

El concepto de *desconstitucionalización**

*Néstor Pedro Sagiés***

RESUMEN. El autor profundiza en la noción de *desconstitucionalización* analizando el concepto como reducción de la constitución, como abandono de los principios políticos liberales del constitucionalismo, como pérdida de rango constitucional de las normas constitucionales y como “derogación sociológica” de disposiciones constitucionales. A continuación enfoca ciertos fenómenos contemporáneos de inusual trascendencia para el constitucionalismo, tales como: (a) el “desmontaje de la Constitución” conforme a nociones del tipo de derecho de emergencia, doctrina del “quebrantamiento constitucional”, la “concesión de plenos poderes” al Poder Ejecutivo, entre otros; (b) la desvalorización de la Constitución por su falta de pleno cumplimiento, por la erosión de la “conciencia constitucional”, etcétera; (c) el falseamiento o fraude constitucional por la utilización de otros valores distintos de los constitucionales o por la práctica de una legislación inconstitucional no declarada tal. Por último, el autor realiza un particularmente interesante análisis axiológico que desmitifica la cuestión.

ABSTRACT. The author delves deeply into the notion of *deconstitutionalization*, analyzing the concept as a reduction of the Constitution, as the abandonment of the liberal political principles of constitutionalism, as the loss of constitutional rank in constitutional regulations, and as the “sociological abrogation” of constitutional provisions. He then focuses on specific contemporary phenomena unusually relevant to constitutionalism, such as: (a) the *dismantling of the Constitution* according to notions such as those of emergency law, the

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 2 de mayo de 2007. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 24 de julio de 2007, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

** Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Católica Argentina.

doctrine of *constitutional violation* and the *granting of full authority* to the Executive Branch, among others; (b) the undervaluing of the Constitution due to the absence of full compliance and the erosion of “constitutional awareness”, etc.; (c) constitutional corruption or fraud due to the use of other values different from the constitutional ones or as a result of the practice of an unconstitutional legislation not declared as such. Finally, a specially interesting axiological analysis is drawn up whereby the author demystifies the issue.

PALABRAS CLAVE. Constitución. Teoría constitucional. Revisión constitucional. Control de constitucionalidad. Garantías constitucionales.

KEY WORDS. Constitution. Constitutional theory. Constitutional revision. Constitutionality check. Constitutional guarantees.

SUMARIO. **1.** Introducción. **2.** Desconstitucionalización como reducción de la constitución. **3.** Desconstitucionalización como abandono de los principios políticos liberales del constitucionalismo. **4.** Desconstitucionalización como pérdida de rango constitucional de normas constitucionales. **5.** Desconstitucionalización como derogación sociológica de normas constitucionales. **6.** Fenómenos próximos. Desconstitucionalización y *desmontaje* de la constitución. **7.** Desconstitucionalización y *desvalorización* de la constitución. **8.** Desconstitucionalización y *falseamiento* o *fraude* constitucional. **9.** Reexamen. **10.** Reflexiones axiológicas sobre la desconstitucionalización. **11.** Colofón.

1.

INTRODUCCIÓN

Constitutionalistas y politólogos han empleado con distintos sentidos la palabra *desconstitucionalización*, originada, al parecer, en Francia (*déconstitutionnalisation*). En otros casos no se ha utilizado explícitamente esa palabra, pero sí nociones muy próximas a ella. El presente trabajo realizará una muestra elemental de esos significados y procurará reelaborar las notas distintivas de la desconstitucionalización, sus tipos principales y la calificación que merecen desde el ángulo de la estimativa jurídica.

2.

