

# Crisis y mutación constitucional

Mario Saldaña C.

*Alumno de 8avo. Ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC*

Lo que actualmente conocemos como "Estado Constitucional" o "Estado de Derecho" es un concepto relativamente nuevo en comparación a otras instituciones jurídicas de las distintas ramas del Derecho. Y no solamente eso, sino que desde sus primeras manifestaciones en las constituciones modernas y prácticas políticas hasta el día de hoy, tal institución ha evolucionado, o por lo menos variado, hacia nuevas conceptualizaciones como consecuencia de la dinámica de la sociedad occidental.

Pero no se podría entender a cabalidad este fenómeno si no se tiene en consideración que la evolución a la que aludimos es paralela y acompaña a la que se produce en la familia jurídica de la que formamos parte, ciertamente a través de las particularidades que se presentan en los distintos sistemas jurídicos que se adscriben a ella.

Pero concretando nuestra intención, diremos que el Estado Constitucional Moderno tal como fue conceptuado en los dos pasados siglos, sufre su primera "crisis estructural" a raíz y luego de la Primera Guerra Mundial, ya que todo el conjunto de principios y fundamentos de carácter axiológico acumulados por la doctrina y tradiciones jurídicas y recogidos en la mayoría de las cartas fundamentales, colisionan con realidades sociales en conflicto o cuando menos con situaciones de creciente demanda y necesidad. Es así que muchos de estos principios que se habían erigido inflexibles siglos atrás, se ven ampliamente rebasados, y con ello, la propia lógica del sistema: el por qué de la distancia del "ser" y "debe ser" jurídicos y más precisamente, la vigencia real de la Constitución y de sus postulados<sup>1</sup>. En su-

ma, podríamos decir que las estructuras constitucionales sobre las cuales las democracias europeas occidentales se veían sustentadas son severamente cuestionadas y las consecuencias de ello son diversas<sup>2</sup>.

Sin embargo, hay un fenómeno jurídico que comienza a desarrollarse en la práctica política y constitucional europea a partir de la propia interpretación de la Constitución, y en relación a las nuevas condiciones sociales y políticas: las normas y principios constitucionales, inclusive los tradicionalmente consagrados desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, requerían adecuarse a las nuevas situaciones. La inflexibilidad y el carácter de la Constitución en algunos casos, y/o el exceso de formalismo o procedimentalismo para reformar sus textos en otros, impedían que su objeto como norma política, que pretendía llevar a la práctica un conjunto de principios fundamentales en lo social, económico y en el ejercicio del poder político, cobrara vigencia.

Es en este contexto que surge la Mutación Constitucional tanto en la praxis constitucional como en su estudio doctrinario... "como un principio rector que permite la variación histórica del texto constitucional sin necesidad de pasar por el trauma de la reforma total o parcial del propio texto normativo de la Constitución. Por ello, el principio de la Mutación Constitucional es un elemento imprescindible en la moderna hermenéutica constitucional y permite la aplicación de los sistemas axiológicos y políticos que van cambiando con la realidad dinámica de una nación"<sup>3</sup>.

Al análisis de este fenómeno nos dedicaremos a continuación.

1. El fenómeno que se produce puede ser analizado desde diversas ópticas. Una apreciación dirigida al ámbito filosófico-jurídico nos llevaría a pensar que estamos ante la crisis del Positivismo como criterio de aplicación lógico-jurídico de las normas a la realidad. Una óptica sociológica o netamente política nos remitiría a la crisis del Liberalismo y de sus expresiones jurídica o políticas. O quizás la perspectiva económica nos hablaría de los síntomas del agotamiento del sistema capitalista, etc.

2. Ciertamente nos referimos a las consecuencias en el campo del Derecho. Así tendríamos que analizar el surgimiento -por ejemplo- del Derecho del Trabajo como una rama autónoma del Derecho.

