períodos de tiempo", es decir en un aspecto dinámico, perteneciente al mundo del ser. Pero también y simultáneamente se apoya en algo estático, perteneciente al mundo del deber ser: "tiene que ser siempre reforzada y completada por la normatividad; al lado de la regla empírica de previsión ha de aparecer la norma valorativa de juicio", que "no sólo eleva considerablemente la probabilidad de un obrar conforme a la Constitución por parte de los miembros actuales o futuros sino que es sólo ella quien, en muchos casos, la hace posible... En la realidad, sobre la infraestructura de la Constitución no normada, e influida esencialmente por esta infraestructura se yergue la Constitución formada por normas en la cual, al lado de la tradición y del uso, desempeña su papel peculiar la función directora y la preceptiva, que tienen carácter autónomo y que, con frecuencia, deciden contra lo tradicional". "La Constitución estatal, así nacida, forma un todo en el que aparecen complementándose recíprocamente la normalidad y la norma-

(16) Op. cit., p. 26-27.

(17) Roger BONNARD, Les actes constitutionnels de 1940, en "Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger", 1942, p. 266.

(18) Cf. BURDEAU, op. cit., p. 22.

(19) Hans KELSEN, Teoría pura del Derecho - Introducción a la ciencia del Derecho, trad. esp., EUDEBA, Buenos Aires, 1960, p. 137-138.

(20) Op. cit., p. 139.

(21) Op. cit., p. 142-143.

tividad, así como la normatividad jurídica y la extrajurídica" (26). O, dicho con las palabras de BURDEAU, "todas las instituciones jurídicas son tributarias de una igual servidumbre ante las exigencias espontáneas de la vida... La Constitución es bien originariamente la expresión de una voluntad creadora del soberano. En ella encuentra el fundamento de su autoridad jurídica. Pero, para ser eficaz, esta voluntad no debe ser arbitraria; debe tener en cuenta los datos permanentes de la estructura social del grupo... No hay que olvidar, en efecto, que si la Constitución procede de la voluntad del soberano, no dura sino gracias a su adhesión" (27).

A decir verdad, de las dos tesis extremas anteriormente expuestas la que se aleja más del reconocimiento de la relevancia de los dos órdenes de factores es el "decisionismo" de SCHMITT, que "viene a concebir a la Constitución no como norma sino sólo como «decisión»". Olvida así que "no existe Constitución política alguna que, cabalmente como *status* real, no sea, a la vez, un ser formado por normas, es decir, una forma de actividad normada, además de una forma de actividad meramente normal", pues "sólo puede crearse una continuidad constitucional y un *status* político si el creador de la norma se considera también ligado por ciertas decisiones, normativamente objetivadas, de sus predecesores". De otro modo, la Constitución no duraría más allá del momento presente (28). KELSEN, en cambio, reconoce la importancia de la tensión entre el deber ser de la norma y el ser de la conducta de los obligados por ella para que exista la positividad, y con ella la validez o existencia de las normas.

Parece pues necesario reconocer que ambos aspectos tienen su importancia y están mutuamente relacionados. No es posible olvidar ni a uno ni al otro. Sin embargo, no creemos (como lo cree, p. ej., HELLER) que deba darse a ambos órdenes de conceptos el nombre de Constitución. Al concepto sociológico, o "científico-real", consistente en la estructura del poder, la forma concreta de existencia y actividad del Estado (sea en sentido amplio, sea referido a la estructura básica y fundamental en forma más precisa) (29), creemos pre-

ferible darle otra denominación: 'régimen', o 'régimen político' (30), o "instituciones políticas" (31) o estructura política de la sociedad o del Estado. Consideramos que, en este aspecto como en todos los demás, el Derecho y la Ciencia Política tienen la urgente necesidad de precisar los conceptos y tratar de dar a las palabras un solo significado, en lugar de mantener, por comodidad o por inercia, una situación en la cual cada vocablo tiene diversas y a veces contradictorias acepciones, y es necesario calificarlo con adjetivos para poder entenderse.

II

FUENTES DE LA CONSTITUCION

6. LA DISYUNTIVA. — Frente a la parte superior del ordenamiento jurídico, lo mismo que frente a las demás partes de ese ordenamiento, la disyuntiva fundamental que se plantea es la de saber si sus normas han sido producidas en forma consuetudinaria o en forma deliberada. Con las palabras de BRYCE: si consisten en "reglas consuetudinarias basadas únicamente en la costumbre o el precedente, pero que, en la práctica, son consideradas como de igual autoridad" que las normas escritas, o si "son obras de un arte consciente... el producto de un esfuerzo deliberado del Estado que establece de una vez para siempre un cuerpo de provisiones coherentes, de acuerdo con las cuales y por las cuales su Gobierno se ha de establecer y regir" (32).

Conviene hacer notar (33) que esta distinción entre Constituciones escritas y Constituciones consuetudinarias —o "Constituciones de Derecho consuetudinario ('Common Law Constitutions') y Constituciones estatutarias o legislativas ('Statutory Constitutions')", en la terminología de BRY-

(30) V. *supra*, § 3 in fine.

(31) Cf. DUVERGER, *op. cit.*, p. 4-7, quien siguiendo el programa de estudios francés, las caracteriza como "la organización concreta y real de las sociedades por oposición a las reglas jurídicas que se pretende aplicarles sin conseguirlo totalmente".

(32) James BRYCE, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, trad. esp., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952 (la obra fue publicada en 1901). V. también C. F. STRONG, *A History of Modern Political Constitutions*, Capricorn, New York, 1963, p. 66-67.

(33) Cf. BURDEAU, *op. cit.*, p. 26 y ss.

CE (34)— no coincide con los dos términos de la oposición ya estudiada entre "constitución" en sentido sociológico, histórico o "natural" y Constitución en sentido institucional, normativo o jurídico, sino que responde a una subdivisión del segundo de dichos términos. Tanto la Constitución consuetudinaria como la escrita son normas jurídicas; sólo varía la fuente de la cual proceden, la forma en que han sido establecidas.

Por otra parte, difícilmente una Constitución responde total y exclusivamente a uno solo de estos dos tipos.

Hay Constituciones —como la inglesa— que pasan por ser en gran parte consuetudinarias, pero sin embargo hay en ellas una parte cada vez más grande de reglas que está contenida en leyes emanadas del Parlamento (y otra, cuyo valor se discutirá más adelante (35), en usos o "convencionalismos constitucionales").

Otras Constituciones —como es p. ej., el caso de la de los Estados Unidos de América— pasan por ser absolutamente escritas, pero también en ellas juega cierto papel la costumbre: p. ej., la transformación del modo de elección del presidente, de indirecto a (prácticamente, a través de una especie de mandato imperativo) directo, dándole el carácter de "representante más directo de la nación que lo que había querido la Constitución" (36).

Y otros textos, como las leyes constitucionales francesas de 1875, por su propio carácter es-

(34) *Op. cit.*, p. 18.

(35) V. *infra*, § 9.