DESCONSTITUCIONALIZACIÓN COMO REDUCCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

En esta versión del concepto, *desconstitucionalizar* importa ceñir la constitución a un conjunto de “reglas de organización”, relativas a la erección y el funcionamiento de los poderes del Estado, quitándole la “parte dogmática” y reduciendo a la ley suprema, en verdad, a un *code de procédure constitutionnel* o código de procedimientos de la operatividad de los órganos de gobierno.¹

¹ Sobre esta acepción y su enunciado en BARTHÉLEMY y DUEZ, y en ESMEIN y NÉZARD, véase Kägy WERNER, *La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho constitucional* (trad. Sergio Díaz Ricci y Juan José Reyven), Dykinson, Madrid, 2005, p. 140-141.

Desde esta perspectiva, la constitución, circunscripta a su “parte orgánica”, no se ocupa de enunciar los derechos de las personas, que en definitiva pasan a tener categoría legislativa pero no constitucional. De esa manea, apunta Werner KÄGY, el legislador goza de un enorme margen para determinar el contenido de las leyes, ya que no está condicionado, respecto a ese contenido, por derechos de nivel constitucional. Un ejemplo de ello pudo ser Francia de 1875 a 1940, que tenía como “constitución” (inorgánica) un conjunto de leyes constitucionales que no describían derechos, sino que estructuraban a los poderes del Estado francés y determinaban las pautas de su interrelación.²

Si bien cabe recordar que la primera versión de la constitución de Estados Unidos (1787) no contenía la descripción de derechos (aunque pronto se corrigió con las diez enmiendas iniciales, que instrumentaron el llamado *bill of rights* estadounidense), lo cierto es que una constitución sin derechos equivale a una constitución con derechos dejados a la discrecionalidad del Poder Legislativo y a las mayorías de turno. Eso puede conducir, como se ha dicho con acierto, a una *democracia absoluta*, pero no a una genuina *democracia constitucional*.³

3.

DESCONSTITUCIONALIZACIÓN COMO ABANDONO DE LOS PRINCIPIOS POLÍTICOS LIBERALES DEL CONSTITUCIONALISMO

Una segunda posibilidad es la de entender la desconstitucionalización como la pérdida de ciertos postulados clave del movimiento constitucionalista de la primera etapa, de corte liberal, tales como el principio democrático, el régimen representativo o la división de los poderes. Este fenómeno se produjo, por ejemplo, en la primera posguerra, en los estados totalitarios y autoritarios entonces en boga (Italia, Alemania, la Unión Soviética, etcétera).⁴

² Ibídem.

³ Ibídem, p. 142.

⁴ Véase Adolfo POSADA, “El principio del Führer o la desconstitucionalización del Estado”, en *La Nación*, Buenos Aires, 6 de mayo de 1935, cit. por Segundo V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. 1, Plus Ultra, Buenos Aires, 2.ª ed., 1977, pp. 182-183.

Segundo V. LINARES QUINTANA, quien acepta ese concepto, detalla entre otras razones que provocaron la referida desconstitucionalización:

- a. la inseguridad de la paz y el estado latente de guerra que existieron apenas concluida la primera guerra mundial;
- b. lo que llama “la crisis de la psicología nacional”, o sentimientos regresivos desatados en diversas comunidades nacionales;
- c. la falta de coincidencia entre los textos constitucionales y las realidades locales, vale decir, la contradicción entre la dimensión normativa del llamado “constitucionalismo teorizante o profesoral” (constituciones redactadas por catedráticos, al estilo de Alemania y Austria) y la dimensión fáctica o existencial;
- d. las luchas sociales, apuradas por las crisis económicas y falsamente resueltas por “los enunciados líricos y declamatorios incluidos en el papel de una Constitución”;
- e. la crisis de los principios morales, devaluados por una sociedad materialista y maquiavelizada;
- f. el progreso de la ciencia y de la técnica, que ha contribuido al engrosamiento del poder del Estado, confiriéndole un poder de coerción inimaginable años atrás;
- g. el advenimiento al poder de las masas, que generó en muchos países un clima político demagógico y dictatorial;
- h. el factor económico y de prevalencia de intereses de ese tipo, sectoriales, sobre el bien común;
- i. políticas rutinarias y vegetativas en las democracias, ineptas para adaptarse a las nuevas crisis que se presentaron y para formular respuestas útiles.⁵

⁵ LINARES QUINTANA, *op. cit.*, pp. 183-193.