3. Quiroga León, Aníbal: "La Justicia Constitucional", en Revista de Derecho N°41; PUC; Lima, 1987.

En términos generales la doctrina conceptúa a la Mutación Constitucional como el proceso por el cual un precepto constitucional expresado en el texto de la Carta, varía en cuanto a sus alcances y a su significado, mas no en el texto mismo. Sin embargo, una definición de la Mutación Constitucional requiere de una mayor precisión, para lo cual es imprescindible abordar una diferencia fundamental con la Reforma Constitucional; asimismo establecer el ámbito jurídico en el que se inscribe este fenómeno; y por último los límites que comporta el desarrollo y práctica constitucional del mismo.

En relación a lo primero, como bien señalan Fernández Maldonado y Melo-Vega Castro "La Mutación Constitucional es en rigor la reforma constitucional no formal... (..). En tal sentido, ambas (reforma y mutación) responden a una exigencia del propio sistema constitucional y resultan complementarias, aunque su actualización suponga una elección que de algún modo debe excluir la otra opción. Esto sucede así porque pierde todo sentido la Mutación Constitucional allí donde las reformas se realizan con relativa frecuencia, y en el caso inverso, cuando la rigidez y complejidad son propios de una reforma, estos y los imperativos para el acople a la realidad política serán los que motiven como alternativa la puesta en práctica de la Mutación Constitucional..."<sup>4</sup>.

Consideramos acertada esta afirmación en el sentido de ser fenómenos que por su naturaleza deberían considerarse como alternativos. Y de hecho es así, cuando se constata en la mayoría de textos constitucionales la existencia tanto de órganos como de mecanismos procesales especiales para la reforma constitucional, lo que contribuye a incrementar de manera significativa la existencia de Mutaciones Constitucionales. Fenómeno contrario se produce en países donde ya sea la práctica política o la tradición constitucional han permitido una dinámica de constante reformulación de principios básicos que se expresan en la Carta Fundamental.

Adicionalmente habría que señalar dos cuestiones en relación a este punto. La primera es que en la actualidad, así presentadas las cosas, la Mutación Constitucional se configura como un fenómeno previo o intermedio dentro del proceso histórico de reforma constitucional proceso que no necesariamente implica un período a largo plazo sino que inclusive las propias condiciones sociales pueden hacer viable dicha reforma dentro del lapso de un período político relativamente corto en relación al

tiempo de vigencia del texto constitucional<sup>5</sup>.

La exigencia de modernizar la Constitución, su adecuación a la cambiante realidad, y en definitiva, su propia supervivencia fortificada por el paso del tiempo, pero a la vez la necesidad de garantizar la estabilidad y continuidad jurídico-política de la nación, hacen que la Mutación Constitucional se convierta en la práctica en un puente de vinculación de estos factores y la reforma se constituya, en recurso ulterior al cual acudir, previo agotamiento de la Mutación como herramienta constitucional.

La segunda es que siendo coherentes con lo anterior, la reforma de la Constitución, puede ser entendida como un primer parámetro o límite a la Mutación Constitucional, en tanto la variación que se presenta no puede ser opuesta a la letra del texto mismo. Si se aceptara esa supuesta Mutación, en realidad estaríamos ante una reforma constitucional que no sigue los procedimientos especiales que la misma Carta consagra para tal efecto. Podríamos concluir entonces que la Mutación Constitucional no implica Reforma Constitucional. La Reforma es el primer gran parámetro a la Mutación Constitucional.

En lo que respecta al ámbito jurídico en el que se inscribe la Mutación Constitucional, podríamos distinguir siguiendo a Fernández Maldonado y Melo-Vega Castro, dos ámbitos o espacios en los que se puede entender y desarrollar este fenómeno. La Mutación Constitucional puede surgir como consecuencia de una interpretación normativa y en función a la natural variación histórica que sufren las palabras frecuentemente. Pero también... "cuando la dinámica política incluye prácticas y conductas que gozan de un consentimiento amplio a pesar de estar en franca contradicción con el texto constitucional"<sup>6</sup>.

Si bien podemos estar de acuerdo con esta distinción, la precisión del ámbito y límites de la Mutación no se agota en ella.

