

*El “Fraude a la Constitución”  
Ensayo de un análisis jurídico de las recientes  
revoluciones políticas: Italia, Alemania, Francia (1942)\**

*Georges Liet-Veaux  
Profesor de la Universidad de París*

*Traducción del original en francés por el Dr. Sergio Díaz Ricci,  
Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Tucumán, Argentina\*\**

**Resumen:** *Este estudio clásico del profesor Liet-Veaux define el concepto fraude a la Constitución partiendo del análisis de las experiencias constitucionales ocurridas en Europa en los años anteriores a la II Guerra Mundial, que condujeron al ascenso al poder de regímenes fascistas en Italia, Alemania y Francia, precisamente por la manipulación y fraude a las Constituciones entonces vigentes.*

**Palabras Clave:** *Constitución; Fraude a la Constitución; Fascismo.*

**Abstract:** *This classic study by Professor Liet-Veaux defines the concept of fraud to the Constitution based on the analysis of the constitutional experiences that occurred in Europe in the years before the Second World War, which led to the rise to power of fascist regimes in Italy, Germany and France, precisely because of the manipulation and fraud of the Constitutions then in force.*

**Key words:** *Constitution; Frauded to the Constitution; Fascism.*

PRIMERA PARTE - Estudio de los métodos políticos utilizados por las tres grandes revoluciones políticas recientes:

1. La instalación del régimen fascista en Italia: a) Parece haber respetado la letra del Estatuto de 1848. b) Ha rechazado las concepciones fundamentales de éste.

2. El avenimiento del régimen nacionalsocialista en Alemania: a) Parece haber respetado la Constitución. b) Ha rechazado los principios fundamentales del derecho público alemán.

---

\* El título original en francés de este artículo del profesor G. Liet-Veaux es : « La fraude a la Constitution. Essai d'une analyse juridique des revolutions communautaires récentes : Italie, Allemagne, France, » publicado en la *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Etranger*, Tomo 58º, Año XLVIII, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1942 pp. 116-150.

\*\* La traducción ha mantenido la estructura del trabajo y su puntuación. Las notas son la transcripción textual de las citas del autor. La traducción fue publicada en la *Revista Peruana de Derecho Público*, N°10, Año 10, Enero -Junio 2005, pp. 11-41.

3. La revisión constitucional francesa de julio de 1940: a) Parece haber respetado la letra del artículo 8 de la ley de 25 de febrero 1875. b) Ha rechazado las concepciones fundamentales de la Tercera República.

Sin embargo, la clave de esta revolución no se encuentra en la violación del artículo 8, apartado 4° ni en la vulneración de la regla de nuestro derecho público que prohíbe las delegaciones de competencias.

SEGUNDA PARTE. Ensayo de una teoría del fraude a la constitución.

1. Estudio teórico: la noción de fraude a la constitución: a) El fraude a la ley, los abusos de competencias. b) Las revoluciones por fraude a la constitución: el órgano constituyente no puede sin contradicción instaurar nuevas reglas de revisión constitucional mientras rechaza los principios de su propio poder.

2. La noción de fraude a la constitución y las tres grandes revoluciones políticas recientes: Consecuencias: los límites que la Asamblea Nacional ha impuesto al ejercicio de la competencia constituyente del Mariscal Pétain son nulos, en particular el otorgamiento a título personal de esta competencia.

Las recientes revoluciones políticas de Italia, Alemania y, en particular, Francia han transtocado el sistema constitucional de Europa. Ellas se desarrollaron según procedimientos cuyo análisis jurídico no ha sido todavía abordado. Parece haber una laguna tanto en el estudio de la continuidad del todo el derecho, como en la apreciación de los poderes y de las responsabilidades que corresponden a sus artífices.

¿Más se dirá, cómo estos actos de fuerza, estos puros hechos, pueden ser objeto de un estudio *jurídico*? A esta objeción liminar, conviene responder que, contrariamente a lo que a veces supone el sentido común, aquéllos no son los actos de violencia característicos de las revoluciones, sino más bien la violación de disposiciones relativas la revisión de la constitución en vigor<sup>1</sup>. La intervención de la fuerza no es siempre una consecuencia necesaria de la violación de esas disposiciones. Toda acción revolucionaria tiende, en efecto, a derribar a los titulares del poder político despreciando el orden jurídico que funda el poder de aquéllos. Si este orden jurídico se derrumba por sí mismo, no deberá ser ejercerse ninguna violencia: así ocurrió en 1870 luego de la caída de Sedan. Además, únicamente esta violación del orden constitucional es la que permite contraponer una revolución con aquellos problemas “menores” denominados insurrecciones, revueltas, rebeliones, etc. Por lo tanto, tal criterio es, por naturaleza, *jurídico*<sup>2</sup>.

No provoca ninguna dificultad su aplicación a los tradicionales golpes de Estado, pronunciamientos, *putschs*, restauraciones y revoluciones al modo liberal que han agitado la Europa en el siglo XIX. Por el contrario, la dificultad surge en las recientes revoluciones políticas. Su desarrollo saca a la luz esta paradoja: el respeto aparente de las formas constitucionales vigentes, seguido de un cambio radical del espíritu de las instituciones. El fenómeno es original, se lo puede individualizar aunque aún resta darle un nombre. Es un concepto del cual, eventualmente, pueden extraerse consecuencias para la ciencia política.

---

<sup>1</sup> Vid. G. Liet-Veaux, *La continuité du droit interne; essai d'une théorie juridique des révolutions*, 1943, p. 70 a 73.

<sup>2</sup> Sin embargo, el decano Bonnard, estudiando *Las Actas Constitucionales de 1940*, sostuvo en su Revista (1942, p. 52, nota 2) que las revoluciones pueden, en ciertos casos, ser *legales*. Al parecer, partía desde el punto de vista de la letra de las disposiciones analizadas.

Una primera parte, empleando un análisis histórico jurídico, tendrá por fin describir los métodos políticos utilizados por las revoluciones políticas recientes. Una segunda parte, procediendo deductivamente, tendrá por fin incorporar el proceso descrito en una categoría jurídica cercana al fraude a la ley, a la cual nosotros proponemos darle el nombre de “fraude a la constitución”.

## PRIMERA PARTE

### **Estudio de los métodos políticos utilizados durante las tres grandes revoluciones políticas recientes**

#### Principio del formulario

Es la revolución fascista italiana -por el momento se supondrá que hubo una *revolución* fascista, una *revolución* nacional-socialista y una *revolución* francesa en 1940- la primera que revela esta contradicción fundamental. Este inicio, este proceder y eso, a veces, no lo fue sin esfuerzos, sin incoherencias.

La revolución nacional-socialista alemana lo adoptó algunos meses después y Asamblea Nacional francesa lo hizo durante una sesión parlamentaria.

#### 1. *La instalación del régimen fascista en Italia*

La instalación del régimen fascista en Italia, a los ojos de un positivista, estuvo bien realizada respetando las formas constitucionales en vigor<sup>3</sup>.

Si nos situamos en las postrimerías de la guerra de 1914-1918, la Carta acordada en 1848 por el rey de Cerdeña a sus súbditos, conforma la Constitución del Estado. Por estar asociada a la historia del *Risorgimento*, ésta era muy célebre. Sin contener ninguna disposición relativa a su revisión, ella era modificada por obra del órgano legislativo. Tal era la costumbre constitucional de este pequeño reino que se convirtió en un gran Estado.

Empero, reinaba el desorden y la anarquía. Los pillajes y las huelgas se generalizan; deliberadamente se habla de “guerra civil”; llamadas “*jacquerie*” (revueltas populares). El Gobierno deja actuar a los pequeños agitadores pues prefiere acordar con los más fuertes. Es en este desorden y a causa de él, que va a crecer el partido fascista.

Tres fases pueden ser distinguidas en el cambio de régimen: la génesis del partido (1919-1920), la fase del “*escuadrismo*” (de 1920 hasta la Marcha sobre Roma); y la instalación del régimen (1922-1928).

Si se exceptúan los “grupos de acción revolucionaria” de 1915, la génesis del partido tuvo por marco a Milán, donde el 23 de marzo de 1919 nace el primer grupo fascista en el ámbito de un “círculo industrial y comercial”. Tuvo poco éxito: en noviembre de 1919, recogió en Milán mismo, 4.700 votos sobre 200.000 votantes. Sin embargo, el desorden aumentaba en el Estado y la falta de gobernabilidad era escandalosa. Motines sangrientos tuvieron lugar a lo largo del año 1920. Fue entonces que “las camisas negras” se encargaron por sí mismas de hacer de policía. La línea de conducta del partido se manifestó de este modo: actuar en el país, generalmente por la fuerza, en lugar de ganar votos.

<sup>3</sup> Vid. Prélot, *L'empire fasciste*, 1936; Joseph Barthélémy, *La crise de la démocratie contemporaine*, 1931; P. Marion, *Leur combat : Lénine, Mussolini, Hitler, Franco*, 1939.

Esta primera fase en la historia del partido no comporta ninguna violación de las reglas constitucionales en vigor. La monarquía parlamentaria se limitaba a dejar hacer: esto no iba contra el *Statuto*.