4.

DESCONSTITUCIONALIZACIÓN COMO PÉRDIDA DE RANGO CONSTITUCIONAL DE NORMAS CONSTITUCIONALES

Parte de la doctrina francesa ha explicado que, ante fenómenos de golpe de Estado o revolucionarios, sobreviven jurídicamente no solamente las leyes anteriores compatibles con el nuevo régimen, sino también las normas constitucionales previas que no se refieren al régimen político (ciertas declaraciones de derecho administrativo o penal, por ejemplo, que al decir de ESMEIN solamente eran constitucionales por la forma, al estar incluidas en la constitución, pero no por su objeto o naturaleza), aunque en este caso lo hacen solamente con fuerza de ley. A ello se llamó, explican PRÉLOT y BOULOIS, “la desconstitucionalización por efecto de las revoluciones”.⁶

5.

DESCONSTITUCIONALIZACIÓN COMO DEROGACIÓN SOCIOLOGICA DE NORMAS CONSTITUCIONALES

En ese sentido, se sostiene que el incumplimiento, la desnaturalización o la violación reiterados de reglas constitucionales, no sancionados por los custodios de la supremacía constitucional, pueden provocar en determinados casos la abrogación sociológica, por desuetudo, de las normas en cuestión. Según situaciones que varían de país en país, es factible que tramos significativos de la constitución queden así desconstitucionalizados. En homenaje a la verdad, cabe constatar esas exclusiones de reglas constitucionales, más allá de lo lamentable que sea el proceso de desconocimiento de cláusulas de la ley suprema.⁷

⁶ Cf. A. ESMEIN, *Éléments de Droit constitutionnel français et comparé*, t. I, Recueil Sirey, París, 7.^a ed., 1921, p. 580; Marcel PRÉLOT y Jean BOULOIS, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 8.^a ed., Dalloz, París, 1980, p. 197.

⁷ Hemos utilizado tal sentido de la palabra *desconstitucionalización* en Néstor Pedro SAGÜÉS, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 1.^a reimp., 2004, p. 358.

6.

FENÓMENOS PRÓXIMOS. DESCONSTITUCIONALIZACIÓN Y DESMONTAJE DE LA CONSTITUCIÓN

Interesa abordar situaciones que, aunque no hayan sido etiquetadas como formas de desconstitucionalización, de todos modos guardan cercanía con esta última.

Para Werner KÄGY, el “desmontaje” de la constitución es un fenómeno vinculado a la *decadencia* o el *desplazamiento* de lo normativo-constitucional, entendido como un proceso de debilitamiento de la fuerza motivadora de la norma de la ley suprema. Importan casos de desviaciones o aberraciones normativas, ya que la regla en sí no queda afectada, aunque sí su eficacia. A su entender, la decadencia de lo normativo-constitucional es una consecuencia general de la declinación de lo normativo en la existencia humana en comunidad.⁸

Entre los indicadores de ese desmontaje constitucional, KÄGY destaca los siguientes:

- a. el “derecho de emergencia” refrendado por una lectura de la constitución entrevista como la “constitución extraordinaria o de emergencia”, que desvincula al operador gubernativo de controles y responsabilidades, y que magnifica un derecho de emergencia intra o extraconstitucional;
- b. la admisión de la doctrina del “quebrantamiento constitucional”, por vía consuetudinaria, y conforme a la cual es admisible que en un *caso concreto* se infrinja la constitución, siempre que el precepto constitucional continúe rigiendo en el futuro.⁹
- c. la delegación de competencias legislativas y la “concesión de plenos poderes” al Poder Ejecutivo, confiriéndole un “poder constitucional exorbitante”, traducido, por ejemplo, en la definición de la autoridad del *Führer* como poder “amplio, total, libre e independiente, exclusivo e ilimitado”.¹⁰ En definitiva,

⁸ Cf. WERNER, op. cit., pp. 54 ss., 62, 137 ss.