En efecto, para Hesse, no se puede prescindir de los límites de la Mutación para el desarrollo de la Mutación Constitucional: "Cuando tales parámetros faltan, entonces no cabe distinguir ya entre actos constitucionales e inconstitucionales porque la afirmación siempre posible de la existencia de una Mutación Constitucional no puede probarse ni refutarse. Esto obliga a plantear la cuestión relativa a

4. En Prensa; Fernández Maldonado, Guillermo y Melo-Vega Castro, Jorge: "Las Propuestas de Reforma Constitucional"; pp. 17; en "A Diez Años de La Constitución Peruana; Ed. Centro Constitución y Sociedad.

5. En el caso nuestro, hemos constatado que en el lapso de dos períodos gubernamentales (1980-90) se han presentado diversas iniciativas de reforma constitucional, verbigracia, reestablecimiento de la Pena de Muerte, Reelección presidencial, etc.

6. Ibidem, pp. 19.

los límites de la Mutación Constitucional, la cual no puede formalmente separarse de la cuestión relativa al fenómeno mismo de la Mutación Constitucional." 7.

A raíz de esta afirmación Hesse explicita el tratamiento que la doctrina alemana ha desarrollado respecto del fenómeno de la Mutación Constitucional (Verfassungswandlung). Queda claro para este autor que hay dos maneras de entender el sentido de aquella. Una primera como fenómeno que se origina fuera del texto constitucional y que se incorpora al mismo por la "fuerza de los hechos" (Fait Accompli). Y una segunda como fenómeno que es abarcado, previsto, y por lo tanto, interno a la estructura normativa, cayendo el fenómeno dentro del ámbito de la interpretación constitucional.

En la segunda corriente se ubica el propio Hesse, mientras que autores como Muller Laband, G. Jellinek y Hsu-Dau-Lin se ubican en la primera.

Se desprende del análisis específico de varios casos de Mutaciones Constitucionales que realiza Laband, la inexistencia de parámetros a la misma: "La Mutación Constitucional es el resultado de fuerzas irresistibles cuyo sometimiento al Derecho sería un esfuerzo inútil" 8, contando únicamente su imposición de hecho.

Por otro lado, G. Jellinek 9, se refiere a la Necesidad Política como motor fundamental de la Mutación Constitucional, pudiendo también ser causal de la misma, la interpretación incorrecta de las normas constitucionales en la praxis de los parlamentos, gobiernos o tribunales; y finalmente, como producto de elementos convencionales previos a la misma que la posibilitan en virtud de un Derecho Constitucional acomodaticio, como por ejemplo, cuando hay desuso de competencias estatales o para los casos de cubrir lagunas constitucionales.

Hsu-Dau-Lin 10, incorpora una nueva perspectiva luego de analizar la naturaleza de la Constitución. Para este autor, las normas constitucionales comportan un carácter inacabado y de elasticidad suficiente para afrontar las necesidades vitales del Estado. Por ello, la Carta Fundamental no puede quedarse atrás respecto a un Estado en continuo avance. Produciéndose así la Mutación, ya que el

sentido de la Constitución es la comprensión del Estado como totalidad vital, mas no la fijación de algunos preceptos heterónomos sin vigencia real; las tareas impuestas por la necesidad entran necesariamente en el ámbito del sentido de la Constitución.

Por ello para Hsu-Dau-Lin, la realidad es incorporada a la Constitución bajo la forma de "Necesidad Política". El sentido global de la Constitución será el de responder a las necesidades vitales del Estado. Heller 11, ubicándose en la corriente contraria a los anteriores autores, sostiene como base del análisis, la supuesta separación entre "normalidad y normatividad". Manifiesta como elemento central el hecho que la normalidad social esté incorporada a la normatividad estatal. La normalidad sufre variaciones. Estas variaciones le van a señalar cambios a la normatividad, los mismos que pueden irse configurando históricamente. Esto es así, porque ambos conceptos no pueden verse por separado en tanto entrañan una mutua adaptabilidad y correlatividad. En tal sentido, la Mutación Constitucional encontrará su límite en la normatividad misma de la Constitución dada la estrecha correlación entre situación constitucional y normatividad constitucional.

Finalmente, Hesse desarrolla su crítica a la posición tanto de Laband como de Jellinek 12 basándose en el hecho que las mismas al hacer una estricta separación entre normatividad y normalidad constitucionalidad, llevan al reforzamiento de la segunda en desmedro de la primera, lo que finalmente significaría la expresa aceptación de la capitulación de la primacía y la fuerza de la constitucionalidad frente a la fuerza de los hechos. Aspecto que para Hesse es inaceptable desde todo punto de vista.