(36) Marc REGLADE, *La coutume en droit public interne*, tesis Bordeaux 1919, p. 178-185. En cuanto al carácter escrito de la Constitución nuestro país está en una situación similar, pero más extrema en virtud de la mucho mayor extensión de nuestros textos y de su mayor variabilidad. Empero, ciertos usos y desusos se han esbozado. Entre los primeros, cabría tal vez citar el de las llamadas "reuniones de mayoría" del Consejo Nacional de Gobierno, que con todo no pasó de ser una práctica sin valor jurídico. Más bien puede citarse el caso (pasado a regla escrita desde 1934) de las declaraciones después del "llamado a sala" a los Ministros (ver el trabajo de Pablo BLANCO ACEVEDO, en *Estudios constitucionales*, Montevideo, 1939, p. 105 y s.). Un caso de desuso, pero sin más valor que el de práctica, lo tenemos en la situación de las disposiciones de orientación "parlamentarista" de las Constituciones de 1934, 1942 y 1967. Está por verse si el hecho político representado por un Poder Ejecutivo al que no respalda una mayoría parlamentaria puede hacer variar esa práctica.

quemático estaban —en opinión de muchos autores— reclamando el surgimiento de una costumbre que los complementara. Esas leyes constitucionales habían dejado planteado el dilema "monarquía parlamentaria o república democrática", y éste fue resuelto de tal modo que permitía decir que, "en la conciencia jurídica de la gran mayoría de los franceses, el elemento de fuerza es el pueblo, o más exactamente el número expresado por el sufragio universal", constituyendo ésta —dice RÉGLADE— una norma constitucional susceptible de ser sancionada por la coacción social en forma de levantamiento general del país (37).

7. LAS CONSTITUCIONES ESCRITAS. — Modernamente, las Constituciones tienden en todos los Estados a ser escritas producto de la actividad normativa deliberada del grupo social (38). Tal es particularmente el caso cuando se siente la necesidad de dar precisión a las normas constitucionales, evitando la incertidumbre; de darles estabilidad, evitando la discusión de si tal o cual hecho implica una ruptura de los precedentes que impide formar una costumbre, o la violación de una regla consuetudinaria ya formada; y de hacer que escapen a la voluntad de los gobernantes, permitiendo limitar su autoridad (39). Resulta además necesario adoptar esta forma en todos los casos (p. ej., Revoluciones norteamericana, francesa, latinoamericana) en que se ha querido hacer un cambio general y simultáneo en el ordenamiento jurídico.

Para que exista una Constitución escrita no basta con que las reglas constitucionales se encuentren fijadas por escrito, porque puede ocurrir que las reglas consuetudinarias hayan sido transcritas (como en los grandes libros de costumbres en que se contenía el Derecho privado francés anterior a la codificación napoleónica, o en los "Restatements of the Law" de los Estados Unidos de América). Allí habría coincidencia sólo formal, pero no sustancial: faltaría el aspecto más importante de las Constituciones escritas, el ser fruto de un acto deliberado de voluntad del soberano.

En cambio, resulta indiferente que esas reglas sean de la misma categoría formal que las leyes ordinarias, o que estén por encima de ellas

(37) *Id.*, *ibid.*, p. 167-178.

(38) Cf. BRYCE, *op. cit.*, p. 18-19.

(39) Cf. PRELOT, *op. cit.*, p. 188-189.

(Constitución flexible o rígida: v. *infra*, § 10 a 12), pues en ambos casos existirá ese acto deliberado de voluntad documentado simultáneamente por escrito.

Y tampoco es necesario que el texto constitucional tenga unidad documental, que exista un "acto fundamental en el cual se hayan formulado solemnemente la gran mayoría de las normas materialmente constitucionales" (40): puede ocurrir que ellas figuren en más de un texto (caso de las leyes constitucionales francesas de 1875, y aun de nuestra llamada "pre-Constitución nacional" de 1825/1830) (41). Ni tampoco, han de coincidir —aunque lo más frecuente es que así suceda— las calidades de rigidez y unidad documental: puede existir (como el Estatuto albertino en Italia) un texto constitucional único de carácter flexible, especie de "Código Político", del mismo modo que existen un Código Civil o un Código Penal.

El procedimiento de formulación escrita puede ser diverso, y el espacio de que se dispone para este trabajo no permite encararlo; sólo nos es posible señalar que puede tratarse de un procedimiento unilateral (Constitución votada por el cuerpo electoral o sus representantes, u otorgada por el monarca) o bilateral (pacto entre el monarca y el cuerpo electoral o —más probablemente— su representación). Cuando hay intervención del cuerpo electoral, debe distinguirse según que ella sea puramente representativa, directa o semidirecta (es decir: según que intervenga sólo a través de sus representantes, o que además del texto deliberado y adoptado por éstos se someta a su ratificación, o que un texto sea sometido directamente a su aprobación, sin pasar por la deliberación de un órgano representativo).

8. LA COSTUMBRE CONSTITUCIONAL. — Los hechos muestran que "salvo muy raras excepciones el régimen político efectivamente en vigor en un Estado no reproduce sino de una manera muy in-

(40) BISCARETTI, *op. cit.*, p. 78; *conf.* HELLER, *op. cit.*, p. 304-305.

(41) Cf. Francisco A. BAUZA, "La Constitución uruguayana", en *Estudios Constitucionales*, Biblioteca Artigas, Montevideo, 2ª ed., 1953, p. 3-72; - Eduardo JIMENEZ DE ARECHAGA (h.), *La primera Constitución de nuestro Estado*, en "Revista del Centro Estudiantes de Derecho", t. 12, p. 65, Montevideo, 1938.

fiel el modelo inscrito en la Constitución" (42), —suponiendo que haya una Constitución escrita. Quiere decir, pues, que no puede negarse un cierto papel a la práctica en esta materia, incluso donde hay una Constitución escrita.

Sin embargo, el problema no se resuelve tan simplemente, sino que consiste en saber si estos usos —luego de "perpetuados por la tradición" que les da "una autoridad que volvería difícil, llegado el caso, su desconocimiento" (43) tienen o no valor jurídico.

Un primer punto resulta claro: no alcanza con un uso más o menos repetido de cualquier naturaleza para que exista costumbre. Se necesitan diversos requisitos, por un lado relativos al uso mismo, y por otro relativos a la convicción que acompaña (o no) a ese uso en la conciencia general. En el primer respecto, señala PRÉLOT que el uso debe estar formado por hechos repetidos (de tal modo que se conviertan en "precedentes"), durables (prolongados en el tiempo, sin que pueda fijarse una extensión determinada), constantes (todos en el mismo sentido, sin excepciones que, como la segunda y la tercera reelecciones de FRANKLIN D. ROOSEVELT frente al caso de GEORGE WASHINGTON, "deroguen" un precedente) y nítidos (no susceptibles de interpretaciones equívocas). Por otro lado, es necesaria la apreciación de valor, la *opinio juris* que los consagre no ya como hechos, sino como "la expresión en Derecho de una regla política, válida por su fundamento propio, o por equivalencia con la legislación escrita" (44).

Pero además es necesario examinar cuidadosamente el problema de las relaciones de la costumbre en materia constitucional con los textos constitucionales escritos. Donde no existan esos textos, o donde ellos no cubran toda la materia constitucional, será posible que la costumbre se convierta en fuente del Derecho constitucional, como costumbre *præter legem* (45). Incluso puede admitirse ese papel, con salvedades, donde la Constitución es escrita pero no rígida, y tal vez pueda allí reconocerse asimismo una costumbre *contra legem*: el problema se planteará en las mis-

(42) BURDEAU, *op. cit.*, p. 281.