⁹ Sobre la aceptación del *quebrantamiento* de la constitución (infracción para un caso específico) en virtud de que “su necesidad resulta de la situación especial de un caso concreto, de una coyuntura anormal imprevista”, “en interés de la existencia política del todo”, y como muestra de “la supremacía de lo existencial sobre la simple normatividad”, véase Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Revista de Derecho Privado, Madrid, reimpresión s/f, p. 125. El autor puntualiza que el quebrantamiento no significa una reforma constitucional, ya que el texto quebrantado continúa en vigor.

¹⁰ Así, se llegó a decir que “El *Führer* y Canciller del Reich es el delegado plenipotenciario y constituyente del pueblo alemán que, sin atención de los requisitos formales, determina la configuración de la forma externa del Reich como asimismo la política general [...] En el *Führer* se reúne todo el poder del pueblo alemán”, incluso “la máxima

se arriba a “una emancipación progresiva de la actividad estatal de las normas constitucionales”.

- d. una concepción de la “constitución política” o “constitución viviente” sustraída de la normativización clásica, de tipo consuetudinario, no moldeada en forma de ley, sino vivencialmente, modificable por la ley común o incluso individualmente por el *Führer*.
- e. la identificación entre derecho y política, y entre el ordenamiento populista y el derecho;
- f. la admisión de la reforma o cambio de la constitución por medio de la interpretación constitucional (“dinámica” o “mutativa”) o por un procedimiento distinto del previsto por la propia constitución (hipótesis de “reforma despreciativa de la constitución” y caso de las “mutaciones constitucionales”); también, la reforma “indirecta” o “tácita” de la constitución, por medio de la ley común opuesta a ella, pero no declarada inconstitucional, o de la costumbre opuesta a la constitución;¹¹
- g. evitar la aplicación de preceptos constitucionales precisos mediante el avance de los conceptos jurídicos indeterminados (“conceptos válvula”) o la “fuga hacia las cláusulas generales”;
- h. recurrir a la “adaptación de la Constitución” como estrategia de evasión de las directrices constitucionales.

autoridad jurisdiccional”. V. KÁGY, op. cit., p. 144, nota 154, con mención como fuente de H. FRANK y Carl SCHMITT.

¹¹ Cabe recordar que, respecto de la constitución de Weimar, fue frecuente el uso de la llamada reforma *implícita*, que consistía en decidir una enmienda constitucional con la mayoría legislativa requerida por el artículo 76 de aquel texto, pero sin expresar que se reformaba la constitución. Por ello, no era claro determinar, en múltiples casos, si mediaba o no reforma. Para terminar con esa práctica, algunas constituciones modernas, como la alemana, demandan que, si se reforma la constitución, ello se diga expresamente en el acto reformativo. Véase Ignacio DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 62-63.

7.

DESCONSTITUCIONALIZACIÓN Y DESVALORIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Karl LOEWENSTEIN plantea el problema de la “desvalorización” de la constitución escrita preferentemente en el ámbito de las constituciones que denomina *normativas*, esto es, de las cumplidas u obedecidas en una proporción aceptable (no en la esfera de las constituciones *nominales*, cuya dosis de observancia es mínima, ni en el campo de las constituciones *semánticas*, que importan un simple disfraz constitucional para encubrir hipócritamente situaciones de poder).¹²

En concreto, define esa *desvalorización* como un episodio signado por dos acontecimientos. El primero es la “falta de observancia *consciente* de la constitución”, por parte de quienes poseen el poder constitucional, y acaece cuando una disposición constitucional de tipo *esencial* no es deliberada y consecuentemente aplicada o realizada. La norma constitucional sigue formalmente vigente, pero permanece —explica— como *lex imperfecta* o letra muerta, “en contradicción con la supuesta obligatoriedad inalienable de la ley fundamental”. Ello es así porque la efectivización de la norma perjudicaría a los operadores de la constitución.