El “*squadrisme*” marca la segunda fase del advenimiento del fascismo: es el período de los pelotones de asalto y de las “expediciones punitivas” contra las “ligas rojas”. Una policía privada, improvisada, que bajando en motocicletas o en automóviles en un pueblo, castiga a los adversarios políticos, cambia a las autoridades municipales, toma a veces rehenes y después desaparece. Por el temor a los socialistas, el gobierno por lo general no interviene. La postura de Giolitti debe ser vista de otra manera; en todo caso, el 15 de mayo de 1921, el partido fascista obtuvo la elección de 35 representantes, de los cuales 34 figuraban en las listas gubernamentales.

Este acceso a la dirección de la vida pública llevó a sus jefes a precisar su doctrina. Mussolini la declara republicana, lo que no fue sin alguna oposición, en particular en el Piamonte. Al mismo tiempo, en Roma, Bonomi es nombrado jefe del Gobierno. Los poderes públicos parecen en fin reaccionar y ordenan la disolución de los cuerpos civiles armados. Pero en el inicio de 1922, una crisis parlamentaria insignificante, conduce a Facta al poder. Se dijo que en esto tuvieron que ver Giolitti y el mismo Mussolini. Lo cierto es que las expediciones punitivas se multiplicaron. Los fascistas organizaron los servicios públicos. Ocuparon Bolonia el 1 de junio, tomaron la alcaldía de Milán en agosto. Sustituyeron las autoridades municipales en Génova. Finalmente, el Congreso de Nápoles le permitió al partido apoderarse del sur de la península: Roma se encontraba rodeada por las fuerzas fascistas. El 20 de septiembre, en un discurso en Udine, Mussolini anuncia que colaborará con el Rey, y que si no “él no lo salvará”. Los fascistas de combate se concentraron alrededor de la capital. Se estableció un gabinete de transición presidido por Salandra. Sin embargo, el número de milicianos creció rápidamente; incluso el ejército deja de rehusar su cooperación, a condición de que sea respetada la Corona. Se aventuran hasta los límites mismos de Roma.

Frente a esta situación, el Gobierno permanece impotente: tampoco declara el estado de sitio. ¿Facta estuvo poco decidido o el Rey lo rechazó?

Mussolini llega de Milán, y cuatro generales fascistas marchan sobre Roma el 28 de octubre. El Rey cede y Facta es removido. Salandra es convocado por el Rey para formar el nuevo gobierno, pero fracasa. Mussolini es entonces convocado a formar gobierno: había triunfado. Presta juramento a la Constitución y a las leyes, y recibe de Facta la dirección de la administración. El nuevo jefe del Gobierno reúne los asuntos interiores y exteriores. Por lo demás, tres fascistas solamente entran en la integración de los ministerios. El 16 y 17 de noviembre, Mussolini se presenta ante la Asamblea y las deliberaciones finalizan con un voto de confianza.

Así termina la segunda fase, aquella de la de la acción y de la fuerza. La Marcha sobre Roma no entra en la categoría de los golpes de Estado ni de los pronunciamientos pues, en último análisis, ninguna irregularidad aparece aún en este cambio de régimen. Entonces, técnicamente, es cometer un abuso de lenguaje hablar, en sentido formal, de la “revolución de octubre”, como lo hizo el legislador creando la Comisión de los Quince en septiembre de 1924, o modificando la Constitución el 9 de diciembre de 1928. Esta pretendida revolución no fue más que una especie de manifiesto frente al cual el Gobierno en el poder creyó necesario dimitir. Hasta allí la crisis había sido bien resuelta dentro de la ortodoxia constitucional, como lo escribió el *Popolo d'Italia* del 29 de octubre.

Esto es lo que justamente destacaba el profesor Gemma en 1924, remarcando que: “En Italia, se ha llegado hasta pronunciar la palabra de *revolución* y, en cierto sentido, con razón. Pero, puesto que todo esto se cumplió sin tocar los fundamentos de la Constitución..., no puede haber una interrupción de la continuidad de la vida gubernamental en Italia”<sup>4</sup>.

Y esta continuidad formal se mantuvo a lo largo de la tercera fase, durante el período de la instalación del régimen. El gobierno restaura la noción de autoridad. La reforma escolar es la obra de Gentile; Oviglio reorganiza la justicia y Stefani equilibra el presupuesto, cada uno actúa dentro del marco de sus respectivas atribuciones constitucionales.

Más debido a las dificultades sobrevinientes en la dirección del partido, ante de los problemas suscitados por la elección (el partido acusa 18 muertos y 147 heridos de una sola vez), y después de la desaparición de Mateotti, el jefe del Gobierno decide cambiar de método y suprime entonces la libertad de prensa. Su importante discurso del 3 de enero de 1925 es verdaderamente revolucionario: el régimen ha elegido su camino y evoluciona rápidamente hacia el Gobierno unipersonal. Las etapas son conocidas: la ley del 24 de diciembre de 1925 relativa a las atribuciones del jefe del Gobierno; la ley de 31 de enero de 1926 acerca de la facultad del poder ejecutivo para dictar decretos legislativos; la ley de 3 de abril de 1926 de sindicatos; la ley del 21 de abril de 1927 sobre la organización del Estado corporativo; del 17 de mayo y 2 de diciembre de 1928 de reorganización del Parlamento; del 9 de diciembre de 1928 y 14 de diciembre de 1929 sobre la Constitución y las atribuciones del Gran Consejo fascista; del 20 de marzo de 1930 del Consejo nacional de las corporaciones, etc.

Desde el punto de vista formal, esta tercera fase, al igual que las dos primeras, tampoco es una revolución. Puesto que la Constitución no contiene ninguna disposición relativa a su modo de revisión, el órgano legislativo no está ligado por nada en el ejercicio de su competencia constituyente, a menos hasta la ley de 9 de diciembre de 1928.

Más desde el punto de vista material, el nuevo Gobierno ha trastornado, por sus métodos, la vida constitucional de Italia: es allí donde se halla a la revolución. Será suficiente para recordar, para convencerse, los axiomas fundamentales de la doctrina fascista, tal como ella ha sido aplicada a partir de 1922, dentro del marco de un régimen hasta entonces *parlamentario, liberal*, inspirándose desde la formación de la unidad italiana en los principios *individualistas* de la *soberanía nacional*.

El fascismo es, en primer término, *antiparlamentario*<sup>5</sup>. La oposición fue suprimida en la Cámara de Diputados. El Senado, cuyos miembros terminaron por ser designados por el Gobierno, dejó de formular críticas. Las Asambleas perdieron su derecho de control sobre la política de la administración. Algunos han visto en esta evolución un retorno a la verdadera doctrina del *Statuto*, de esencia monárquica. La introducción de la colaboración entre poderes, del parlamentarismo, había transformado el espíritu autoritario en el cual el Estatuto había sido primitivamente concebido. Realzando el prestigio del órgano ejecutivo y restaurando sus poderes, Mussolini hacía una mejor aplicación de la Constitución. Para A. Rocco, por ejemplo, la ley de 24 de diciembre de 1925 sobre los poderes y las prerrogativas del jefe del Gobierno entraba “dentro del marco del Estatuto fundamental del reino; las reglas de este Estatuto no son de ninguna manera modificadas: al contrario son reforzadas”<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> S. Gemma, «Les gouvernements de fait», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1924, III, t. IV, p. 307.

<sup>5</sup> En este sentido: A. Rocco, en la *Revista Política*, febrero 1927.

<sup>6</sup> A. Rocco, «La réforme constitutionnelle en Italie», *Revue politique et parlementaire*, marzo 1926, p. 329 a 345. En este sentido: Arrigo SOLMI, *La riforma costituzionale*, Milan, 1924.

Esta opinión no podrá ser compartida. El régimen unipersonal, tal como lo concebían los autores del Estatuto de 1848, debía entenderse referido a la Corona. Restaurar el Estatuto habría significado restaurar a Víctor Manuel III. Desde el punto de vista material, el régimen fascista rompe rotundamente con el espíritu de las primeras instituciones italianas. Además, en 1922, el régimen había quebrado indiscutiblemente la forma parlamentaria: el rechazo al principio parlamentario fue por sí sólo una revolución.

Más el fascismo fue más lejos y se hizo *antiliberal*. Las libertades de reunión y de asociación desaparecieron. La opinión pública dejó de ser representada por esos partidos inestables que habían arruinado la fuerza de los Gobiernos de Giolitti, Bonomi y Facta. Pasa a ser dirigida por un partido único, integrado dentro del Estado, cuyo órgano supremo, el Gran Consejo fascista, ha ocupado la primera posición en la evolución de la política constitucional italiana. El régimen es autoritario, ya no es más liberal.

En tercer lugar, el fascismo se declara *anti-individualista*, en beneficio de un sindicalismo que fue comparado con el soviético. En este campo, la doctrina es absoluta: “Todo para el Estado, nada fuera del Estado, nada contra el Estado” (A. Rocco).

Finalmente, el fascismo ha renegado del principio de la *soberanía nacional*. Mussolini ha gobernado siete años sin consultar al pueblo. Las elecciones de carácter plebiscitario de marzo de 1929, por otra parte, tuvieron lugar con un espíritu nuevo: de una fuente del poder se convierte en un simple medio de prueba, una verificación de la conformidad entre el Gobierno y el país.

