

DERECHO VIVO Y MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

Por. Dra. Lucciola TRAJTMAN ROBLES*

SUMARIO. INTRODUCCIÓN. 1. LOS CAMBIOS INELUDIBLES. 2. MUTACIÓN Y DERECHO VIVO. 3. ¿QUIÉN INTERPRETA QUE LA MUTACIÓN SE HA PRODUCIDO? CONCLUSIONES. NOTAS. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El Derecho fija las reglas de la convivencia social, unas reglas que se desfasan con la evolución de los contextos sociales. El objetivo de las normas es, en cierta manera, resolver problemas. Cuando los problemas se transforman, las soluciones se modifican aún cuando las reglas formales permanezcan inalterables. Las reglas formales en el sistema romanista del Derecho son, por lo general, escritas y explícitas. Así, las Constituciones son hechas para perdurar, manteniendo las estructuras, hipótesis y consecuencias normativas a través del tiempo.

Sin embargo, la literalidad tropieza con eso que podemos denominar "Constitución implícita", que no es la Constitución histórica sino el texto que rige en la realidad y que se aplica efectivamente, al margen de su propia letra. Esta Constitución implícita se funda en los valores de la convivencia social y por tanto se transforma con los cambios sociales. La Constitución, por ser una estructura semántica, en el sentido referido por Loewenstein¹, deja de tener validez

real para convertirse en un documento oficial, especialmente en el contexto de una Constitución rígida como la peruana². Su valor sólo se sustenta en el poder constituyente originario, que es la manifestación primera de la soberanía popular. De ese origen nace la supremacía constitucional. Pero, según señala Pedro de Vega³, esta preeminencia sólo deriva de la categoría de su origen, pero lo que se suele pasar por alto es que el poder constituyente de una década no puede condicionar al poder constituyente de la siguiente, lo que, en otros términos y como apunta José Alfonso Da Silva, significa que la Constitución no puede ni debe entenderse como una ley eterna.

La Constitución es la norma suprema que nace con dos contenidos esenciales, la dogmática de los derechos fundamentales y la configuración de la estructura del Estado. Sin embargo, la línea directriz del texto fundamental es el garantismo. Diseña y establece así mecanismo de límites del poder político.

(*) Profesora del Curso de Teoría de las Decisiones y Estrategia Política de la Escuela de Ciencia Política de la Facultad de Derecho y Ciencia Política. UNMSM.



La Constitución establece, por lo general, mecanismos de reforma de su propio texto. Sin embargo, los congresos ordinarios, guiados por intereses y pugnas políticas así como por coyunturas muy concretas, no suelen revisar la vigencia real de las instituciones constitucionales sino apenas para legitimar poderes de facto o acomodar el texto constitucional a objetivos políticos inmediatos. El Congreso, como poder constituido, no tiene necesariamente que asumir como tarea regular la actualización del diseño constitucional. Además, la calificación del proceso, la votación y quórum calificado (artículo 206 de la Constitución) dificulta que la Constitución sea un cuerpo siempre vivo y actual.

Cuando la Constitución no se reforma por los caminos formales, operan cambios sin seguir el procedimiento más agravado establecido para la reforma de la Constitución.

1. LOS CAMBIOS INELUDIBLES

Mientras que la letra permanece rígida, el significado se modifica naturalmente como un reflejo de la realidad. Si no fuera así, el texto se haría inaplicable por obsoleto. Señala Pinto Ferreira que estos cambios son, en gran parte, una copia y un traslado de condiciones socioculturales en permanente modificación dialéctica. El propio carácter movedido y cambiante de las fuerzas sociales contrastaría con la inmovilidad de la primera obra jurídica y constitucional, pero por más depurada y perfecta que fuese: el Estado político y social no puede cristalizarse indefinidamente en un texto legislativo⁴

La doctrina se ha encargado de denominar a las modificaciones no formales de diversos modos, por un lado vemos como en Francia aparecen bajo el nombre de *coutume constitutionnelle*, en referencia a la costumbre. A su vez, en Italia, se le conoce bajo el nombre de modificaciones constitucionales tácitas. Pero quien ha hecho una elaboración más rigurosa y completa es la

doctrina Alemana, que las denomina como *verfassungswandlung*, entendida como mutaciones constitucionales. Son Jellinek y Laband quienes se encargan de hacer la distinción⁵.