(43) BURDEAU, *op. cit.*, p. 282.

(44) PRÉLOT, *op. cit.*, p. 183-184.

(45) Cf. Julien LAFERRIERE, *La coutume constitutionnelle - Son rôle et sa valeur en France*, en "Rev. du droit public...", 1944, p. 33.

mas condiciones que para el resto de la legislación ordinaria (46).

En cambio, donde existe una Constitución escrita y rígida el problema se plantea en términos distintos, y resulta a nuestro entender imposible admitir a la costumbre como tal en cualquiera de sus formas. Algunos autores —especialmente franceses, bajo las esquemáticas leyes constitucionales de 1875— la admitían: es el caso de DUGUIT, HAURIU, ROLLAND, CAPITANT, RÉGLADE, etc. (47), quienes sin embargo discrepaban en cuanto a su alcance. Contra esta posibilidad se pronunció categóricamente CARRÉ DE MALBERG, señalando que como "la característica de la Constitución... es la de ser una ley que posee una potestad reforzada, en tanto que no puede ser modificada por una ley ordinaria"... "esta consideración, por sí sola, basta para excluir la posibilidad de un Derecho constitucional usual. Los términos Constitución y costumbre son incompatibles, pues no siendo escrita la costumbre, para modificarla no se precisa procedimiento alguno de revisión" (48). Como señala LAFERRIERE, "frente a la Constitución escrita, la costumbre constitucional presenta esta causa de inferioridad irremediable: que los factores que le dieron nacimiento pueden ser cambiados, abandonados o invertidos sin el empleo de este procedimiento especial, único por el cual puede operarse la modificación de la Constitución escrita" (49).

El valor de la costumbre ante una constitución rígida sería exclusivamente, como señala el mismo LAFERRIERE, el de un importante criterio de interpretación de las normas escritas vigentes, cuando éstas puedan entenderse de más de una forma, o hayan dejado un vacío a ser llenado por el intérprete (50).

(46) Cf. BURDEAU, *op. cit.*, p. 284-285.

(47) Léon DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, 2ª ed., 1929, p. 263 y 287; - Louis ROLLAND, "Revue du droit public...", 1924, p. 49; - René CAPITANT, Conferencia publicada en "Gazette du Palais", 20-II-1930, y *Le droit constitutionnel non écrit*, en "Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény", t. III, p. 1; - RÉGLADE, tesis citada, p. 121.

(48) Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Teoría general del Estado* (trad. esp. de la *Contribution à la Théorie Générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*), Fondo de Cultura Económica, México, 1948.

(49) *Loc. cit.*, p. 39.

(50) *Loc. cit.*, p. 42.

No podemos olvidar textos como el art. 4º de nuestra Constitución según el cual "La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el *derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará*". Quiere decir que por ningún otro "modo" que el que la Constitución indica podrán establecerse las "leyes" —incluida, por supuesto, la Constitución misma cuyo procedimiento de reforma se regula minuciosamente— de la Nación.

CARL SCHMITT, partiendo de su concepción particular de la Constitución como decisión política, señala que existen puntos en que las decisiones contenidas en la Constitución encierran un compromiso entre las distintas orientaciones que influyeron en su formación: p. ej., en la Constitución de WEIMAR se ve un "carácter mixto" entre concepciones burguesas y socialistas en la parte relativa a los derechos y deberes fundamentales de los alemanes (51). Pero sus disposiciones contienen además "compromisos apócrifos", así llamados porque "no afectan a decisiones objetivas logradas mediante transacciones, sino que precisamente consiste su esencia en alejar y aplazar la decisión", en "una fórmula que satisfaga todas las exigencias contradictorias y deje indecisa en una expresión anfibológica la cuestión litigiosa misma". El caso típico, para él, estaba en las disposiciones sobre la Iglesia y el Estado y sobre la organización de las escuelas. El resultado es que la decisión política sobre esos puntos ha de recaer "fuera de los procedimientos y métodos constitucionalmente previstos", viniendo de "una simple ley... o acaso un sencillo precedente cuya eficacia ulterior sólo es explicable si se quiere reconocer en él la voluntad del pueblo como sujeto del poder constituyente". Este último fue el caso de la decisión francesa en favor de la República después de las indecisas leyes constitucionales de 1875 (52). A nuestro entender, sin embargo, del propio texto de las leyes constitucionales de 1875 surgía ya establecido un régimen republicano, por más que se hubieran dejado las puertas abiertas para una eventual revisión por cauces bastante sencillos, y por más que hubiera resabios monárquicos (p. ej., en la integración del Senado). El hecho es que la revisión del primitivo texto republicano no se produjo, y que al contrario fueron derogados

(51) *Op. cit.*, p. 35.

(52) *Op. cit.*, p. 33-41.

los textos que contenían resabios monárquicos, y se dispuso que "la forma republicana de gobierno no puede ser objeto de ninguna proposición de revisión" (ley constitucional de 14-VIII-1884, que agrega el texto transcrito al art. 8º de la ley constitucional de 25-II-1875). La "decisión política" se canalizó pues como corresponde en un régimen de constitución rígida: en el funcionamiento (o no) del poder de revisión.

Otros casos que se pretende presentar como "costumbres constitucionales" bajo una Constitución rígida no implican más que una práctica sin valor jurídico o normativo, por más que tenga indudable importancia desde el punto de vista político y para el conocimiento del real funcionamiento de las instituciones (53).

Una verdadera costumbre con valor de norma jurídica no existe cuando simplemente se trata de una práctica limitada a consagrar o confirmar (como en el citado caso de la Tercera República Francesa) una norma escrita, por más vaticinios de vida corta y precaria que se hubieran formulado a su respecto al dictarse. Tampoco valdrá como tal costumbre si ha necesitado (como en ese caso) de una formal revisión de la Constitución para imponerse, o si no existe manera ninguna de sancionar sus "transgresiones", es decir, si la práctica en contrario puede producirse sin consecuencia jurídica alguna.

Por ejemplo, no cabe duda de que la competencia de los partidos políticos de denunciar ante la Corte Electoral la actividad política prohibida de ciertos magistrados y funcionarios enumerados en el art. 77 inc. 4 de nuestra Constitución ha caído en desuso. ¿Podría por ello pensarse que ha quedado derogada la norma respectiva, por una costumbre contraria? De ninguna manera: cualquier denuncia que, quebrando ese desuso, se produzca, deberá merecer la misma atención y tendrá las mismas consecuencias que si el desuso no existiera. Lo mismo cabe decir frente al caso opuesto, de costumbre positiva en contra de un texto constitucional: no serviría de excusa en caso de que se pusieran en marcha los respectivos procedimientos para responsabilizar a los que han vuelto a ajustar su conducta a la norma constitucional, por

(53) Cf. LAFERRIERE, *op. cit.*, p. 24-29; - Benjamin AZKIN, *La désuétude en Droit constitutionnel (Quelques conséquences pour le droit anglais)*, "Rev. dr. public", 1928, p. 697 ss.

más uso en contrario que hubiera. "Cuando una autoridad quiera volver a la observancia de las prescripciones constitucionales", dice BURDEAU, "no se podrá oponerle los usos establecidos o los hábitos admitidos para calificar de inconstitucional su actitud. No existe ninguna clase de prescripción extintiva en Derecho constitucional que permitiera sustituir por una regla nacida de la repetición de precedentes, la regla escrita extinguida por desuso" (54). Por más que pueda admitirse en que ciertos casos la costumbre es una expresión "viva" de la voluntad del soberano, frente a la letra "muerta" de algún texto, ello nunca será admisible frente a una Constitución rígida, porque "hay, en el hecho de la redacción y de la fijación de un procedimiento de revisión, la indicación de una voluntad que prefiere a la flexibilidad de una regla que evoluciona, la rigidez de un principio al cual no se podrá modificar sino según ciertas formas... No es pues invocando el significado formal de la Constitución rígida que establecemos su superioridad frente a todo otro modo de expresión del Derecho. Es teniendo en cuenta su valor profundo prescrito a la vez por una preocupación política legítima y por las exigencias de un orden jurídico estable... Nadie puede decir si la nación, que hoy consiente en ciertas prácticas que se separan (de la Constitución), no llegará algún día a invocar esta garantía" (55).