Así, ya no subsiste casi nada del espíritu y tampoco las instituciones del viejo *Statuto*. Si, desde el punto de vista formal, parece precipitado situarla el 28 de octubre de 1922, de todos modos ha habido allí, en el fondo, una revolución que finalmente ha llegado hasta “los fundamentos de la constitución”, para emplear los términos del profesor Gemma.

La práctica gubernamental y la jurisprudencia italiana están en lo demás de acuerdo. Desde ya el programa del partido, redactado en agosto de 1919, conducía a la abolición del Senado y la convocatoria de una Asamblea Constituyente, “Constituyente nacional, sección italiana de la Constituyente internacional de los pueblos”. Más tarde, la ley de 9 de diciembre de 1928 sobre la Constitución y las atribuciones del Gran Consejo fascista, otorgó, en su artículo 4, los honores particulares a aquéllos “que tuvieron grandes méritos con la *revolución fascista*”. La ley de 14 de diciembre de 1929, teniendo el mismo objeto, habló varias veces de “la causa de la *revolución fascista*” (artículos 4, 6, etc.). El artículo 14 de esa misma ley, y el decreto del 17 de noviembre de 1932, obligaron a los jóvenes fascistas a prestar juramento “a la causa de la *revolución fascista*”. El Jefe habla habitualmente de *su revolución*. También los juristas analizan la *revolución fascista*, en particular Joseph Barthélemy<sup>7</sup>.

Pero, si ha habido una revolución desde el punto de vista material, no ha habido revolución desde el punto de vista formal. De allí proviene una cierta confusión en la doctrina. Un especialista, Prélot, no supo qué partido tomar sobre esto que denomina: “la transformación constitucional”.

---

<sup>7</sup> En este sentido: Pietro Gorgolini, *La révolution fasciste*, trad. 1924; Mirkine-Guetzevitch, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, 1938, t. II, p. 371; P. MARION, *Leur combat*, 1939, p. 63 y ss.; etc.

En Italia, Sergio Panunzio, aludiendo a una idea mucho más próxima a los hechos, desarrolla una cierta concepción de revolución permanente<sup>8</sup>. ¿Pero estos dos términos no se contraponen como para poder ser unidos?

## 2. *El advenimiento del régimen nacional-socialista en Alemania*

Aunque procede de un origen diferente a aquél del partido fascista, el partido nacional-socialista alemán ha llevado a cabo una revolución cuya técnica se acerca a aquélla que fue empleada en Italia.

Desde el punto de vista de las formas constitucionales, el advenimiento al poder de los dirigentes no fue una revolución. Tres períodos pueden ser distinguidos para esclarecer esta idea: el funcionamiento de la Constitución de Weimar de 1930 a 1933, la llegada al poder de Hitler y las primeras medidas tomadas por el nuevo gobierno.

Si se remonta a 1930, se encuentra una Alemania regida por un texto constitucional muy mal aplicado. Es un régimen parlamentario en el cual las Asambleas no son capaces de presentar una mayoría estable. En el Reichstag, los partidos son muy numerosos (21 en las elecciones del 6 de noviembre de 1932). Las coaliciones artificiales no lograron sostener a gobiernos efímeros. Ahora bien, el Estado, preso de una grave crisis económica y social, necesitaba una cierta continuidad en la acción gubernamental. En esas condiciones, el 17 de julio de 1930 el Presidente del Reich dio su apoyo al canciller Brüning cuando éste se encontraba en minoría en el Reich: el Gobierno es autorizado a valerse del artículo 48 de la Constitución, permitiendo la legislación por decretos de necesidad y la suspensión de ciertas garantías constitucionales. La práctica subsistió: los sucesores de Brüning no contaron con otro recurso para gobernar. Así se instala una suerte de régimen presidencialista. En 1932, se cuentan 5 leyes votadas por el Parlamento y 59 decretos de necesidad.

¿Esta práctica constituye una revolución? Se debe hablar de utilización abusiva del artículo 48. Mas ¿es que no había necesidad de gobernar? Si ninguna mayoría se forma en el seno del Reichstag, al punto de hacer muy difícil hasta entonces la composición misma de un gobierno, esto es una insurrección que se está gestando. Entonces no era momento de dejar que sigan su curso los problemas que amenazaban a las regiones industriales. De todas maneras, sólo el presidente del Reich tenía la función de apreciar la necesidad contemplada en el artículo 48 de la Constitución: de allí que, en apariencia, éste ha actuado regularmente.

En este marco político, el partido nacional-socialista va a hacer rápida fortuna y a imponer la elección de su jefe a presidente del Reich. Después de haber ensayado en vano el uso de la fuerza, el partido poco a poco se hizo reconocer por las vías constitucionales. En las elecciones de 1928 obtuvo apenas 12 bancas en el Reichstag. El 14 de setiembre de 1930 obtuvo 107. Durante las elecciones a la presidencia de abril de 1932, Hitler recibió 13.420 votos contra 19.366.000 del Mariscal Hindenburg. Tres meses después, el partido nacional-socialista se hallaba representado en el parlamento con 230 bancas. En las Dietas de los Länder, las proporciones fueron las mismas, en general incluso más favorables al nuevo partido. Se comprende, en esas condiciones, que dentro del régimen parlamentario entonces vigente, el jefe de Estado haya apelado al jefe de este partido para formar un nuevo gobierno. Fue así que después de un fracaso, en agosto de 1932, fuera constituido un gabinete nazi, el 20 de enero de 1933.

---

<sup>8</sup> M. Prélot, *L'empire fasciste*, 1936, p. 52 y ss.; Sergio Panunzio, *Rivoluzione e Costituzione*, Milan, 1933.

Todo en estas operaciones es perfectamente regular. Con justo título el canciller Hitler ha hablado, en su proclamación del 31 de enero de 1933, de su gobierno “constituido legalmente”.

En la tercera fase anunciada, la constitucionalidad de las disposiciones que fueron tomadas por el gobierno han sido objeto de más de una crítica. El Reichstag, elegido tres meses después, es disuelto. Podrá haber sido una incorrección política, pero esto no fue dictado menos legalmente. Invocándose el artículo 48, base del régimen constitucional desde 1930, fue que las libertades individuales fueron suspendidas, que rigurosas medidas afectaron al partido comunista, que comisarios del Reich fueron nombrados en los principales Länder: Baviera, Hessen, Bremen, Hamburgo, etc. Después de estas reformas, los nacional-socialistas obtuvieron 288 bancas en las elecciones del 5 de marzo de 1933.

Por la ley del 24 de marzo de 1933, llamada ley de plenos poderes<sup>9</sup>, el gobierno fue habilitado para tomar todas las medidas conducentes a la modificación de las disposiciones constitucionales, salvo aquellas referidas al Reichstag, al Reichsrat y a los poderes del presidente jefe de Estado. Se habla de nuevo de revolución. Más esta delegación de poderes es regular en la forma. La Constitución exigía una mayoría de dos tercios para modificar su texto. Entonces, en el Reichstag, el proyecto del gobierno obtuvo 441 votos contra 94. En el Reichsrat, es adoptado por unanimidad. Después, como lo dejó entender el canciller, el Parlamento fue puesto en vacaciones.

La revolución parece consumarse con la ley del 31 de enero de 1934, que condujo a la supresión de los Länder y otorga todos los poderes constituyentes al gobierno. El artículo 4 es explícito: “El gobierno del Reich puede dictar un derecho constitucional nuevo”.

No hay hasta allí ninguna irregularidad formal: la ley es votada por unanimidad en las dos Asambleas. De este modo, en ningún momento, en ninguna de las tres fases que marcan el cambio de régimen, aparece acto alguno contrario a la Constitución.

A pesar de ello, en el funcionamiento mismo de las instituciones, la revolución abarca hasta los primeros principios de la ciencia del derecho público<sup>10</sup>. La Constitución de 1919 estuvo animada por el principio *individualista* de la *soberanía nacional* que introdujo en un *Estado Federal* las reglas de la *democracia parlamentaria*.

Al *individualismo* fundamental que inspiraba la obra del profesor Preuss, que se manifestaba en instituciones tales como el sufragio universal directo y secreto adaptado al principio de la representación proporcional, el nuevo gobierno sustituyó la noción de comunidad (*Gemeinschaft*): el derecho se define por lo es útil a esa comunidad, y las libertades individuales pasan a un segundo plano. La consecuencia extrema de este totalitarismo comunitario deberá ser la política racista, destinada a conservar la pureza de sangre del pueblo, por la eliminación de los desechos, defectos de la comunidad.

Además de los principios individualistas, la *soberanía nacional* tampoco permaneció. La Constitución de Weimar disponía en su artículo primero: “El poder político emana del pueblo”.

---

<sup>9</sup> Prorrogada hasta el 10 de mayo de 1933 por la ley del 30 de enero de 1933, y prorrogada de nuevo por Decreto del 15 de mayo de 1933, que fue sometido a la aprobación del Reichstag de la Gran Alemania.