La mutación constitucional tiene como nota característica el hecho que debido a que se realiza un cambio al margen del procedimiento de reforma, el texto constitucional no presenta modificación alguna, queda intacto, invariable. Se trata, pues, de modificar el contenido de la norma sin alterar su texto, es decir, cambiar el contenido de la norma sin que se cambie o altere su redacción.

Las mutaciones obedecen a una perspectiva histórica del cambio jurídico, en adaptar la constitución a las nuevas realidades, está de manifiesto la idea de acoplar la realidad jurídica normativa y el incesante cambio político.

No se pretende que las mutaciones desvirtúen el principio de estabilidad del texto, por el contrario se busca que éste mantenga vigencia y sea real. La función esencial de una Constitución consiste en asegurar los derechos fundamentales del hombre. Es el principio de supremacía, que deriva de la Constitución rígida, la más eficiente garantía de efectividad de aquella función de imponer limitaciones a la acción del poder público⁶. Los derechos fundamentales constituyen una esencia dura, ninguna interpretación que reconozca el cambio del texto puede menoscabar sus alcances. La mutación no puede servir para destruir el espíritu de una Constitución sino para ajustar los contenidos a aquel sobre la base de la aplicación del texto a la realidad.

Según Milton Campos sostiene que además de la reforma constitucional ordinaria existen procesos oblicuos de adaptación de la carta a las desbordantes mutaciones de la realidad. "Son éstos los procesos más fecundos, por ser constantes y revelados por medio de lentas germinaciones"⁷.



Lucciola Trajtman Robles

Inclusive se refiere que las mutaciones tienen fuerza legitimadora, la fuerza que León Duguit resumía en una frase: "los hechos son más fuertes que los textos". Ese imperio de la realidad, es lo que lleva a Jellinek a admitir mutaciones constitucionales derivadas de la práctica parlamentaria inconstitucional, bajo el argumento de que lo que aparece en un momento inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución⁸. No compartimos esa tesis, en tanto que lo inconstitucional es contrario a la esencia del texto, a la racionalidad constitucional y la Constitución no admite antinomias.

Pero Jellinek justifica el cambio en razón de la necesidad, de la gravedad del hecho. "Observa que las mutaciones constitucionales se producen por necesidad política, ya que las usurpaciones y las revoluciones provocan en todas partes situaciones en las que el derecho o el hecho, aun cuando estrictamente distintos, se transforman uno en otro, pues el *fait accompli* o hecho consumado es un fenómeno histórico con fuerza constituyente"⁹.

Creemos que la justificación de la mutación no radica en el voluntarismo político, asumir esa opción es peligroso, pues funda el significado constitucional en la orientación del gobierno revolucionario. Nuestro análisis se centra en el cambio que se produce en la vida social, no en el Estado.

Reforma y mutación parecen ser términos complementarios y, al mismo tiempo, excluyentes. La reforma puede responder a la voluntad política y conlleva a un cambio en la literalidad y el contenido. La reforma no siempre se sustenta en las transformaciones sociales. Por lo general es un proceso guiado por una ratio política muy concreta y claramente identificable. En la medida que los ordenamientos jurídicos constitucionales estén sometidos a continuas reformas, en esa medida las mutaciones irán desapareciendo y no tendrán razón de ser. Pero ese no será nunca el caso, dada la complejidad del proceso y la atomización de las fuerzas

políticas, no siempre coincidentes en materia constitucional.