Todo ello, naturalmente, siempre que el grado de observancia de la Constitución escrita globalmente considerada se mantenga dentro de la tensión que señalaba KELSEN como necesaria (56), pues de lo contrario estaremos asistiendo a la pérdida general de vigencia y validez del orden jurídico que en ella se funda.

En cambio, la costumbre con verdadero valor de norma jurídica constitucional extrae su validez sólo de los elementos que la integran —sin recurrir a una consagración formal—, y su observancia está respaldada por la posibilidad de una sanción jurídica. Así, la parte consuetudinaria de la Constitución británica no se apoya en textos formales, y está formada por reglas "derivadas de la costumbre general, de la tradición, de las máximas hechas por los jueces, conocidas con el nom-

(54) *Op. cit.*, p. 284.

(55) *Op. cit.*, p. 287-289. El punto está clarísimamente decidido por el art. 4º de nuestra Constitución, ya citado.

(56) *V. supra*, § 5.

bre de "common law" [que] son sancionadas por los tribunales" (57). Al decir de DICEY, dentro de este rubro caben normas tan esenciales para el Derecho público inglés como éstas: "el rey no puede proceder mal"; "la corona no tiene ningún poder para dispensar de la obligación de obedecer a la ley"; "siempre hay un individuo legalmente responsable de cada acto de la corona" (regla que contiene en sí toda la responsabilidad ministerial); y derechos tan fundamentales como el derecho a la libertad individual, el derecho de reunión pública y muchos otros. Tanto aquellos principios como estos derechos son hechos valer ante y por los tribunales, lo cual es para DICEY la prueba de su carácter jurídico (58).

9. LOS CONVENCIONALISMOS CONSTITUCIONALES O "CONVENCIONES DE LA CONSTITUCIÓN". — Justamente en este punto hace hincapié DICEY para negar carácter jurídico a otro conjunto de prácticas constitucionales, de formación más reciente y más móviles o cambiantes, en su mayoría relativas al uso de la prerrogativa de la Corona o de privilegios del Parlamento que, en Derecho estricto, tenían carácter discrecional.

Estas "convenciones de la Constitución" o convencionalismos constitucionales comprenden una importantísima cantidad de prácticas, que forman la parte sustancial del régimen político británico, tales como las que indican que el rey no puede vetar una ley votada por las dos Cámaras del Parlamento; que los Ministros deben dimitir cuando han perdido la confianza de la Cámara de los Comunes; que un Gabinete derrotado en una cuestión vital, puede apelar al país por medio de una disolución, pero sin derecho a disolver el Parlamento por segunda vez si las elecciones muestran un pronunciamiento adverso; que el Gabinete es responsable solidariamente ante el Parlamento de la conducción general de los asuntos; que el partido mayoritario en la Cámara de los Comunes tiene, en general, el derecho de tener sus líderes en el poder, debiendo en principio el más influyente de ellos ser el Primer Ministro; que el Parlamento debe ser convocado por lo menos una vez por año, etc. Buscando resumir su objeto, dice DICEY que

(57) Albert Venn DICEY, *Introduction à l'étude du Droit constitutionnel*, trad. fr., Bibliothèque Internationale de Droit Public, Paris, 1902, p. 21.

(58) *Op. cit.*, p. 22-23.

"todas tienen un fin supremo. Tienen por finalidad asegurar que el Parlamento o el Gabinete, que es nombrado indirectamente por el Parlamento, llevará, en definitiva, a la práctica la voluntad de este poder que, en la Inglaterra moderna, es el verdadero soberano político del Estado: la mayoría de los electores, o —para servirnos de una expresión popular pero no totalmente exacta— la nación" (59).

A pesar de que constituyen la parte más importante del régimen británico —como vimos—, DICEY les niega, como la doctrina británica en general, el carácter de verdaderas normas jurídicas: "no son, en realidad, leyes propiamente dichas, desde que no son sancionadas por los tribunales" (60). Su sanción no está —como han sugerido algunos— en el posible uso del "impeachment" o juicio político, pues éste cayó en desuso, y podría provocar lo que más se trataba de evitar con las convenciones de la Constitución (la no convocatoria del Parlamento). Tampoco considera DICEY suficiente señalar que "la obediencia a los preceptos convencionales de la Constitución está garantida por la fuerza de la opinión pública". En realidad, su única sanción es de carácter indirecto, y consistiría en que, si el Gabinete o la Corona dejan de cumplir con uno u otro de estos usos, se encontrará con que va a entrar "inmediatamente en conflicto con la ley del país". Si, p. ej., no se convoca al Parlamento durante dos años, caducarían ciertas leyes de autorización anuales, y el gobierno quedaría inhabilitado para mantener la disciplina del ejército (porque caducaría la "Mutiny Act"); para cobrar los impuestos; para aplicar los ingresos a los gastos de gobierno, etc. Y si quisiera violar la ley y seguir adelante, se encontraría con que necesita la connivencia o la ayuda de numerosas personas, algunas de las cuales (como el contralor general, los gobernadores del Banco de Inglaterra, etc.) no pertenecen a la administración. Si un Gabinete derrotado por el Parlamento no se retirara ni disolviera a éste se encontraría en la misma situación, porque no podría obtener la aprobación de tales leyes. En conclusión, "las convenciones de la Constitución no son leyes; pero, en tanto que poseen una fuerza obligatoria, extraen su sanción del hecho de que todo el que las viole debe finalmente violar en definitiva la

(59) *Op. cit.*, p. 23-24 y 324-331.

(60) *Op. cit.*, p. 21.

ley e incurre en las penas infligidas a los contraventores" (61).

La argumentación no llega a convencer del todo. "Por cierto" —dice BURDEAU— "el Derecho inglés no pasa por ser el refugio de la lógica, pero hay límites para lo irracional, aunque más no fuera el principio de contradicción que se opone a que una regla (el Derecho estricto) esté a la vez en vigor y sin efecto, en tanto que otra (la convención) sería sin valor y obligatoria". Es que, en realidad, "cuando los gobernantes quieren hacer producir efecto jurídico a un acto cumplido según el espíritu de una convención, lo revisten de las apariencias previstas por la Constitución legal que son las únicas capaces de validar jurídicamente el acto de que se trata". No hay dos series de materias, una regulada por el Derecho estricto y otra por las convenciones, sino que "Derecho estricto y convenciones se superponen: las convenciones proveen al Derecho estricto su sustancia actual, son «la carne que reviste los huesos desecados de la ley», en tanto que el Derecho estricto procura autoridad jurídica a los actos cumplidos conforme a las convenciones" (62).