<sup>10</sup> R. Bonnard, *Le droit et l'Etat dans la doctrine nationale-socialiste*, 2ª ed., 1939, especialmente p. 3, *loc.cit.*

La nueva noción de liderazgo (*Führung*) de la comunidad hace surgir un poder personal originario, autónomo, unitario, prácticamente irresponsable, que recoge la *adhesión* de la nación a su labor<sup>11</sup>.

Alemania en 1919 estaba a medio de camino entre dos tipos de Estados: en ciertos aspectos permanecía como un *Estado Federal*, pero en otros era ya un Estado unitario. El partido nacional-socialista siempre se concibió a sí mismo como centralizador. Eran ya una gran revolución las dos leyes del 7 de abril de 1933, estableciendo el estado de prevención en los Länder, y, sobre todo, la del 31 de enero de 1934 que, pura y simplemente, suprime a los Länder. El Reichsrat, que no tenía más razón de ser, habrá de ser abolido por la ley del 14 de febrero siguiente.

Finalmente, la Constitución del profesor Preuss debía instalar la *democracia parlamentaria* en Alemania. Había dispuesto con cuidado la separación de poderes y su colaboración. Había previsto contrapoderes para cada autoridad y la manera de resolver todos los conflictos. La noción de *Führung* no se aviene en nada a todo este procedimiento. Los plebiscitos dejan de ser fuente de poder para convertirse en verificaciones de la comunión de pensamiento entre el *Führer* y el pueblo. Las sesiones del Reichstag brinda la ocasión para dar explicaciones al país o para anunciarles una decisión importante: no existe más control de la actividad política del *Führer*.

De este modo son derribados los fundamentos de la Constitución de 1919. El mismo canciller Hitler a veces hablaba de la *Revolución* nacional. La opinión pública reconocía la amplitud de los trastornos ocurridos: el 5 de abril de 1933, la *Kölnische Zeitung* escribía: “No es necesario intentar detener las grandes *revoluciones*, por el contrario, en necesario tender a cooperar con ellas”. Y la cuestión de la revolución aparece incluso en la ley: la ley del 14 de julio de 1933, modificada por la ley del 3 de julio de 1934, dirigida a asegurar la unidad del partido y del Estado, comienza con estas palabras: “Después de la victoria de la *revolución* nacional-socialista...”.

### 3. *La revisión constitucional francesa de julio de 1940*

Algunos años más tarde, el problema se presentó de la misma manera en Francia. Una revolución tuvo lugar en relación a la letra de las leyes constitucionales en vigencia. Sin embargo, el cambio fue tal que se calificó y se califica en seguida como revolucionario.

El artículo 8 de la ley del 25 de febrero de 1875 estaba concebido así: “Las Cámaras tendrán el derecho, por deliberaciones separadas, tomadas en cada una por mayoría absoluta de votos, sea espontáneamente o sea a requerimiento del Presidente de la República, de declarar que se hace lugar a revisar las leyes constitucionales. Después que cada una de las Cámaras haya tomado esta resolución, se reunirán en Asamblea Nacional para proceder a la revisión. Las deliberaciones dirigidas a la revisión de las leyes constitucionales, en todo o en parte, deben ser tomadas por mayoría absoluta de los miembros que componen la Asamblea Nacional. La forma republicana de gobierno no puede ser objeto de una proposición de revisión. Los miembros de las familias que hayan reinado en Francia no son elegibles para la Presidencia de la República”.

El procedimiento seguido en 1940 parece haberse conformado mucho a la letra de este texto<sup>13</sup>, durante sus tres fases.

<sup>11</sup> R. Bonnard, *ibid.*, p. 85 a 164.

<sup>13</sup> *Journal Officiel* del 10 y 11 de julio, Debates Parlamentarios, tener en cuenta *in extenso*.

El 7 de julio, el Parlamento es convocado a sesión extraordinaria. El 8 de julio, un decreto tomado por aplicación el artículo 59 de la ley del 11 de julio de 1938 sobre organización de la nación en tiempo de guerra, transfirió provisoriamente a la ciudad de Vichy la sede de las Cámaras y del gobierno. El 9, se somete a la Cámara de Diputados y al Senado un proyecto de resolución disponiendo que se hace lugar a revisar las leyes constitucionales. En la Cámara de Diputados el proyecto es aprobado, con correcciones, por 393 votos contra 3 (396 votantes sobre 546 miembros de la Cámara); en el Senado el proyecto, con modificaciones, obtiene 225 votos contra 1 (226 votantes sobre 304 miembros legales). Esta fase preparatoria es regular.

La fase principal se desenvuelve al día siguiente. La mañana del 10 de julio estuvo consagrada a las negociaciones políticas durante una sesión plenaria oficiosa que reunió a diputados y senadores. Su instigador, Pierre Laval, allí hizo conocer los términos del proyecto que entendía someter, en nombre del gobierno, a la Asamblea Nacional. Taurines y Dormann anuncian un contra-proyecto, en nombre del grupo de Antiguos Combatientes en el Senado. Laval, apoyándose en la autoridad del Mariscal Petain, obtiene que éste sea retirado, a través de una modificación del texto propuesto por el gobierno: la nueva Constitución no será ratificada “por las Asambleas que ella había creado” sino “por la Nación”. De lo que se supo, este es el único incidente notable de esa reunión oficiosa.

En efecto, el público y la prensa no habían sido admitidos. Un registro taquigráfico debió haberse levantado para ser sellado y depositado en los archivos de la Asamblea Nacional. La sesión permanece “al margen de la deliberación oficial”, como lo hizo remarcar el presidente Jeanneney. La Constitución del Año III había previsto (artículo 66) este género de sesiones “solamente para discutir y no para deliberar”. Ningún texto la prohíbe en 1940: ella queda en el ámbito de las maniobras parlamentarias. Como las votaciones preparatorias, entonces, estas negociaciones políticas han respetado la legalidad.

Durante esa tarde el gobierno sometió a la Asamblea Nacional el único proyecto. El presidente Jeanneney comenzó dando lectura a los apartados 1 y 2 de artículo 8 precitado.

Después se produjo un incidente por la lectura de un telegrama fechado en Argelia el 9 de julio a horas 12,30, y suscrito por 20 parlamentarios que se quejaban por haber sido impedidos de llegar a Vichy. Mientras Laval lamentaba el incidente, Herriot tomó la palabra para sostener la regularidad del embarque de los parlamentarios en el *Massilia*; el Presidente lo aprueba. Laval se puso a explicar, entonces, que el Gobierno había empleado todos los medios a su poder para reunir el más alto número posible de diputados y de senadores; pero la Comisión del Armisticio de Wiesbaden no había dado curso a un pedido de medios de transporte. Desde punto de vista parlamentario, explica, la actitud del Gobierno era irreprochable. Por invitación de su Presidente, la Asamblea cierra el incidente, levanta acta del reclamo antes de pasar a tratar el orden del día.

¿Esta actitud era la jurídicamente correcta? La presencia y la intervención de estos veinte parlamentarios, sobre todo teniendo en cuenta su investidura, pudo haber indudablemente haber modificado el sentido de las discusiones. Por lo tanto, la Asamblea ¿no debió levantar la sesión y retomar la discusión del proyecto de revisión luego de la llegada a Vichy de los reclamantes?. Conviene subrayar que, desde el punto de vista estrictamente constitucional, la posición adoptada por la Asamblea nacional fue regular. En efecto, la cuestión debe plantearse, como el mismo Laval nos lo sugiere, sobre el terreno de la responsabilidad gubernamental.

Si el Gobierno no es responsable, por haber hecho todo lo posible para facilitar el viaje de los firmantes, no había motivo para una suspensión en razón de la protesta. Por lo demás, habiéndose alcanzado el *quorum*, ningún texto fue violado, el procedimiento pudo proseguirse regularmente.

En cambio, si el Gobierno es verdaderamente responsable, si el telegrama de Argel estaba en lo cierto, la cuestión es más complicada. Normalmente, corresponde sancionar esa falta del gobierno a través de la responsabilidad política. Pero la Asamblea Nacional no tenía competencia para cuestionar la responsabilidad del Gobierno<sup>14</sup>: la responsabilidad del Gobierno estuvo suspendida por veinticuatro horas. Por el contrario, esa responsabilidad pudo haber sido puesta en juego durante la víspera, ante la Cámara o ante el Senado. Pero el reclamo, redactado el día 9 a horas 12,30, está destinada solamente la Asamblea nacional. Entonces, cualquiera haya sido su comportamiento en este asunto, el Gobierno permanece en una posición jurídicamente correcta. En cuanto a la Asamblea, pudo levantar la sesión hasta el arribo de los reclamantes, pero no estaba *obligada* a hacerlo. La decisión que tomó no vicia pues la continuidad de las deliberaciones.

Después de este incidente, se presentó una cuestión reglamentaria. El Reglamento de la Asamblea Constituyente de 1848, tradicionalmente seguido en Versailles, fue ligeramente modificado. Fernand Bouisson hizo adoptar el artículo 50 bis del Reglamento de la Cámara de Diputados que permite al Gobierno someter un proyecto de su autoría a votación antes de proceder al examen de proyectos en contra y de enmiendas, lo que permite abreviar las deliberaciones.