Esta patología, explica Loewenstein, se produce algunas veces: a) incumpliendo prohibiciones constitucionales (por ejemplo, el rearme japonés, interdicto por la constitución de 1946; la concesión de delegaciones legislativas parlamentarias en el poder ejecutivo, en la constitución francesa de 1946), o b) no realizando deberes constitucionales (algo que hoy llamaríamos *inconstitucionalidad por omisión*: la falta de lanzamiento de la Corte Constitucional italiana durante ocho años, por desacuerdos entre los partidos políticos acerca de los jueces que cabía designar, y la ausencia de ley reglamentaria de la vida interna de los partidos políticos en Alemania Federal, durante un lapso prolongado, a pesar de las previsiones de la ley fundamental de 1947). En otros casos, c) se adoptan medidas que la constitución no contempla (por ejemplo, en Suiza, durante bastante tiempo, las “resoluciones federales urgentes”). El listado es simplemente enunciativo.

¹² Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución* (trad. por Alfredo Gallego Anabitarte), Ariel, Barcelona, 2ª. ed., 1976, p. 222 ss. Los destacados son nuestros.

El segundo factor que coadyuva a la desvalorización de la constitución es la “erosión de la conciencia constitucional” en la sociedad, vale decir, la pérdida de prestigio de la constitución en la comunidad, suceso que para nuestro autor es muy frecuente: “la masa de la población ha perdido su interés en la constitución, y ésta, por tanto, su valor efectivo para el pueblo. Esto es un hecho indiscutible y alarmante”. Existen, eso sí, distintos grados de desapego y de indiferencia hacia la constitución, que en casos extremos pueden llegar hasta la hostilidad constitucional. Lograr la “revitalización de la conciencia constitucional” en el pueblo puede en ciertos casos resultar una misión hartamente difícil, que demanda —concluye— o acercar al pueblo a su constitución o acercar la constitución al pueblo, mediante la reforma constitucional.¹³

En definitiva, el incumplimiento consciente de cláusulas constitucionales importantes por los operadores oficiales de la constitución encuentra en la indiferencia u hostilidad popular hacia la constitución un excelente caldo de cultivo para el éxito de la empresa evasiva de la constitución. El producto final, la *desvalorización* de la constitución, bien puede configurar, entendemos, la *desconstitucionalización* en sí, o al menos una de sus manifestaciones más significativas.

8.

DESCONSTITUCIONALIZACIÓN Y FALSEAMIENTO O FRAUDE CONSTITUCIONAL

El término *falseamiento* de la constitución ha sido aplicado de distintos modos. A título ejemplificativo mencionamos algunos:

a. SÁNCHEZ AGESTA cita como primera manifestación del *falseamiento* constitucional la imposición de una constitución inspirada en valores o principios incapaces de vertebrar a una sociedad. El segundo caso ocurre cuando los valores originales de una constitución sufren una desviación histórica, pierden convicción comunitaria y terminan como una tradición muerta. De hecho se impone un nuevo orden, con otros principios y

¹³ LOEWENSTEIN, op. cit., p. 231.

creencias, pero bajo el ropaje del mismo texto constitucional viejo, que concluye entonces falseado en el orden de las realidades. La versión extrema del falseamiento deliberado —sostiene— es el “fraude constitucional”, que se dio de modo manifiesto, por ejemplo, con Mussolini, al manipular el Estatuto albertino de 1848, o con Hitler, al distorsionar las reglas constitucionales del texto de Weimar de 1919.¹⁴

b. Maurice HAURIUO empleó la expresión *falseamiento de la constitución* igualmente con dos acepciones, ambas referidas a la modificación o el cambio encubierto de la constitución formal. Una, mediante la sanción de leyes ordinarias opuestas a la constitución, pero no declaradas inconstitucionales por los órganos de control de la constitucionalidad, con lo que pueden terminar derogándola.¹⁵ Otra, a través de prácticas y costumbres, en particular de los órganos gubernativos, opuestas a la ley suprema.