RÉGLADE considera que son verdaderas costumbres jurídicas —y en un país de Constitución flexible ello no encuentra obstáculos—, que "son verdaderos acuerdos entre los diversos tenedores del poder", y "en cualquier concepción del Derecho que no sea la de Inglaterra serían consideradas reglas jurídicas". Es que "tienen como soporte una norma jurídica" —la que indica quién es el soberano, como reconoce DICEY—, y resultan por lo tanto (utilizando la terminología de DUGUIT) "las reglas constructivas formadas consuetudinariamente que constatan y ponen en práctica la norma de Derecho constitucional superior que es la base misma del régimen inglés". Es verdad que no son aplicadas por los tribunales, pero ello no es necesario en la concepción general del Derecho; y, además, muchas de estas reglas (p. ej., la de la disolución de la Cámara baja y la de la responsabilidad ministerial) han pasado a integrar algunas Constituciones escritas, como las francesas de 1875 (única que RÉGLADE, naturalmente, citaba), 1946 y 1958; la generalidad de las Constituciones

parlamentarias europeas, e incluso, parcialmente, las Constituciones uruguayas de 1934, 1942, 1952 y 1967, "donde todo el mundo considera que tienen un valor jurídico, aunque no sean sancionadas por la coacción social. ¿Han adquirido carácter jurídico porque al atravesar el estrecho se convirtieron en reglas escritas?" (63).

Son, pues, reglas de formación consuetudinaria, y su valor jurídico deberá ser examinado junto con el de todas las normas constitucionales (64).

III

LA CONSTITUCION DESDE EL PUNTO DE VISTA FORMAL

10. LA DISYUNTIVA. — El problema consiste en saber si el conjunto de normas denominado Constitución ha de tener, en la escala normativa, la misma posición que la legislación ordinaria, o si se destacará de ella por su rango formal. BRYCE, buscando una clasificación definida y característica de las Constituciones, consideró haberlo hallado "en la relación de cada Constitución con las leyes ordinarias y con la autoridad ordinaria que las dicta".

"Algunas Constituciones, entre ellas todas las que pertenecen al tipo más viejo" —sean consuetudinarias o escritas— "están a igual nivel que las otras leyes del país, . . . proceden de las mismas autoridades que hacen las leyes ordinarias y son promulgadas o abolidas según el mismo procedimiento que aquéllas" . . . "Otras Constituciones, la mayoría de ellas pertenecientes al tipo más moderno o estatutarias, están por encima de las otras leyes del país que regulan. El instrumento —o instrumentos— en que están contenidas estas Constituciones no procede de la misma fuente que las otras leyes, es promulgado por procedimiento distinto y posee mayor fuerza" (65). La denominación a asignar respectivamente a estos dos tipos de Constituciones ha sido dada por el mismo BRYCE en 1901 con éxito, pues ha pasado a ser de uso general. Tras haber pensado en llamarlas

(63) *Op. cit.*, p. 160-167.

(64) *V. infra*, § 15.

(65) *Op. cit.*, p. 19-20. V. también STRONG, *op. cit.*, p. 67-68 (en general), 135-150 (constituciones flexibles en Derecho comparado) y 152-170 (constituciones rígidas en Derecho comparado).

"cambiantes y estáticas" o "fluidas y sólidas o cristalizadas", se decidió por otra metáfora más sencilla que, aunque no perfecta, parece preferible. "Las Constituciones del tipo más antiguo pueden llamarse *flexibles*, porque poseen elasticidad (66) y se adaptan y alteran sus formas sin perder sus características principales. Las Constituciones de tipo más moderno no poseen esta propiedad, porque su estructura es dura y fija. Por lo tanto, no hay inconveniente en darles el nombre de Constituciones *rígidas*" (67).

Vinculado con este punto está el de saber si la Constitución ha de definirse conforme a un criterio formal o a un criterio material.

Conforme al primero, formarán parte de la Constitución las normas creadas por un procedimiento o un órgano especial, cualquiera sea su contenido. Para algunos autores, como p. ej., CARRÉ DE MALBERG, es el único que tiene valor, porque "en Derecho, el criterio que permite distinguir las leyes constitucionales de las leyes ordinarias reside únicamente en un elemento de forma, pues el concepto de Constitución es puramente formal" (68). Puede ocurrir que su contenido coincida total y exclusivamente con el de la Constitución en sentido material; pero puede también ocurrir que contenga *no sólo* normas constitucionales en sentido material, sino también normas a las que, por una razón u otra, se les ha querido dar la especial fijeza de la Constitución formal. O bien puede suceder que *no todas* las normas constitucionales en sentido material estén contenidas en la Constitución formal, siendo entonces necesario (como en el señalado caso de las leyes constitucionales francesas de 1875) que se dicten "leyes orgánicas" por su contenido, pero de jerarquía igual a la de las leyes ordinarias.

Conforme al segundo sentido, se llamará "Constitución" a todas las normas relativas a la materia constitucional (69), sea cual sea el procedimiento seguido para crearlas, el órgano que las creó, y su consiguiente rango normativo.

Aunque no ocurre necesariamente así, la adopción del primer sentido se ve notablemente favo-

(66) Es frecuente que la doctrina italiana hable de Constituciones "elásticas", o de la "elasticidad" del Estatuto albertino.

(67) *Op. cit.*, p. 25-26.

(68) *Op. cit.*, p. 1238.

(69) *V. infra*, § 14.

recida en los Estados en que la Constitución tiene rango superior al de la ley ordinaria; y la del segundo en aquéllos en que tal rango es igual (pues no habría otro criterio para delimitar el campo de las normas constitucionales).

En nuestra opinión, donde la Constitución es flexible no puede naturalmente adoptarse más que el criterio material. Donde es rígida, deberán combinarse ambos criterios, predominando el formal en cuanto no podrá desconocerse el carácter fundamental que jurídicamente tiene toda disposición contenida en la Constitución en sentido formal. En el plano de la teoría general —o *de lege ferenda*, cuando el constituyente debe determinar qué contenido ha de darle a la Constitución y qué ha de dejar para la ley ordinaria— no es posible prescindir del criterio material.

11. CONSTITUCIONES FLEXIBLES. — Constituciones flexibles son, como queda dicho, aquéllas que pueden ser modificadas por el mismo procedimiento y por los mismos órganos que la ley ordinaria, y tienen en consecuencia un rango normativo igual. Para ello es indiferente que la Constitución sea escrita o consuetudinaria (70), o que esté constituida en parte por normas escritas y en parte por normas consuetudinarias. Así, p. ej., en Gran Bretaña una ley dictada por el Parlamento puede modificar cualquier parte de la Constitución, pertenezca ella al sector de *common law* o al legislado.

Podrá, eso sí, ocurrir que la importancia de la materia constitucional como tal haga reflexionar más detenidamente, "pensarlo dos veces", antes de dictar una ley modificatoria en ese campo. Pero formalmente nada impide que se dicte, no sólo por los mismos órganos y siguiendo el mismo procedimiento que las leyes sobre cualesquiera otras materias, sino, incluso, abreviando los trámites si ello es posible y la urgencia del caso lo impone. Como señala BRYCE —comparando con la aprobación en pocas horas de una Ley de Explosivos, suspendiendo para ello los reglamentos vigentes (*standing orders*) de la Cámara de representantes—, "igualmente, podrían ser abolidos los preceptos y principios más sagrados de la Constitución con la misma rapidez con que la Ley de Explosivos fue aprobada y sin ningún quebrantamiento".