Se produjo, entonces, una confusa discusión acerca del sentido del artículo 8 y de los términos: “por mayoría absoluta de los miembros que componen la Asamblea nacional”. El Presidente Jeanneney sostuvo la interpretación literal que siempre había prevalecido: la mayoría del número *legal* de bancas cuyo total, sin tener en cuenta los cargos desechados, detenidos, ausentes o excusados, era de 932 (618 diputados más 314 senadores), o sea, la mayoría era 467. Emile Mireaux y Laval, haciendo una distinción errónea entre este problema y el del Reglamento, invocan las circunstancias excepcionales, para propiciar una nueva interpretación. Boivin-Champeaux se acotaba la fórmula a: “mayoría absoluta con los votos”. La Asamblea adoptó esta modificación del artículo 8, tal como lo había precisado la costumbre constitucional.

En esto no hubo nada de irregular. Ciertos renombrados autores habrían sostenido, antes y después de la revisión de 1940, que la interpretación: “número legal de miembros” no obligaba de ningún modo<sup>15</sup>. Sin embargo, la costumbre constitucional había hecho su tarea, y la interpretación dada en Versailles al artículo 8 se convirtió en el derecho positivo en contra de las mejores interpretaciones exegéticas. En realidad, la Asamblea nacional, que tenía competencia para modificar las leyes constitucionales, también contaba con competencia para derogar implícitamente una costumbre constitucional.

Al final de la sesión sólo surgieron algunos incidentes relativos al Reglamento de la Asamblea.

Después de lectura del informe de Boivin-Champeaux, el proyecto único fue sometido al voto de la Asamblea y adoptado sin más discusión ni argumentación en las votaciones, por 549 votos contra 80 (con 649 votantes). El proyecto fue concebido así: “La Asamblea nacional confiere todos los poderes al gobierno de la República, bajo la autoridad y el refrendo del Mariscal Pétain, a efecto de promulgar por uno o varios actos, una nueva Constitución del Estado francés.

---

<sup>14</sup> Barthélemy et Duez, *Traité de droit constitutionnel*, 1933, p. 892-893.

<sup>15</sup> Barthélemy et Duez, *ibid.*, p. 892; J. Laferrière, *Le nouveau gouvernement de la France*, 1942, p. 30 a 33.

Esta Constitución deberá garantizar los derechos del Trabajo, de la Familia y de la Patria. Ella será ratificada por la Nación y aplicada por las Asambleas que ella habrá creado”.

Un decreto de 10 de julio dispuso la clausura de la sesión extraordinaria.

Ahora se abre la tercera fase de la revisión constitucional, referida a los primeros actos del jefe del Gobierno, investido del poder constituyente. El Mariscal Pétain interpretó inmediatamente acumular esas funciones con las de jefe del Estado. A partir de entonces, era necesario sacar de la escena política al Presidente, Albert Lebrun, así, pues por Acta Constitucional N° 1 se procede a una verdadera des-investidura por supresión del cargo, como lo ha destacado G. Burdeau. Aunque ha sido objeto de críticas, esto ha permanecido dentro de la legalidad, porque el jefe de Gobierno investido de poder constituyente puede hacer caducar, por una disposición con su firma, la enumeración limitativa de casos de cese del poder del Jefe del Estado, contenida en las leyes de 1875.

Seguidamente el Mariscal Pétain hará uso de su competencia constituyente sin jamás transgredir las rudimentarias condiciones impuestas por la ley de 10 de julio de 1940 a su ejercicio, dejamos pendiente para más adelante discusión que va a hacerse *infra*, respecto del Acta Constitucional N° 4 *quinquies*. Ciñéndose a lo literal, la revolución en ningún momento aparece.

Así como el profesor Laferrière analizó la *revisión* de las leyes constitucionales, también el profesor Burdeau menciona “el fin *legal* de un régimen”<sup>16</sup>.

Sin embargo, el espíritu de nuestras instituciones y la estructura misma del Estado han sido trastocadas. Desde el punto de vista material, claramente ha habido una revolución.

Los principios fundamentales de la Tercera República y de nuestro derecho público tradicional han sido arrollados: *la igualdad de los ciudadanos, la separación de poderes, el liberalismo económico, el régimen parlamentario* como conjunto.

La *igualdad de ciudadanos delante de la ley* ha dado lugar a la distinción entre los judíos y los no judíos.

La *separación de poderes* y su colaboración según el modo parlamentario no existen más. El jefe del Estado ejerce la competencia legislativa, la competencia constituyente, la competencia administrativa y, asimismo, en cierta medida, la competencia jurisdiccional (Acta Constitucional N° 7). La responsabilidad de jefe del Gobierno ante el jefe de Estado, tal como fue establecida por las Actas Constitucionales del 18 de abril, 19 y 26 de noviembre de 1942, no denota ninguna colaboración entre las autoridades: ella es más bien una aplicación del principio jerárquico, del principio del “jefe en consejo” que expuso el decano Bonnard en aquella revista.

El *liberalismo económico*, instaurado con estrépito por la Revolución de 1789, ha dado lugar a una economía dirigida, con las leyes fundamentales del 16 de agosto de 1940, a través de los comités provisorios de organización, y del 4 de octubre de 1941, llamada la Carta del Trabajo.

---

<sup>16</sup> J. Laferrière, *op. cit.*, p. 23 a 43 ; G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, 1942, p. 157 a 163.

Y también hay que mencionar de la suspensión de las libertades públicas fundamentales (ley de 4 de septiembre de 1942, relativa a la utilización de mano de obra, etc.); pero en este campo más que en todos los demás, es difícil distinguir la parte que le corresponde a la Revolución nacional con aquélla que es necesaria durante un estado de guerra.

La responsabilidad política de Ministros ante la nación por medio del voto de confianza en las Asambleas recién elegidas constituye el fundamento de nuestro *régimen parlamentario*. Ahora bien, no existe ningún otro medio de control relativo a las Cámaras, pues sólo el Gobierno tiene la iniciativa de convocarlas después de su disolución.

Por otra parte, esta revolución, en sentido material, ha sido provocada por la práctica gubernamental. En su informe del 10 de julio de 1940, Boivin-Champeaux hablaba de “refundación total de nuestras instituciones”. El jefe de Estado no ha ocultado la amplitud de la ruptura: “La revolución desde arriba, como se la ha llamado, descenderá poco a poco hasta los cimientos mismos del Estado y de la nación” (Mensaje 13 de agosto de 1940). La idea de Revolución nacional ha pasado al derecho positivo francés. La ley del 11 de agosto de 1941, creando los Comisarios del poder, dispuso en su último apartado: “Los Comisarios del poder vigilan la aplicación las leyes, decretos, decisiones e instrucciones del poder central *según el espíritu de la Revolución Nacional*”. Los estatutos de la *Francisque*, aprobados por el decreto del 31 de julio de 1942, exigen para todo candidato incuestionables garantías morales: debe reunir “dos de las condiciones siguientes: a) Antes de la guerra, haber ejecutado una acción... conforme a los principios de la *Revolución Nacional*”;...

Los propios juristas han hablado de una verdadera revolución<sup>17</sup>. Más, ellos han tropezado con grandes dificultades para develarla. Si no han cuestionado seriamente la competencia de la Asamblea nacional para proceder a una revisión total de la Constitución, han llegado a adelantar que ha sido desconocida la disposición del artículo 8, apartado 4º, que dispone que “la forma republicana del Gobierno no puede ser objeto de una proposición de revisión”; han llegado a sostener, en segundo lugar, que la Asamblea no había podido delegar válidamente su competencia constituyente. ¿De qué valen estas dos consideraciones para el análisis de la revolución de julio de 1940?

Para saber si la Asamblea nacional ha violado o no el artículo 8, apartado 4º, en cuanto que “la forma republicana de Gobierno no puede ser objeto de una proposición de revisión”, es necesario resolver previamente la cuestión de saber si se aún se estaba en una República. Pueden adelantarse los argumentos de forma y los argumentos de fondo.

En la letra de los nuevos textos, el término República ha cedido su lugar al de Estado. El 10 de julio, el Mariscal Pétain recibe la misión de dar una nueva constitución al *Estado*, no ya a la *República* francesa. Éste recibe el único título de *Jefe de Estado* (Acta Constitucional N° 1 del 10 de julio de 1940). Por consiguiente, los otros títulos han sido modificados: fue así que el *Boletín Oficial*, a partir del 4 de enero de 1941, es del “*Estado Francés*”; los membretes de los papeles oficiales de la administración llevan la fórmula “*Estado francés*”, así como las monedas; las estampillas no llevan más la mención “*Postes Françaises*”. La opinión pública parece muy interesada por estos cambios: habla, a toda hora, de los “procuradores del *Estado francés*”.

<sup>17</sup> R. Bonnard, «Les Actes constitutionnels de 1940», *Rev. du droit public*, 1942, p. 67 y ss.; G. BURDEAU, *op. cit.*, p. 165 a 169. Vid la opinión del profesor alemán R. Hohn: *Frankreichs Demokratie und ihr geistiger Zusammenbruch* (La democracia en Francia y derrumbe moral), Darmstadt, 1940.