9.

REEXAMEN

Un nuevo encuadre del concepto de *desconstitucionalización* obliga a recordar que el prefijo *des* denota *negación* o *inversión* del significado de la palabra a la que es antepuesto. Por ende, aplicado a nuestro caso, implica negación o inversión de una *constitucionalización*.

a. Un primer sentido de la *desconstitucionalización* es, consecuentemente, quitar rango constitucional a algo que tiene esa calidad. Eso puede producirse por vía de reforma expresa de la constitución, sea 1) eliminando del escenario jurídico un instituto incluido en la constitución (así, la reforma constitucional de la Provincia de Tucumán del año 2006 borró al Tribunal Constitucional formalmente creado por la constitución local de 1990), sea 2) manteniéndolo, pero en un plano subconstitucional (un ejemplo de ello es el tema del número de jueces de la Corte Suprema de Justicia argentina, punto tratado en el texto constitucional de 1853, artículo 91, que los fijaba en nueve, cifra que desapareció de la

¹⁴ Luis SÁNCHEZ AGESTA, *Principios de teoría política*, 3.ª ed., Editora Nacional, Madrid, 1970, pp. 341-342.

¹⁵ Maurice HAURIUO, *Principios de derecho público y constitucional* (trad. Carlos Ruiz del Castillo), Reus, Madrid, 2.ª ed., s/f, pp. 331-332. Debe recordarse que, al escribir HAURIUO su obra, varios países carecían de un sistema de control de constitucionalidad, motivo por el cual en ellos las leyes inconstitucionales aprobadas por el

constitución formal a partir de la reforma de 1860 —actual artículo 108— para ser regulada por ley). En esta última hipótesis, el asunto pasa de estar *constitucionalizado* a la condición de *legalizado*.

Todavía estamos, conviene aclararlo, dentro del marco de lo constitucional, en tanto la enmienda se haya realizado respetando a la constitución.

b. A los supuestos de los temas que el propio constituyente “baja” —*constitucionalmente*— de la constitución formal, hay que añadir los casos de derogación sociológica de reglas constitucionales, por medio de la costumbre constitucional abrogatoria, o desuetudo.¹⁶ También ellos entran en el catálogo de los rubros desconstitucionalizados, pero por conductos no formalmente constitucionales. Ingresamos así en la dimensión *inconstitucional* de la desconstitucionalización.

c. La palabra *desconstitucionalización* puede proyectarse igualmente hacia situaciones más sutiles, propias del llamado *desmontaje* (*supra*, sección 6), *falseamiento* (*supra*, sección 8) o *desvalorización* constitucional (*supra*, sección 7), cuando una regla constitucional no es formalmente cambiada pero sí resulta desvirtuada, pervertida, bloqueada o desnaturalizada, especialmente por prácticas, costumbres o interpretaciones mutativistas, por lo general manipulativas de la constitución,¹⁷ que en definitiva producen una caída en el vigor jurídico (o *fuerza normativa*) del precepto constitucional sancionado en su momento. Uno o más tramos de éste, en efecto, dejarán realmente de aplicarse, a veces incluso con sustitución del contenido constitucional, por más que el operador simule que los está haciendo funcionar a pleno.

Ese vaciamiento puede referirse, cabe destacarlo, tanto a la letra como al espíritu (fines, principios, ideología) que anime a la cláusula constitucional.