(70) Cf. BRYCE, *op. cit.*, p. 20.

(61) *Op. cit.*, p. 343-350.

(62) BURDEAU, *op. cit.*, p. 33-34. La cita que él hace es de William Ivor JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 1943, p. 81.

to de la legalidad más perfecta. No se exceptúa de esto ni la Carta Magna ni el *Bill* de Derechos (una de las leyes más fundamentales de Inglaterra), ni la Ley de sucesión al Trono (*Act of settlement*). Muchos cambios importantes, de todas maneras, "se han llevado a cabo después de largas y reñidas controversias", pero "los dos cambios más importantes —la unión con Escocia y la unión con Irlanda— están, con todo, entre los que se efectuaron más rápidamente" (71).

En estos casos, para determinar qué parte de la legislación o de la costumbre tiene carácter constitucional será necesario —como ya indicamos— recurrir al concepto material de Constitución. Este hace, siempre, que sea "la ley suprema del Estado", con "supremacía material" derivada de que —señala BURDEAU— "funda jurídicamente la idea de Derecho dominante al enunciar y sancionar el finalismo de la institución estatal", y por otro lado "organiza competencias" (72).

12. CONSTITUCIONES RÍGIDAS. — Pero existe también una supremacía formal de ciertas Constituciones, las llamadas por BRYCE "rígidas". No son éstas, por cierto, aquellas Constituciones que no pueden reformarse en absoluto, aunque no han faltado textos constitucionales que prohibían su reforma, por lo menos durante ciertos plazos (73), en ciertas circunstancias (74) o con relación a ciertas disposiciones (75). Pero no es posible pretender una inmutabilidad absoluta.

Constitución rígida es, propiamente, la que sólo puede ser modificada por órganos o según procedimientos distintos a los de la ley ordinaria, y que tiene consiguientemente un grado normativo o una jerarquía superior a la de ésta. Se ha seña-

(71) BRYCE, *op. cit.*, p. 43-44 y nota 1.

(72) *Op. cit.*, p. 181-184. V. *infra*, § 14.

(73) Cf. Const. francesa de 1791, que la prohibía a las dos primeras legislaturas; Const. de los Estados Unidos de América (1787), que prohibía la revisión de ciertos artículos antes de 1808 (Art. 1º, Sección IX, 4).

(74) P. ej., en caso de ocupación del territorio por tropas extranjeras: art. 94 Const. francesa de 1946 (basado en el triste precedente de la revisión de Vichy, el 10-VII-1940), o "mientras sufra menoscabo la integridad del territorio" (art. 89 Const. francesa de 1958).

(75) P. ej., la "forma republicana de Gobierno": art. 8º ley const. francesa de 25-II-1875, texto agregado por la ley const. de 14-VIII-1884; art. 95 Const. francesa de 1946, y 89 inc. final Const. de 1958; art. 139 Const. italiana; art. 217 par. 6 Const. brasileña de 1946 (que también comprenden las enmiendas dirigidas a abolir la federación), etc.

lado que, así como no hay grados en la flexibilidad de una Constitución (porque, simplemente, su reforma puede hacerse igual que la de una ley ordinaria o no), lo contrario ocurre con la rigidez de las Constituciones. Desde el momento en que aparece una diferencia, por mínima que sea, con las leyes ordinarias, estaremos en presencia de una Constitución rígida, pero según la mayor o menor complicación del procedimiento de reforma constitucional, ella será más o menos rígida. En sentido estático, empero (es decir: como norma ya creada) no hay grados de rigidez: es, sencillamente, una norma de jerarquía superior a la de la ley ordinaria.

De la caracterización indicada de las Constituciones rígidas surgen estos elementos fundamentales que la distinguen de la ley ordinaria.

a) *Organos distintos*. La reforma de la Constitución rígida se confía normalmente a órganos distintos a los que tienen competencia para dictar la ley ordinaria. No será ya el Poder Legislativo corriente, sino (alternativa o acumulativamente) una asamblea especialmente elegida a este propósito, o el cuerpo electoral directamente, o las Cámaras reunidas en lugar de actuando separadas como para la ley ordinaria, o cierta intervención directa de los Estados miembros del Estado Federal. Es un detalle en el que no nos resulta posible entrar.

Pero puede también ocurrir que sean los propios órganos encargados de dictar la ley ordinaria los competentes para reformar la Constitución.

b) *Procedimiento especial*. Entonces, la Constitución sólo será rígida si esos órganos deben seguir para su reforma un procedimiento especial, distinto al seguido para la ley ordinaria (exigencia que también puede acumularse a la necesidad de intervención de otros órganos). Por ejemplo, puede exigirse más de una votación, separadas entre sí por un lapso predeterminado, o por la elección de nuevo Parlamento; mayorías especiales, etc. Tampoco podemos entrar en su detalle.

c) *Grado normativo superior*. Como consecuencia de lo anterior, la Constitución rígida tiene una jerarquía superior, un grado normativo más elevado que el de la ley ordinaria, y debe prevalecer sobre ella en caso de conflicto. Esa superioridad se hará valer a través de los órganos especiales de control de constitucionalidad de las le-

yes, si los hay, y en caso de no existir éstos por los jueces ordinarios, que deben aplicar en cada caso que se les someta todas las normas jurídicas relativas a él, dando primacía a las de jerarquía más elevada (76). Tampoco podemos, por la extensión del presente trabajo, entrar en el detalle de los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes, o de las consecuencias que respecto a la "delegación de competencias" tiene la rigidez de la Constitución.

IV

LA CONSTITUCION DESDE EL PUNTO DE VISTA MATERIAL

13. EL PROBLEMA. — Este punto se refiere a la materia, la sustancia o el contenido de la Constitución, y puede dividirse en tres aspectos:

a) ¿Cuál es ese contenido, o de qué temas trata la Constitución?

b) Ese contenido ¿tiene, en todo o en parte, carácter de norma jurídica?

c) Admitido que sea una norma jurídica o un conjunto de normas jurídicas, ¿dentro de qué clase de normas jurídicas, en sentido material, puede ubicarse?