Siendo que el ordenamiento jurídico nacional no es sometido tradicionalmente a la reforma (recientemente un proceso de reforma total por el Congreso fue paralizado), las mutaciones constitucionales, irán ganando terreno, y aparecerán como mecanismos de solución a esa necesidad imperante de adaptar las constituciones a las realidades históricas.

Poco se ha indagado sobre el fenómeno de las mutaciones constitucionales, el tema es bastante complejo y no existe un concepto equívoco de mutación, ni se ha precisado una tipología adecuada de las mismas, ni siquiera existe una afirmación clara de su valor jurídico, por lo que este análisis procura una aproximación y una teoría a partir del llamado "Derecho vivo".

2. MUTACIÓN Y DERECHO VIVO

Eugen Ehrlich fue quien investigó con profundidad el significado del "Derecho vivo", entendido como las reglas que la propia realidad cambiante crea a cada instante, mientras se modifica el entorno social. A este respecto señala Ehrlich que frente al derecho del Estado, frente a las leyes, existe un derecho dinámico y concreto, un Derecho vivo de la vida social¹⁰. Según Ehrlich, la sociología del Derecho debe conocer el derecho vivo (no formulado en proposiciones) pero que, no obstante, regula la vida social.

La fuente de conocimiento de ese Derecho es, en primer lugar, el documento jurídico, esto es la ley que recoge esa realidad. Pero cuando el legislador no reconoce la esencia de la dinámica social o regula en contra de ella, sólo queda la segunda opción que es la observación directa de la vida social, de los cambios, de las costumbres, de los usos de todos los grupos. Nos referimos al Derecho consuetudinario, que se expresa con mayor fuerza en las convenciones humanas. Por ejemplo, el lenguaje es una y el mercado es otra manifestación de ese Derecho. Para los teóricos



el contrato social puede ser un pacto más o menos visible en el contexto de una democracia. Como sea, ninguna norma, cualquiera sea su jerarquía puede obviar la fuerza de la realidad y de las convenciones humanas.

El Derecho vivo está en los contratos, en las interrelaciones sociales, en el mercado y sus diversas dinámicas, en las instituciones familiares y sociales orgánicas, en la jurisprudencia que va configurando un hábito social. Cuando el Derecho positivo produce hipótesis y sanciones de espaldas a esa realidad, produce en realidad "anomia" y genera un cúmulo de normas jurídicas ineficaces, que simplemente no se cumplen.

Ehrlich concentró su atención, más que en lo contencioso o judicial, en los acontecimientos reales que impulsan los procesos, los casos, las costumbres que se visibilizan en los juicios. Pero, constató que esto no es del todo suficiente. Sólo una pequeña parte de la vida real es llevada ante los tribunales o a otros órganos de autoridad.

Los acuerdos que se convierten en negocio jurídico dan una visión más general. El documento negocial es uno de los mejores testimonios del Derecho vivo. Se observa los contratos típicos, los acuerdos recurrentes, las transacciones así como los tipos de familia que se van constituyendo, asentando e institucionalizando. El divorcio, por ejemplo, es un acuerdo o un hecho insoslayable que en una sociedad dada, debe forzar la legislación por la simple fuerza de las estadísticas y las demandas sociales. A veces, las normas morales y el imperativo religioso mismo cede frente a esa fuerza descomunal que es la vida social. Más allá de la teoría tridimensional del Derecho, concebida por Miguel Reale, hay que construir una jerarquía de componentes del Derecho. Así, el Derecho, el que tiene vida y no es sólo un cascarón vacío, es antes que todo "vida social" y después norma positiva y valores. Sin embargo, estos valores emergen de la vida social misma, por lo que todo referente se encasilla allí, en la

médula de la convivencia y de los acuerdos.