Como se anticipó, otra importante fuente de desconstitucionalización surge de la reiterada sanción de leyes o decretos inconstitucionales, pero no declarados así por los órganos de control de constitucionalidad, con lo que, indirectamente, rigen por encima de la constitución y de hecho bloquean o anestesian las reglas constitucionales que los contra-

Parlamento no podían ser declaradas por los operadores jurídicos como opuestas a la constitución. En tal hipótesis, la ley común del caso reformaba oblicuamente a la constitución.

¹⁶ No abordamos aquí el debate sobre la posibilidad de que la costumbre derogue una regla de la constitución formal. Nos inclinamos a la doctrina que así lo acepta —véase nuestra *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 413 ss., adonde derivamos al lector.

¹⁷ Sobre la interpretación mutativa (que puede quitar algo al texto constitucional, agregárselo o realizar ambas operaciones: mutación por *sustracción, adición y mixta*), y en cuanto a la interpretación manipulativa, nos remitimos a Néstor Pedro SAGÜÉS, *La interpretación judicial de la constitución*, LexisNexis, Buenos Aires, 2.ª ed., 2006, pp. 42 ss., 165 ss.

dicen.¹⁸ La aplicación de un derecho subconstitucional contrario a la constitución, en efecto, importa paralelamente la inaplicación del derecho constitucional que se le opone.

d. Conceptualmente, una cosa es la *desconstitucionalización* de una norma constitucional (su vaciamiento o desmontaje, como vimos) y otra su *quebrantamiento*, ya que en este último caso el precepto sigue en vigor, por más que haya sido infringido en una situación específica (véase *supra*, sección 6, nota 9). Sin embargo, si en un país se dan situaciones de quebrantamiento de múltiples reglas constitucionales importantes, puede por cierto hablarse de una crisis de constitucionalidad lindante, o similar, llegado el caso, con un estado de desconstitucionalización. Quizá podría clasificarse el problema así: el decaimiento o la *desvalorización* (para hablar en términos de LOEWENSTEIN) de la constitución puede perpetrarse tanto por *quebrantamiento* como por *desconstitucionalización* inconstitucional.

e. La superficie de la desconstitucionalización (ya en la letra, ya en los fines e ideología) es forzosamente variable. Hay constituciones con una baja cuota de desconstitucionalización, pero en otras los tramos desconstitucionalizados pueden ser enormes. Los episodios de fraude constitucional consignados *supra*, en la sección 8.a, son indicativos de situaciones extremas.

e. La desconstitucionalización se consolida en el plano normativo si el intérprete final (y, por ende, definitivo) de la constitución la acepta, explícita o implícitamente, sin excluirla del escenario de la validez constitucional, por más que se trate de una operación inconstitucional. Pero otro dato importante, en la realidad existencial, es el refrendo sociológico de la desconstitucionalización, que se produce cuando obtiene un real consenso en el medio, consecuencia, de vez en cuando pero no siempre —volviendo a LOEWENSTEIN (*supra*, sección 7)—, de vivencias colectivas de desapego o indiferencia hacia la constitución.

¹⁸ Cabe recordar que, como enseña Kelsen, la ley inconstitucional vale como constitucional mientras no sea declarada inconstitucional. En realidad, agrega, *es* constitucional hasta que se produzca su descalificación como inconstitucional. Cf. Hans KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado* (trad. Eduardo García Maynez), México, UNAM, 3.ª ed., 1969, p. 187.

10.

REFLEXIONES AXIOLÓGICAS

Cabe inquirir si la desconstitucionalización, que en el plano ideológico se encuentra íntimamente vinculada a los valores, bienes y creencias jurídico-políticas, está signada solamente por el abandono de los principios políticos liberales (*supra*, sección 3).

La respuesta a este interrogante depende de si se exige, para plasmar una constitución, la pertenencia a una concepción ideológica determinada, como es la liberal, o si puede haber constituciones y derecho constitucional no liberales. De hecho, los últimos han existido y existen. Si un país contaba con una constitución liberal y adopta una marxista, por ejemplo, se ha *desconstitucionalizado* en lo liberal, y se ha *constitucionalizado* en lo marxista.