14. EL CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN. — La Constitución es la parte fundamental, la cima del ordenamiento jurídico, y como tal se ocupa de dos grandes órdenes de temas:

a) En primer término, de la organización de las autoridades y la distribución de competencias. Es la llamada "parte orgánica", imprescindible en toda Constitución. Aunque esté en una forma sólo esquemática, como en las tantas veces citadas leyes constitucionales francesas de 1875, nunca puede faltar. Desde que en el Estado el poder no se ejerce por derecho propio, sino conforme al estatuto institucional, es necesario que la Constitución determine quiénes han de cumplir la función

(76) Cf. BARILE, *op. cit.*, p. 89-100; H. BERTHELEMY et Gaston JEZE, *L'inconstitutionnalité des lois en Roumanie*, "Rev. dr. public", 1912, p. 139; Gáston JEZE, *Le contrôle juridictionnel des lois*, "Rev. dr. public", 1924, p. 389; Léon DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, t. III, p. 669; Maurice HAURIOU, *Précis de Droit constitutionnel*, 1929, p. 281.

política, y en qué condiciones han de hacerlo (77). Correspondería fundamentalmente al objeto de lo que PRÉLOT llama "Derecho público constitucional" (78).

b) Por otro lado, es necesario que se determine —y éste es el contenido de la llamada "*parte dogmática*"— cuáles son las finalidades del Estado, cuál es el orden jurídico (que la Constitución tiende a imponer, cuál es —utilizando la terminología de BURDEAU— la "idea de Derecho" que se ha encarnado en esa institución estatal (79). Esta idea de Derecho se expresa ya en normas que establecen directamente derechos y deberes para los individuos —el "Derecho público relacional" de PRÉLOT (80)—, ya en las que definen el régimen (81) o designan al titular de la soberanía (82), ya indirectamente en ciertas disposiciones técnicas (83), o implícitamente en el conjunto de las instituciones políticas, su organización, y la posición y las relaciones entre los distintos órganos. Como dice BURDEAU, "en una Constitución no hay ni una sola disposición que pueda pretender neutralidad" (84). Puede ocurrir que la Constitución no tenga "parte dogmática", o que apenas la tenga. De todos modos, estará implícito en las normas mencio-

(77) Cf. BURDEAU, p. 134 y s.

(78) *Op. cit.*, p. 28.

(79) *Op. cit.*, p. 102 y s.

(80) *Op. cit.*, p. 28.

(81) P. ej., "Italia es una República democrática, fundada sobre el trabajo" (art. 1º Const. italiana), o "la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas es un Estado socialista de obreros y campesinos" (art. 1º Const. URSS), o incluso, "la República Oriental del Uruguay es la asociación política de todos los habitantes comprendidos dentro de su territorio" (art. 1º Const. uruguaya).

(82) Ver, p. ej., el contraste entre "la soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará" (art. 4º Const. uruguaya), y "todo el poder en la URSS pertenece a los trabajadores de la ciudad y del campo representados por los soviets de los diputados de los trabajadores" (art. 3º Const. URSS), "que crecieron y se afianzaron a consecuencia del derrocamiento del poder de los grandes terratenientes y de los capitalistas, y gracias a la conquista de la *dictadura del proletariado*" (art. 2º).

(83) Así p. ej. el art. 25 Const. francesa de 1946, que al establecer un Consejo económico e indicar que era obligatorio consultarlo acerca de un "plan económico nacional teniendo por objeto el pleno empleo de los hombres y la utilización racional de los recursos materiales", implicaba ya una opción por la economía dirigida, o por lo menos concertada.

(84) Cf. *op. cit.*, p. 102-113.

nadas, o en las que organizan los poderes públicos y les asignan competencias (p. ej.: poder constituyente atribuido a una Asamblea o a un hombre; voto universal o censitario, etc.) el sentido, la finalidad de esa institución estatal.

Con estos dos grandes órdenes de temas, la Constitución pone efectivamente la base de todo el ordenamiento jurídico estatal, determinando quiénes y cómo han de ejercer la autoridad, y en qué sentido y dentro de qué límites han de utilizarla. Es la "ley fundamental" del Estado.

Colocándose en otro punto de vista, es posible distinguir dentro de los textos constitucionales disposiciones que son susceptibles de aplicación inmediata, sin necesidad de la actuación de los órganos constituidos, y otras —las llamadas disposiciones programáticas— que no indican más que una obligación de quienes actúan como soportes de los órganos del Estado de actuar o no actuar en un sentido determinado. Corrientemente se hace esta distinción con relación a las disposiciones de carácter no organizativo, pero —como veremos— puede referirse, en idénticos términos, a la parte orgánica.

—1º) Existen disposiciones que establecen inmediatamente los diversos órganos constitucionales y les asignan sus competencias (85) o que crean inmediatamente derechos, deberes o garantías (86). En algunos casos se ha discutido la inmediata aplicación de algunas de las normas de esta segunda categoría, por lo que resulta conveniente una disposición como la contenida en el art. 332 de la Constitución uruguaya, según la cual "los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes

(85) P. ej.: "Habrá un Tribunal de lo Contencioso-Administrativo" (art. 307 Const. uruguaya).

(86) P. ej.: "Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad"; "todos los habitantes tienen el deber de cuidar de su salud, así como el de asistir en caso de enfermedad"; "en caso de prisión indebida el interesado o cualquier persona podrá interponer, ante el Juez competente el recurso de «habeas corpus», a fin de que la autoridad aprehensora explique y justifique de inmediato el motivo legal de la aprehensión, estándose a lo que decida el Juez indicado" (arts. 7º, 44 y 17 Const. uruguaya).

análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas".

—2º) Por otro lado, existen disposiciones de carácter programático, que marcan directivas para la acción de los órganos del Estado, obligándolos a no dictar normas de un cierto contenido, o a dictar normas de un contenido determinado. Ese contenido puede referirse tanto a la "parte dogmática" (87), a la que normalmente se le considera confinada, como a la parte orgánica (88). Es posible sancionar la inobservancia de estas normas cuando p. ej., se dicta una ley vedada por el texto constitucional, siempre que exista el recurso de inconstitucionalidad (89); "pero si no hay (ni se puede configurar) ningún procedimiento jurídico para obligar al legislador ordinario" a dictar las leyes prescritas por la Constitución, es evidente que "cuando se abstenga de estatuir... incurre, por tal vía, en una grave violación de la Constitución" (90).

15. CARÁCTER JURÍDICO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES. — Ese contenido de la Constitución, ¿tiene carácter de norma jurídica? Si ese carácter existe, ¿alcanza a todas las normas constitucionales o sólo a algunas de ellas? El problema deberá ser examinado por separado para los distintos tipos de disposiciones contenidas en la Constitución.

a) Las normas directamente obligatorias sobre derechos, deberes y garantías constituyen sin duda alguna normas jurídicas; son reglas de conducta dotadas de sanción (91).

b) Las normas orgánicas de eficacia inmediata han planteado un problema —salvo para el po-

(87) P. ej., "La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad" (art. 40 Const. uruguaya), o "El Estado propenderá al desarrollo de la investigación científica y de la enseñanza técnica" (art. 70, inc. 2º).

(88) P. ej., "se establecerá por Ley, un Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, compuesto de tres miembros" (art. 271 Const. uruguaya de 1934, y 268 de 1942).

(89) Cf. BURDEAU *op. cit.*, p. 129-130.

(90) BISCARETTI DI RUFFIA, *op. cit.*, p. 195 y bibliografía citada en nota 190 sobre el problema planteado con motivo de la demora en sancionarse las leyes necesarias para poner en funcionamiento la Corte Constitucional (art. 137 Const. italiana).