La sociología sirve, por ello, para el mejor conocimiento del Derecho. Así, contra la afirmación dogmática que afirma a la norma legal como la expresión suprema de la voluntad general surge, más allá de los estereotipos que el Derecho configura, la norma social institucionalizada, enraizada y sólida por el consenso. Las normas legales y la Constitución misma puede quedar, si ignoramos esa fuerza, apenas como letra muerta.

El abordaje de los problemas jurídicos que se refieren a normas de contenido dudoso y que requieren actualizarse debe hacerse apelando a la observación de la vida social y de los problemas reales que la norma busca enfrentar. La única manera de interpretar con actualidad es conciliando la norma con la realidad a través de la interpretación. Sin esas condiciones, el intérprete está interviniendo en la dinámica natural de la vida social, tergiversándola y alejando al Derecho de la sociedad en la que se aplica. Las necesidades de la vida jurídica exigen que la ciencia del derecho tenga una función creadora

3. ¿QUIÉN INTERPRETA QUE LA MUTACIÓN SE HA PRODUCIDO?

Los problemas que se plantean es sobre los sujetos que establecen la mutación y cuán vinculante puede ser ésta. Conviene señalar que en el Perú el supremo intérprete de la Constitución es el Tribunal Constitucional y por tanto se debe derivar a este órgano la tarea de la actualización no formal de la Carta, no concibiendo el proceso como una intromisión legislativa sino como una determinación de los contenidos constitucionales desfasados. La interpretación constitucional del Tribunal Constitucional con efectos genéricos y aplicada en la tarea del control de la constitucionalidad de las leyes y la reforma constitucional formal debieran ser considerados los únicos mecanismos de cambio constitucional. Lamentablemente, la primera figura no forma parte de la práctica jurídica peruana.



Sin embargo hay que precisar que no es admisible la legislación positiva del Tribunal, pues éste carece de poder constituyente, la suya es una labor de interpretación según los métodos existentes. Se interpreta lo que es dudoso y poco claro. Cuando en esa tarea el Tribunal encuentra un vacío, debe integrar, debe cubrir ese vacío. En ese proceso, el intérprete puede reparar que el vacío es, en realidad, un desfase. Por ejemplo, si un texto antiguo (asumiendo hipotéticamente una carta constitucional vigente desde los albores del siglo XX) definiera al gobernante como Jefe de las fuerzas de mar y tierra ¿Cómo entender su vínculo con las fuerzas del aire? Los avances tecnológicos, en este caso la tecnología de la aviación, inducirían a cubrir los vacíos de la norma. El caso nos lleva a una situación problemática si en un conflicto armado se requiere asumir el mando presidencial de las fuerzas armadas en general.

Así, sólo a través de la interpretación constitucional (el interprete que corresponda según cada ordenamiento) es posible concebir la mutación. Esta existe, es palpable, pero tiene efectos jurídicos sólo a partir de las vías regulares del Derecho para interpretar las normas *erga omnes*.

Pero, la interpretación constitucional tropieza con diversos escollos, el principal es que los procedimientos de interpretación o integración son en gran medida ficticios. Se basan en la suposición ingenua e inconsciente de que existe un legislador que tiene exactamente los mismos deseos y temores del que emplea los métodos de interpretación (magistrado del TC o juez), por lo que la función del interprete se constriñe en elegir las premisas legales para obtener una conclusión deseada, que no necesariamente es la que quiso el legislador, y así, la deducción lógica no pasa de ser mera apariencia: no está al servicio de la verdad sino del interés. Una fórmula es estudiar la realidad apelando a los métodos de las ciencias sociales para ubicar los cambios en el entorno de la norma e integrarlos

a la interpretación.

La dialéctica política, como ha sido tradicional en la vida peruana, ha impedido que en el Perú las normas constitucionales sean revisadas y actualizadas. El legislador tiene dificultades para hacerlo y, por lo general, insuficiencias técnicas para amoldar las normas. Frente a ello nace el reto de una función creadora en materia de interpretación por parte del magistrado constitucional sin necesidad de recurrir a legislación positiva (está impedido de hacerlo por incompetencia constituyente), ella implica el reconocimiento por vía de interpretación de las mutaciones constitucionales.