En rigor de verdad, actualmente existe un principio de derecho constitucional que opera como recaudo de legitimidad de una constitución y de un derecho constitucional cualquiera: la adopción de las pautas del Estado social de derecho. Desde esta perspectiva, un país que hoy adopte una constitución opuesta a aquél se ha desconstitucionalizado ideológica e ilegítimamente. El Estado social de derecho reconoce distintas variantes ideológicas, aunque exige ciertos recaudos indispensables y comunes: democracia, justicia social y respeto por los derechos fundamentales de la persona, entre otros.¹⁹

Por último: ¿es la desconstitucionalización un fenómeno positivo o negativo? Generalmente, la de tipo inconstitucional es un episodio nocivo, como muestra de desorden o falseamiento normativo, o de decaimiento de ciertos valores clave.

No obstante, no toda desconstitucionalización es de por sí mala. Veamos algunas alternativas: si un Estado quita —respetando los trámites del caso— rango constitucional a cierto tema (la sede concreta de la capital, por ejemplo) y lo relega a una ley ordinaria (así lo hizo Argentina con la reforma de 1860: el texto de 1853 indicaba en su artículo 3.º que la sede de los poderes era la ciudad de Buenos Aires), ello puede ser una opción discrecional para el constituyente, ni buena ni perversa.

En otro orden de ideas, si una regla constitucional notoriamente ilegítima es (felizmente) incumplida y termina derogada por desuetudo, o por una interpretación mutativa por sustracción, ese vaciamiento puede festejarse. Por ejemplo, los artículos 55, 89 y 111

¹⁹ Ello importa concluir que el derecho constitucional actual no es ideológicamente neutro. Nos remitimos a SAGÜÉS, *Teoría de la constitución*, op. cit., p. 107.

de la constitución argentina demandan, para ser senador, presidente, vicepresidente o juez de la Corte Suprema, contar con un ingreso económico significativo (dos mil pesos fuertes de renta), y tal cláusula, de corte oligárquico, bueno es que haya quedado ahora desconstitucionalizada por una experiencia jurídica que prácticamente nunca la aplicó.

11.

COLOFÓN

A título de síntesis esbozamos estas proposiciones:

1. El concepto de *desconstitucionalización*, como tantos otros del derecho, ha tenido muchas versiones. No obstante, es posible rastrear ciertos elementos comunes en ellas e intentar algo para su precisión y determinación.

2. Visualizado en este trabajo como el vaciamiento o desmontaje de normas, principios o valores de la constitución, puede afectar a uno o varios segmentos de ella y realizarse, de modo expreso o tácito, por distintos operadores constitucionales que actúen individualmente o asociados en esa empresa.

3. La desconstitucionalización puede ejecutarse constitucionalmente, mediante reformas o enmiendas practicadas según los dispositivos de la ley suprema, o inconstitucionalmente, a través —principalmente— de prácticas o costumbres *contra constitutionem*, vías de hecho, interpretaciones manipulativas de la ley suprema, o la sanción de normas subconstitucionales opuestas a ésta pero no declaradas inconstitucionales por los órganos custodios de la supremacía constitucional.

4. La desconstitucionalización inconstitucional es, como regla, un fenómeno axiológicamente desvalioso, pero ocasionalmente no (si produce el vaciamiento de reglas o principios constitucionales notoriamente ilegítimos). La desconstitucionalización operada por vías de reforma constitucional es en principio legítima, pero requiere que el procedimiento seguido y el nuevo escenario normativo sean a su vez legítimos.

5. La desconstitucionalización se consuma definitivamente cuando el intérprete supremo de la constitución la convalida, también de modo expreso o tácito. Tal es la consolidación jurídica de la desconstitucionalización. La sociológica ocurre cuando logra consenso en una comunidad.