Por otro lado, refiere ante la posición de Hsu-Dau-Lin 13 que las "necesidades vitales" del Estado Constitucional no sólo se reducen a lo requerido por la práctica política; también forman parte de esas necesidades la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que asume la Constitución de manera vinculante y general para todos, incluyendo a los que disponen de fuerza para imponerse renunciando al texto constitucional. Entender lo contrario sería aceptar que una función vital del Estado Constitucional se impondría sobre otra necesidad vital.

Hesse también se ubica dentro de la línea

7. Hesse, Konrad: "Escritos de Derecho Constitucional", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987; pp. 91.

8. En "Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung" (1895). Citado por Hesse; Ibidem, pp. 95.

9. En "Verfassung Sanderung und Verfassungswandlung" (1906); citado por Hesse; Ibidem pp. 96.

10. En "Die Verfassungswandlung" (1932); Citado por Hesse, Ibidem, pp. 100.

11. En "Staatslhre" (1934) o "Gesammelte Schriften" (1971). Citado por Hesse; Ibidem, pp. 103.

12. Ibidem, pp. 106.

13. Ibidem, pp. 103 y 106.

planteada por Heller, pero complementando el aspecto de los límites de la Mutación Constitucional. Para Hesse, la Mutación Constitucional debe ser entendida como modificación del contenido en el "interior" de la norma constitucional, y no fuera de ella. Cita por ello a Muller<sup>14</sup> en el sentido que "el ámbito normativo es parte del "programa normativo". De otra forma el cambio de lo fáctico sólo obligará al cambio del sentido normativo, si dicho ámbito se correlaciona estrechamente con el programa normativo. Por esta razón el fenómeno de la Mutación Constitucional quedará restringido al campo de la interpretación constitucional.

De la descripción de todas estas posiciones doctrinarias es importante resaltar las siguientes cuestiones.

Lo primero sería la necesaria afirmación del hecho que la rigidez constitucional no puede ser tal, que haga inviable su propia posibilidad de vigencia.

Quizás la primera y más importante explicación de la existencia de la Mutación Constitucional esté dada, no por la distancia entre normatividad y normalidad constitucional sino por la contradicción que entre ellas se pueda presentar a raíz de la inflexibilidad de la primera. En otras palabras, nadie niega que la "necesidad política" pueda o deba estar prevista en el sentido de la Constitución; lo objetivo es que la Mutación se presenta como demanda cuando hay una concreta colisión entre el ámbito normativo o normalidad (por su variación) con el programa normativo o sentido de la norma constitucional.

---

14. Ibidem, pp. 107.

En segundo lugar, creemos sin embargo, que los límites de la Mutación Constitucional son elementos totalmente necesarios.

Las normas constitucionales de por sí comportan el carácter de la generalidad y en la mayoría de los casos nos encontramos con normas declarativas o programáticas pero con vocación de vigencia. En tal razón no cualquier variación en el ámbito normativo tendrá una correlativa variación en el contenido de la norma. Aceptar lo contrario significaría (y en esto creemos correcta la afirmación de Hesse) el fin de la constitucionalidad como instrumento de racionalización y armonización de las relaciones políticas, sociales y económicas de una nación. Y para ello será imprescindible, partir de la propia interpretación de la norma constitucional, tratando de regular la variación del ámbito normativo en el propio programa normativo, constituyéndose este último en su límite final.

Por último, diremos, como lo afirma Hesse, que la cuestión específica de la Mutación Constitucional estriba en el conflicto que se genera entre las funciones básicas de la Constitución: vigencia de un conjunto de preceptos consagrados en su texto vía la acción política de un Estado eficaz y operativo, y por otro lado, la actuación estabilizadora, racionalizadora y limitativa del poder en la vida de la comunidad<sup>15</sup>.

La opción entre una u otra será determinante en la utilización y entendimiento de la Mutación Constitucional como instrumento jurídico-político.

---

15. Ibidem, pp. 110.