La realidad avanza aceleradamente, los cambios dejan atrás muy rápidamente a los contenidos constitucionales. Se dice, por ejemplo, que la Constitución de 1979, aún siendo de avanzada para su época, quedó desactualizada por fenómenos como la violencia armada, la globalización, la informalidad, las migraciones, el auge del mercado y la relativización del principio de soberanía frente al fortalecimiento del tema "derechos humanos". Como en ese caso, es posible que la opinión pública empiece a invocar la necesidad del cambio incluso para la Constitución vigente, pero muchas veces el debate surge cuando no hay un espíritu constituyente o cuando la conflictividad política hace difícil cualquier consenso. De allí surge el rescate del principio de mutación constitucional con el sustento de la teoría del "Derecho vivo".

CONCLUSIONES

1. La Constitución es un contenido textual destinado a durar, no se elabora para normar situaciones concretas, sino para ser la piedra angular normativa del Estado. Sin embargo, las transformaciones sociales, culturales y económicas fuerzan al constituyente a establecer mecanismos de reforma (Constitución, artículo 206) para que el Congreso ordinario mediante sistemas calificados de votación cambien parcialmente el texto sin desviarse de su



contenido esencial o de la llamada "Constitución histórica"

2. Aún cuando existen mecanismos básicos y explícitos de reforma del texto constitucional es claro que estos proceden cuando cuando el Congreso repara que la letra ha sido desfasada por la realidad. Estas situaciones son poco probables, pues por lo general, las reformas constitucionales se realizan en el marco de una reforma política y de cambios objetivos de carácter político. Es muy difícil que un parlamento permanezca atento a la dialéctica social y a los cambios incrementales de la realidad.
3. Dado que la realidad cambia (por ejemplo, la caída de la orbita socialista, la globalización, las migraciones masivas del campo a la ciudad, etc), la Constitución se convierte en materia inerte y, por tanto, ineficiente e inaplicable. Se convierte en lo que Loewenstein denomina "carta semántica o apenas nominal". Ningún texto fundamental puede quedar desfasado por la rigidez de su literalidad, pues se produce un vacío que podría amenazar la institucionalidad misma.
4. En razón de la necesidad de hacer de la Constitución un texto vivo es que aquella se torna elástica. Esta posibilidad radica en una concepción particular del Derecho, una que lo considera esencialmente un órgano vivo, siempre actual y por tanto eficiente en la consecución de sus propios objetivos. La teoría del Derecho vivo permite fundamentar la razón por la cual la Constitución vive más allá de su letra, como un texto implícito que se reconoce en la dinámica de la vida social.
5. La mutación no es visible sin que medie un intérprete válido. Ese intérprete es el Tribunal Constitucional. Es posible que algunos juristas rechacen la tesis en tanto se constituye una peligrosa vía para que el Tribunal asuma funciones constituyentes que no le corresponden. Pero, el Tribunal no

reforma por sí mismo, sólo advierte que la mutación se ha producido. El Tribunal puede apelar a esta fórmula, precisamente cuando la mutación real ha producido vacíos y debe cubrirlos.