(91) No se trata de las simples "Declaraciones de derechos", sobre cuyo carácter jurídico o no se ha discutido mucho (v. el resumen de BURDEAU, *op. cit.*, p. 125-134), sino de normas contenidas en la Constitución misma.

sitivista extremo, que se contenta con que hayan sido regularmente dictadas— porque se ha señalado a su respecto la falta de imperatividad: "la orden a primera vista no aparece", dice DUGUIT. "La ley, por ejemplo, que crea y organiza la presidencia de la república y el parlamento, ¿contiene una orden? Si esta orden existe, ¿a quién es dada? No se puede hablar de orden dada al Estado. No se puede hablar de orden dada a los órganos del Estado, porque no tienen una personalidad distinta del Estado". Pero, para él, el problema desaparece siguiendo su distinción entre leyes normativas y leyes constructivas: "La ley es siempre imperativa; sólo que tiene este carácter, no porque contenga una orden propiamente dicha, sino porque formula una regla de Derecho que, por su naturaleza misma, es imperativa, o bien porque tiene por fin asegurar el respeto y la aplicación de una regla de Derecho, y entonces tiene como soporte a esta regla, que, por naturaleza, es imperativa. La ley orgánica es una ley, en sentido material, aunque no contenga verdaderamente un mandato; es imperativa porque tiene por finalidad organizar el Estado de Derecho, es decir dar al Estado la organización que parece deber garantizar, en las mejores condiciones posibles, el cumplimiento por el Estado de las obligaciones que le impone la regla de Derecho" (92).

En nuestra modesta opinión, lo fundamental es que ninguna construcción doctrinaria del Estado puede ser bastante para hacernos olvidar que el Derecho en general regula conducta de seres humanos, sea cual sea el distinto carácter que ellos invistan en cada momento; y no cabe duda de que las normas indicadas regulan conducta humana. En las normas propiamente orgánicas (está implícito un mandato: el de hacer todo lo posible para que ellas se cumplan, y el de no hacer nada que pueda ir en contra de su cumplimiento. Así p. ej., en las normas que dicen que "La Cámara de Representantes se compondrá de noventa y nueve miembros elegidos directamente por el pueblo..." etc. (art. 88 Const. uruguaya), o que "Los Senadores durarán cinco años en sus funciones" (art. 97), u otras similares, está implícito el mandato dirigido a todos los que, sea como ciudadanos, como funcionarios o como soportes de los órganos

(92) Léon DUGUIT, *Manuel de Droit constitutionnel - Théorie générale de l'Etat-Organisation politique*, Fontemoing, Paris, 1907, p. 163-8.

del Estado, están en la situación de cumplir una determinada conducta necesaria para la observancia de tales disposiciones; y el mandato dirigido a todos los demás de no hacer nada que pueda obstaculizar o alterar esa observancia. En las normas atributivas de competencia, está más claramente implícito el mandato de respetar esa competencia y tener como válidas y obligatorias las decisiones regularmente emanadas de los órganos a los que ella fue asignada.

Otro es el problema de la sanción, el "quis custodem custodet". Como se sabe, esta diferencia en la sanción es para DUGUIT uno de los elementos fundamentales que permiten hacer cierta distinción entre el Derecho público y el Derecho privado (93). Es algo que hay que tratar de hacer efectivo mediante sistemas de reparto de competencias, de modo que sean distintos individuos los encargados de ejercerlas (aunque sin llegar a extremos que paralicen la acción del Estado), o dejar a las "sanciones inorgánicas" (94).

Para otro grupo doctrinario el problema resulta obviado, pues entienden —como BARILE (95)— que la sanción coactiva no es un elemento esencial de la norma jurídica. La juridicidad de estas disposiciones la fundan en las mismas razones que se verán de inmediato a propósito de las disposiciones programáticas.

© En cuanto a las disposiciones programáticas, implican una obligación para los legisladores fundamentalmente, y subsidiariamente para los soportes de otros órganos del Estado, que DUGUIT explicaría también recurriendo a su distinción de las leyes normativas y las leyes constructivas. Para BARILE y los autores que siguen una dirección similar (96), los principios programáticos —estén en la Constitución misma, en su preámbulo o incluso fuera de ella— tienen un carácter jurídico evidente, e incluso una "superlegalidad constitucional", porque "tienen la función de caracterización del régimen" y "son la expresión primaria del fin político". Aunque carezcan —en parte— de sanción coactiva, no dejan por ello de ser jurídicos, porque en su particular concepción del Derecho lo característico de la norma jurídica es la positividad, es decir, el que sea concretamente ob-

(93) DUGUIT, *Traité... cit.*, t. I, p. 713.

(94) BURDEAU, *op. cit.*, p. 44 y s.

(95) BARILE, *op. cit.*, p. 23-4, 28-30 y 49.

(96) V. *supra*, § 3.

servada como tal por íntima convicción, que es el producto de un juicio de conveniencia de los sujetos del ordenamiento, porque realiza el fin político de la sociedad en un momento histórico dado y en un país dado, y están garantidas por la reacción del ordenamiento mismo en caso de violación. Y, por otra parte, "imponen imperativamente al Estado (y a los ciudadanos) un comportamiento dado" (97).

En nuestra opinión, podrá señalarse que estos principios o disposiciones de carácter programático no son concretos y precisos, y que su sanción es imperfecta; pero no es posible negar que tienen una estructura imperativa, imponiendo la obligación de hacer lo necesario para llevarlos a la práctica y de no adoptar ninguna conducta contraria a ellos (además de servir de guía en la interpretación y en la aplicación de las normas jurídicas) (98).

16. LA NORMA CONSTITUCIONAL COMO ACTO-REGLA. — Admitido el carácter jurídico de las normas constitucionales, se plantea el problema de ubicarlas dentro de la clasificación material de las normas jurídicas (99), es decir, determinar si constituyen un acto-regla, un acto subjetivo, un acto-condición o un acto jurisdiccional.

En cuanto a las disposiciones de la "parte dogmática", no cabe duda de que se trata de actos-regla; el problema se plantea acerca de la natura-

leza de las disposiciones orgánicas (en ambos casos lo mismo da que se trate de disposiciones programáticas como de disposiciones de aplicación inmediata).

SAYAGUÉS entiende que deben incluirse —junto con el contrato de sociedad y el acto constitutivo de las sociedades anónimas y asociaciones— en una categoría aparte, que él define como "los actos de creación y organización de las personas jurídicas", y denomina "actos constituyentes" (100). Discrepa en ello con DUGUIT, quien los considera actos-regla, sólo formalmente distinguibles de la ley ordinaria. Nos parece que al sostener esa opinión SAYAGUÉS no está manteniendo el criterio utilizado para esta clasificación de los actos jurídicos, que radica en la doble oposición de lo general y lo particular y lo objetivo y lo subjetivo. Las combinaciones lógicamente posibles de esos caracteres se agotan con la tripartición de actos-regla (generales y objetivos), actos-condición (particulares y objetivos) y actos subjetivos (particulares y subjetivos).

No parece, además, difícil caracterizar a las normas constitucionales de carácter orgánico como actos-regla, desde que se trata de disposiciones objetivas y de carácter general, que se aplicarán a una serie eventualmente infinita de casos similares sin agotarse en la primera aplicación. A ello conduce tanto la opinión de DUGUIT, que ve en ellos una regla constructiva (101), como la opinión que respecto al contenido y el destinatario de estas normas esbozamos en el párrafo anterior.

(97) *Op. cit.*, p. 45-51.

(98) Cf. BARILE, *op. cit.*, 55-58.

(99) Cf. DUGUIT, *Traité... cit.*, t. I, p. 325 y s., y t. II, p. 418 y s.

(100) Enrique SAYAGUÉS, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 2ª edición, 1959, p. 28-31.

(101) DUGUIT, *Manuel... cit.*, p. 166-9.

☆ ☆
☆