Sin embargo, los argumentos de forma no son decisivos porque los hay en ambos sentidos. Así el profesor Laferrière ha remarcado que la ley del 10 de julio de 1940 dio competencia constituyente solamente al Gobierno de la *República*, con exclusión –agrega– cualquier otra forma de gobierno. Incluso, la ley de 17 de julio de 1940, dirigida a modificar la fórmula de promulgación dispone que las expediciones de resoluciones y de testimonios serán intituladas “*República* francesa, en nombre del pueblo francés”. En su mensaje radial del 22 de junio de 1942 (llamando al “levantamiento”), el jefe del Gobierno, Laval, ha invocado que: “Una *República* más joven, más humana, más fuerte debe nacer”. Es necesario deducir de ello que las consideraciones sobre las formas son insuficientes, por sí solas, para establecer si el Estado francés permanece siendo o no una República.

Es en el funcionamiento mismo de las instituciones que la forma republicana de Gobierno es abandonada de una manera más clara (ver *supra*). Ya no es más un asunto de la forma republicana en el sentido como lo entendieron los hombres de 1884. No es sino la República con una “r” minúscula, como finalmente lo ha resaltado Mestre, *res publica*, Estado. Por lo demás, los más renombrados autores son concordantes en este sentido. Hablando del Mariscal Pétain el 25 de junio de 1940, el decano Bonnard escribía muy acertadamente: “es un jefe que se afirma en una autoridad propia y personal: esto es la negación total de la democracia parlamentaria y la afirmación de un régimen autoritario”<sup>19</sup>.

Habiéndose zanjado la cuestión previa, resta examinar cuáles eran los poderes de la Asamblea nacional. ¿Podía ella consentir regularmente este abandono de la forma republicana del Gobierno?

No, para ciertos autores, entre los cuales Barthélemy y Duez han resumido perfectamente este pensamiento: “Si las Cámaras emitieron la votación general que ‘hay lugar para revisar las leyes constitucionales’, la forma republicana de gobierno estaría tácitamente excluida... en razón de la *intangibilidad absoluta, la inmutabilidad de la República*” (en itálica por los autores)<sup>20</sup>. Para esta concepción, el voto del 10 de julio había violado una condición de fondo de la revisión constitucional: la Asamblea nacional había consagrado una revolución de nivel máximo.

Pero, esta primera opinión no fue compartida por toda la doctrina. El decano Duguit sostenía que la disposición insertada en 1884 prohibía solamente esto: “que se pueda iniciar *por las Cámaras* (itálicas por este autor) las deliberaciones sobre forma misma del Gobierno”<sup>21</sup>. En esta segunda visión, la Asamblea nacional, habría podido desconocer esta disposición que era obra suya: de allí, que ésta no la había incurrido en violación alguna el 10 de julio de 1940.

Puesto que no hay más remedio que ir al fondo del debate; sólo debe ser examinado el procedimiento seguido en julio.

Conviene remarcar ante todo que Boivin-Champeaux en el Senado y el Presidente Jeaneney en la Asamblea nacional, al dar lectura del artículo 8, han tenido el cuidado de omitir las restricciones agregadas en 1884. ¿No hubo allí un gesto de pudor, especie de discreción frente a un texto que se temía violar luego?

<sup>19</sup> R. Bonnard, «Les Actes constitutionnels de 1940», *Rev. du droit public*, 1942, p. 69

<sup>20</sup> Barthélemy et Duez, *Traité*, 1933, p. 896; en este sentido : Carré De Malberg, *Théorie générale de l'Etat*, t. II, 1922, p. 592; Esmein, *Eléments*, t. I 1928, p. 553 y 544-545.

<sup>21</sup> Barthélemy et Duez, *Traité*, 1933, p. 896; en ce sens : Carré De Malberg, *Théorie générale de l'Etat*, t. II, 1922, p. 592; Esmein, *Eléments*, t. II, 1928, p. 553 y 544-545

La precaución sería superflua si se sujeta a la *letra* del artículo 8, apartado 4º. En efecto, el texto de la Resolución votada el 9 de julio por cada Cámara disponía: “que hay lugar para revisar las leyes constitucionales”. La forma del Gobierno no estaba en juego. Ciertamente, la exposición de motivos no dejan de dudar sobre el alcance de la revisión, aunque el artículo 8, apartado 4º, no se refiere a la exposición de motivos.

En la segunda fase estadio del procedimiento de revisión, la Asamblea tenía pues todo el poder para desconocer y abrogar tácitamente el artículo 8, apartado 4º, porque la resolución no limitaba la extensión de la revisión.

A la luz de estos datos, el desconocimiento del apartado 4º, en el sentido que la forma republicana de Gobierno no podía ser objeto de una proposición de revisión, aparece como un criterio incierto para caracterizar la revolución de 1940. Así la mayoría de los autores admiten la revolución en la delegación de poderes constituyentes hecha por la Asamblea el 10 de julio.

El mecanismo interno de revisión parece poder analizarse como una delegación de competencias: “La Asamblea nacional da todos los poderes al Gobierno de la República..., al efecto de promulgar... una nueva constitución...”. En su informe a la Asamblea, Boivin-Champeaux hablaba explícitamente de “delegación de poderes”. De Monzie ha mencionado “delegación constitucional”, y el decano Bonnard “ley de plenos poderes constitucionales”. Laferrière escribe en itálica: “*La Asamblea Nacional no ha ejercitado por sí misma el poder constituyente; ella lo ha delegado al Gobierno*”<sup>22</sup>.

La hipótesis extraordinaria de esa delegación por parte de un órgano constituyente no parece haber sido directamente tenida en cuenta antes de 1940. Fue necesario pues recurrir a las reglas de derecho común sobre la delegación de competencias en el derecho público francés.

La práctica gubernamental, la jurisprudencia y la doctrina no estaban de acuerdo sobre este punto.

La práctica gubernamental había introducido en nuestro derecho político la idea de delegación de la competencia legislativa al órgano ejecutivo a través de la práctica crónica de los “decretos leyes”. La misma jurisprudencia se mofaba de dicha noción. Una sentencia de la corte de casación del 11 de marzo de 1941 ha juzgado que un decreto disponiendo medidas represivas, tomado por el Gobierno de la Tercera República en ejecución de una “ley de plenos poderes”, era obligatorio desde su promulgación y hasta su abrogación, aun cuando este decreto no había respetado la condición impuesta por la “ley de los plenos poderes” según la cual una ratificación debía darse en el plazo de un mes o, a falta de Cámaras, después de su primera reunión<sup>23</sup>.

La doctrina tiene una opinión completamente distinta. Estimando que cada órgano constituido no ha recibido en propiedad más que una cierta competencia y solamente el ejercicio legal de esta competencia, concluye que su titular no puede disponer válidamente de aquella por su sola autoridad. Los más grandes autores se encuentran detrás esta opinión<sup>24</sup>. Es curiosa

<sup>22</sup> A De Monzie, *Ci-devant*, 1941, p. 259; Duguit, Monnier y Bonnard, *Les Constitutions de la France, addendum*, 1942, p. 4; J. Laferrière, *Le nouveau gouvernement de la France*, 1942, p. 34.

<sup>23</sup> *Cass crim.*, 11 de marzo 1941 (D. A. 1941, J. 246).

<sup>24</sup> Esmein, *Eléments*, t. II, 1928, p. 81 a 83; Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1929, p. 261 y ss.; y en *Principes*, 1916, p. 637 y ss.; del mismo: nota sobre *C. d'Et.*, 22 de junio de 1928, *Epoux de Sigalas* (S. 1928.3.113), teoría de la delegación de materias; Barthélemy et Duez, *Traité*, 1933,

la opinión de Esmein sosteniendo que la Asamblea nacional habría podido válidamente convocar a los electores para elegir una nueva Constituyente<sup>25</sup>. Esto no sería una negación de la condena pronunciada por la doctrina y por el mismo Esmein contra la noción de delegación de competencia. En efecto, no habría tenido lugar en esta hipótesis, una verdadera delegación: la Constituyente que hubiera reunido habría recibido poderes, no de la Asamblea nacional, sino de la nación misma. Esto no habría sido una delegación de competencias, sino solamente la Asamblea habría procedido a una abdicación de competencia, o sea una suerte de autodisolución.

El 10 de julio de 1940, la Asamblea nacional habiendo hecho una delegación de poder condenada por el derecho público francés, había incurrido en una revolución de máximo grado. El profesor Laferrière lo resume así: “Encargada y sólo encargada por la Constitución para ejercer el poder constituyente, la Asamblea Nacional no podía delegarla ni transferirla a otros”<sup>26</sup>.

Es, pues, a partir de la violación de esta regla tradicional del derecho público francés según la cual un órgano constituido no puede delegar válidamente el ejercicio de la competencia que ha sido legalmente investido, que hay para ver una revolución.