NOTAS

- * Profesora de la Escuela de Ciencia Política de la Facultad de Derecho y Ciencia Política. UNMSM
- ¹ LOEWENSTEIN, K, Teoría de la Constitución, trad. de Alfredo Gallego A, Ed. Tecnos, Barcelona, 1976.
- ² BRYCE, James, Constituciones flexibles y constituciones rígidas, 2a. ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962
- ³ VEGA, P. La reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente. Tecnos. Madrid 1988
- ⁴ PINTO FERREIRA, La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, Madrid, Tecnos, 1991.
- ⁵ JELLINEK, G. Reforma y mutación de la Constitución / G. Jellinek ; estudio preliminar Pablo Lucas Verdú ; traducción Christian Föster ; revisado por Pablo Lucas Verdú.—Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1991
- ⁶ LINARES QUINTANA, Segundo V, Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953, t. II,
- ⁷ CAMPOS, Milton. "Constituição e realidade", Revista Forense, núm. 187, enero-febrero de 1960
- ⁸ JELLINEK. Op. Cit
- ⁹ JELLINEK. Op. Cit
- ¹⁰ ROBLES, Gregorio. Ley y Derecho vivo: método jurídico y sociológico. Editor: Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 2002.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ALVAREZ CONDE, E, Curso de Derecho Constitucional, Vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1996
- 2.- AJÁ, E. Introducción a Lassalle, F. ¿Qué es una Constitución?. Ariel, Barcelona. 1994.
- 3.- ARNAUD, A. J.; FARIÑAS, M. J.: *Sistemas Jurídicos: elementos para un análisis sociológico*. Universidad Carlos III. BOE. Madrid, 1996.
- 4.- BALAGUER CALLEJÓN F. (coord.) y otros, Derecho Constitucional, Madrid, ed. Tecnos, 2ª ed., 2003
- 5.- BERNALES BALLESTEROS, E. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Lima - Perú: Constitución y Sociedad, Cuarta edición, 1998,



Lucciola Trajman Robles

- 6.- BISCARETTI DI RUFFIA, P, Derecho Constitucional, trad. Lucas Verdú, Pablo, Ed. Tecnos, Madrid, 1982
- 7.- CARBONELL, M, Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes, Ed. Porrúa, México, 1999
- 8.- LINARES QUINTANA, Segundo. Tratado de Interpretación Constitucional. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1998.
- 9.- DÍAZ, E.: *Sociología y Filosofía del derecho*. Ed. Taurus, Madrid, 1980.
- 10.-FERRARI, V.: *Funciones del derecho*. Ed. Debate, Madrid, 1989.
- 11.-DE ENTERRÍA, E. La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. Madrid. Civitas.1985
- 12.-GARCÍA SAN MIGUEL, L.: *Notas para una crítica de la razón jurídica*.Universidad Complutense, Madrid, 1975.
- 13-GIDDENS, A.: *Sociología*. Ed. Alianza, Barcelona, 1991.
- 14.-HESSE, K: *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, 1983.
- 15.-JELLINEK, G. Reforma y mutación de la Constitución / G. Jellinek ; estudio preliminar Pablo Lucas Verdú ; traducción Christian Föster ; revisado por Pablo Lucas Verdú.—Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1991
- 16.-LANDA, C. La posición jurídica del Tribunal Constitucional peruano. CEPC. 2003
- 17.-LAPORTA, F. Las dos vías para la reforma de la Consttución, en Claves de razón práctica - núm. 145, septiembre, 2004
- 18.-LOEWENSTEIN, K, Teoría de la Constitución, trad. de Alfredo Gallego A, Ed. Tecnos, Barcelona, 1976.
- 19.-RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*. Universidad Nacional Autónoma de México. México,1986.
- 20.-ROBLES, G.: *Sociología del derecho*. 2.a ed. Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- 21.-SÁNCHEZ F Remedio, El Estado constitucional y su sistema de fuentes, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 3ª ed., 2005
- 22.-Serie Completa de "Lecturas Sobre Temas Constitucionales Andinos". Lima: Comisión Andina de Juristas
- 23.-SORIANO, R.: *Sociología del derecho*. Ed. Ariel. Barcelona, 1997.
- 24.-TREVES, R.: *Sociología del Derecho*. Ed. Ariel, Barcelona, 1988.
- 25.-VEGA, P. La reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente. Tecnos. Madrid 1988.
- 26.-VIGO, R. Interpretación Constitucional. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.1993