Más este criterio se aplica equivocadamente a la revisión de julio de 1940. Esto supone, en efecto, aceptar que el método seguido por la Asamblea nacional se analice como una delegación de competencias. Lo cual es dudoso<sup>27</sup>. Delegar una competencia, consiste en transferir momentáneamente su ejercicio y en conservar su titularidad. Si el ejercicio se encuentra transferido con una duración ilimitada, la titularidad no es más que un atributo ilusorio. Si el órgano “delegante” no puede nunca más ejercer de nuevo la competencia “delegada”, es que ha transferido también la titularidad. Esta parece haber sido la actitud de nuestros últimos constituyentes que han dado al Mariscal Pétain el encargo de dar a Francia “una nueva constitución”. No hubo aquí ninguna delegación semejante a aquella que contenían nuestras leyes “de plenos poderes” que jamás han encargado al Gobierno dar al Estado una nueva legislación, dentro de un plazo, con una duración y en materias indeterminadas. En julio de 1940, la noción de delegación es incorrecta: allí hay transferencia de poder, *sucesión*. Incurre en un error parte de la doctrina, la práctica gubernamental y la opinión pública, cuando asimilan las nociones de delegación y de transferencia total y definitiva de competencias.

---

p. 196; G. JÈZE, *Principes généraux*, t. II, 1930, p. 373 y nota 2; E. Pujol, *Essai critique sur l'idée de la délégation de la souveraineté*, tesis, Toulouse, 1911; J. Delvolvé, *Les délégations de matières en droit public*, tesis, Toulouse, 1930; nota Rolland, sobre *C. d'Et.*, 27 de diciembre de 1938, *Association amicale des Anciens Combattants des chemins de fer* (D. P. 1939.3.57); nota de A. Mestre, sobre Casa. Crim., 22 de febrero de 1939 (S. 1940.1.1), teoría de la «de-legalización»; J. Dabin, *Doctrine générale de l'Etat*, 1939, n° 136; G. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, tesis, Paris, 1930, p. 41 a 43; Carré De Malberg estimaba que la competencia legislativa no podía ser delegada sino a través del consentimiento de la nación (*Théorie générale de l'Etat*, t. 1, 1920, p. 592 y t. II, 1922, p. 309); Duguit, oponiendo competencia con derecho subjetivo, afirma que «la idea de delegación deber ser absolutamente descartada del derecho público y la expresión debe ser desterrada» (*Traité*, t. IV, 1924, p. 705 y ss.).

<sup>25</sup> Esmein, *Eléments*, t. II, 1928, p. 554.

<sup>26</sup> Laferrière, *Le nouveau gouvernement de la France*, 1942, p. 3 y 33 a 37.

<sup>27</sup> En este sentido: R. Bonnard, «Les Actes constitutionnels de 1940», *Rev. du droit public*, 1942, p. 83; cf. *ibid.*, p. 359.

Cualquier consideración que se intente en el estado actual de nuestro derecho público, tiene que reconocer que no hay elementos por los cuales pueda ser reconocida técnicamente una revolución en julio de 1940. Sin embargo, como en la Italia de 1922 a 1928 y como en la Alemania de 1933, se produjo dentro de la evolución constitucional francesa una ruptura neta a la cual conviene de darle un nombre.

## SEGUNDA PARTE

### Ensayo de una teoría del fraude a la constitución

Con un estudio teórico vamos a aclarar el concepto de fraude a la constitución; luego una visión de la historia política permitirá verificar cómo este concepto nos muestra la evolución constitucional que está destinado a definir, y las consecuencias que deben ser deducidas de éste.

#### 1. *Estudio teórico: la noción de fraude a la Constitución.*

El derecho privado conoce el fraude a la ley, según el cual una persona “tuerce” a la ley, es decir, va en contra del fin de la ley, violando el espíritu, en tanto que se respeta la letra. La mejor definición nos viene del jurisconsulto romano Paulo: actúa en fraude a la ley aquel que *salvis verbis legis, sententiam eius circumvenit*<sup>28</sup>. La expresión no debe suscitar ningún dejo peyorativo, a pesar del empleo de la palabra fraude, pues sólo la ley es defraudada; las partes pueden haber actuado con un fin loable. Así, en materia de testamento, la jurisprudencia civil francesa tiende a presumir nulo, como dirigidos a una persona incapaz de recibir, como hechos en fraude a la ley, los cargos secretos que pudieron haber sido inspirados por una profunda gratitud cubierta de una cierta delicadeza de espíritu.

¿El derecho público no conoce un fraude a la ley constitucional? Siguiendo las huellas de Enrique IV, Luis Felipe se esforzó, desde su llegada al trono, de sustraer algunos de sus bienes personales a la regla fundamental de nuestro Antiguo Régimen, según la cual los bienes del príncipe eran reunidos en la Corona desde el momento en que era llamado a reinar. Luis Felipe creyó lograr esos fines haciendo ciertas donaciones a sus hijos. El decreto del 22-27 de enero de 1852 vino a desbaratar este cálculo pronunciando la nulidad de esas donaciones, en razón de los motivos que éstas tenían en vista en beneficio del príncipe constitucional mencionado más arriba. Es un caso de fraude a la ley constitucional, que interesa tanto al derecho privado como al derecho público.

Ciertas situaciones de puro derecho público se analizan como un fraude a la constitución, aunque no hayan recibido ese nombre. El desvío de poder no es sino un caso de fraude a la ley, a veces de fraude a la constitución. Cuando una autoridad administrativa recibe ciertos poderes en vista a realizar ciertos fines de interés general, ella comete una irregularidad si usa de esos poderes para satisfacer otros intereses. Poco importa que la letra de las disposiciones que la invisten de esos poderes haya sido respetada: se dice que su espíritu ha sido trastocado. La decisión así tomada podrá ser anulada por el Consejo de Estado, por vía del recurso por exceso de poder. Si la disposición legal que determina los poderes de la autoridad administrativa cuya decisión es atacada es de naturaleza constitucional, es la misma constitución que habrá sido sorteada: allí habrá habido fraude a la constitución. Mas esta hipótesis supone que el Consejo de Estado controlar el funcionamiento de la constitución.

---

<sup>28</sup> PAULO, *Digesto*, 1, 3, 29.

Es en Estados Unidos que el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes ha condenado una cierta política que tendía, según los jueces, a torcer el espíritu de la Constitución. Por la sentencia *Schechter*, dictada en 1935, la Corte Suprema estimó que el plan de reformas del presidente Roosevelt (el *New Deal*) colisionaba con dos principios constitucionales generales: por una parte, la separación de poderes y, por otra parte, la estructura federal de la Unión. ¿Esta argumentación no nos evoca por sí misma a las revoluciones políticas que analizamos?

Tratándose de revoluciones, la dificultad proviene de la pretendida soberanía del órgano constituyente. La hipótesis debe ser claramente establecida.

Una constitución escrita o consuetudinaria comporta ciertas reglas relativas a su revisión. El órgano constituyente, actuando según el procedimiento previsto, adopta una disposición acerca del modo de revisión en que constitución vigente será modificada hacia el futuro: las revisiones ulteriores seguirán un nuevo procedimiento en el cual el órgano constituyente se revestirá de una nueva forma. ¿Hubo en esto una revolución?

Una de dos. O las reglas de revisión no son superiores al órgano constituyente en el sentido que éste puede, por una decisión que se conforme a aquéllas, modificarlas para ulteriores revisiones. En ese caso, la hipótesis planteada no es la de una revolución pues en ningún momento aparece ni aparecerá una violación de las formas de revisión. O bien las reglas de revisión se imponen al órgano constituyente con una rigidez tal que éste no puede modificarlas y, por tanto, todas las revisiones deben someterse al procedimiento primitivamente previsto por la constitución. En este caso, la hipótesis presentada es una revolución porque la violación de las formas de revisión aparecerá durante la próxima reforma constitucional efectuada según las nuevas reglas diferentes a aquéllas impuestas por la constitución primitiva, entonces nada se podrá modificar válidamente. En este segundo caso habrá, a la vez, conformidad a la letra de la constitución y revolución.

La cuestión es pues saber si las formas de revisión que prevé una constitución se impone a perpetuidad al órgano constituyente o si, por el contrario, aquéllas pueden ser modificadas por este órgano a través de una revisión conforme al procedimiento previsto. Es el *summum* de la dificultad porque la respuesta no está claramente zanjada ni en un sentido ni en otro.

Es necesario partir de una constatación: las formas de revisión de las constituciones están íntimamente ligadas a los caracteres de los regímenes políticos. En una monarquía de derecho divino, el monarca es el principal agente de revisión; en un régimen de soberanía nacional es el pueblo, sea por intermedio de una Asamblea constituyente dentro de un régimen democrático y parlamentario; sea por vía de un plebiscito en régimen autoritario<sup>29</sup>.

Habiendo admitido este punto de partida ¿cuáles son los exactos poderes del órgano constituyente sesionando regularmente y deseoso de proceder a un cambio en la forma de modificar en adelante la constitución entonces vigente?

Éste tiene competencia para proceder a ciertos retoques en las condiciones de las formas de revisión, cambiar el lugar de reunión de la Asamblea constituyente, exigir un quorum más elevado, una mayoría menos exigente, etc. Igualmente, éste puede modificar ligeramente las condiciones de fondo, decidir que tal artículo será o no será más revisable, que la forma republicana de gobierno no podrá más ser puesta en cuestión, etc. Aún así sería necesario reservar los casos de abuso.

<sup>29</sup> M. G. Burdeau desarrolla esta idea «de la revisión de la constitución considerada como inseparable de un orden jurídico preestablecido» en *Essai d'une Théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, tesis, Paris, 1930, p. 1 a 47.

En efecto, el órgano constituyente no puede decidir el *abandono total y definitivo de las reglas de revisión sustituyéndolas por nuevas reglas*. Ello porque se viene de ver que las reglas de revisión de una constitución son la traducción, en textos positivos, del fundamento filosófico del poder. Desde luego, si el órgano constituyente abroga en bloque esas reglas de visión es porque al mismo tiempo repudia el fundamento del poder político hasta entonces admitido, el espíritu de la constitución; repudia el título de su propio poder. Partiendo que no hay más poderes, cuando el órgano constituyente establece la nueva autoridad que dará su constitución al Estado, la contradicción es flagrante. Si el órgano constituyente reconoce que no hay más poderes, sólo puede hacer una cosa: abdicar.

Las nuevas reglas de revisión que éste imponga quedan entonces sin fundamento, nulas. Las revisiones ulteriores deberían continuar conformándose a las reglas primitivas que no han dejado de ser obligatorias. Si esas reformas no lo hacen y violan las reglas de revisión, hay revolución. Aunque diferida, esta violación es evidente desde el momento que el órgano constituyente, acompañado por la nación y el gobierno, ha instaurado el nuevo procedimiento de revisión. Desde ese instante habrá revolución por violación diferida de las reglas de revisión.

Tan proceder es extraño pues la letra de los textos es respetada mientras que el espíritu de la institución es negado. El respeto de las formas para combatir el fondo es *fraude a la constitución* o, más exactamente, el caso más interesante de fraude a la constitución.

Si se compara la revolución por fraude a la constitución con el fraude a la ley del derecho privado, se convendrá, por lo demás, en destacar que el primero tiende a la *abrogación* de una parte de la constitución, en cambio el segundo sólo tiende a la *violación* de una disposición legislativa.

Gracias a la forma regular que ella reviste, la revolución por fraude a la constitución evita muchos problemas e insurrecciones. Esta ventaja a sido verificada tres veces en Italia, en Alemania y en Francia.

## 2. *La noción de fraude a la constitución y las tres grandes revoluciones políticas recientes*

La revolución italiana ha procedido con fraude a la constitución, estampada por un acto que marca el fin de su desenvolvimiento: la ley del 9 de diciembre de 1928 relativa a la Constitución y las atribuciones del Gran Consejo fascista. Por lo demás, después de 1925 una serie de leyes llevó al gobierno por este camino.

En diciembre de 1928, las Asambleas italianas son llevadas, a la vez, a renegar del fundamento de su propio poder y a pretender organizar la Constitución futura del Estado. El segundo punto no ofrecía dificultades: La Constitución podía ser modificada sólo después de la venia del Gran Consejo fascista (ley del 9 de diciembre de 1928, art. 12); ya no era más del tipo de constituciones flexibles. El primer punto amerita algunas explicaciones. ¿En qué las Asambleas legislativas ha renegado del fundamento de su poder, abdicado?

Esta actitud aparece en los textos de las disposiciones votadas. Las Asambleas obtienen su competencia constituyente del principio de soberanía nacional, tal como fue introducido durante la formación de la unidad italiana. Como emanación directa del pueblo estas Asambleas no debían estar ligadas en el ejercicio de su competencia suprema por ninguna otra consideración que la preocupación de traducir fielmente el pensamiento del conjunto de la nación.

Al introducir la competencia concurrente del Gran Consejo fascista, cuyos miembros no son el resultado del sufragio popular, las Asambleas han rechazado el principio de soberanía nacional, es decir, el fundamento, la causa final de su competencia constituyente, consagrada por la costumbre.

Esta revolución exige un delicado análisis; sin embargo, debe destacarse que si la violación de una costumbre a veces es difícil de discernir, el fraude a una costumbre lo es mucho más. Tampoco conviene situar con mucho rigor la revolución fascista italiana en la ley del 9 de diciembre de 1928. Esta no es más que un signo técnico que marca más claramente la llegada de la revolución en el fondo mismo de las instituciones.

El concepto de fraude a la constitución es de un abordaje más sencillo en la revolución alemana de 1933: el procedimiento se perfeccionó. Fundándose en el artículo 48 de la Constitución de Weimar, un decreto de necesidad del 28 de febrero de 1933 vino a abrogar los artículos 114, 115, 117, 118, 123 y 153 de esa Constitución relativo a las libertades individuales. Este decreto parece haber gestado el fraude a la constitución y la revolución en el funcionamiento de las instituciones alemanas. Cualquiera haya sido, en efecto, la necesidad de tomar medidas contra los comunistas, este decreto pudo desconocer la Constitución, violarla. La abrogación de la constitución queda fuera la teoría de los decretos de necesidad. Además, el artículo 48 preveía la suspensión de aquellos artículos, pero no su abrogación.

Se objetará que el hecho fue confirmado por el Reichstag reunido el 23 de marzo en Potsdam. Ciertamente, las formas constitucionales fueron respetadas: este Reichstag recientemente elegido asumiendo el papel de constituyente se reunió para reglamentar la competencia constituyente. Pero no podía trastocar los principios de la Constitución sin abdicar inmediatamente, y haciendo esto, él no tenía más la aptitud para designar el órgano llamado a sucederlo ni para darle directivas.

El mismo procedimiento debía haber recorrido nuestra Asamblea nacional en julio de 1940. *Stricto sensu*, ningún vicio de forma ha aparecido. Pero la Asamblea ha consagrado por el texto votado el 10 de julio a la tarde, el abandono total y definitivo del procedimiento previsto por el artículo 8, mientras que ella designaba el órgano que debía sucederla y le trazaba, asimismo, ciertas líneas de comportamiento. En esto hay una contradicción interna, pues en el instante en que la Asamblea repudiaba los principios fundamentales cuyo el artículo 8 era su traducción, ésta se encontraba sin poderes para organizar hacia el futuro el ejercicio de la competencia constituyente.

La doctrina ha criticado el abandono de la forma republicana de Gobierno; y ha denunciado la irregularidad de una pretendida delegación de competencias. Más imbuida de “literalismo”, apenas ha cuestionado el poder de la Asamblea Constituyente para rehacer toda la Constitución. Ahora bien, elevándose hasta los principios, hasta el “espíritu” de los textos, parece que es esta soberanía del órgano constituyente la que debe ser puesta en entredicho. Esta es la cuestión decisiva, el punto de partida del proceso revolucionario que ha sido calificado de *fraude a la constitución*.

Todo este análisis no tiene solamente un interés puramente especulativo. Permite deducir del procedimiento utilizado en julio de 1940, consecuencias fecundas para la determinación exacta de los poderes del Mariscal Pétain. Habiendo abdicado sus poderes, la Asamblea nacional no tenía competencia para reglamentar el ejercicio ulterior del poder constituyente. Los límites que ella ha impuesto a los poderes del Mariscal son pues nulos, si se sostiene la idea de fraude a la constitución.

Las directivas: “Trabajo, Familia, Patria” no vinculan al Jefe del Estado sino en en la medida en que éste las acepte.

Bajo el riesgo de contradecir la opinión unánime ¿no podría agregarse que la condición de la ratificación por la nación de nuestra futura constitución es igualmente nula?

La tercera limitación al ejercicio del poder constituyente por el Mariscal Pétain es la más interesante. El texto votado el 10 de julio parece haber remitido la competencia constituyente sólo al Mariscal, *intuitu personae*. “La persona del Mariscal está puesta en consideración nominalmente por la ley de revisión, y su persona ha sido determinante para el voto de la ley”<sup>30</sup>. Apoyada en esta advertencia, la doctrina estima que nada podría remplazar al Mariscal en el ejercicio de esta competencia ni sucederle en esa competencia. El Mariscal no puede tampoco disponer la transmisión de esta competencia que le es personal. Esto parece confirmarlo el Acta Constitucional N° 12 del 17 de noviembre de 1942, cuando dispone: “*Fuera de las leyes constitucionales*, el jefe del gobierno podrá, bajo su sola firma, promulgar las leyes así como los decretos.”

La doctrina agrega que si el Mariscal llegaba a no poder ejercer más sus funciones antes de haber publicado la constitución definitiva, “era necesario reunir una nueva Asamblea nacional que, recuperando sus derechos, se convertiría en Asamblea constituyente”<sup>31</sup>.

Y esto da lugar a criticar, en primer lugar, la consecuencia que la doctrina ha extraído acerca de la personalización de los poderes constituyentes del Mariscal (eventual convocatoria de las Cámaras). Esto parece políticamente irrealizable. No tiene ningún valor jurídico. Actuando en fraude a la Constitución, la Asamblea nacional no puede imponer válidamente este límite al ejercicio de la competencia constituyente por el órgano que le suceda. El Mariscal Pétain ha confirmado esta última interpretación cuando ha organizado la *transmisión* de esos poderes constituyentes para una cierta hipótesis y para ciertas materias.

El Acta Constitucional N° 4 *quinquies*, del 17 de noviembre de 1942, dispone, en efecto, después de haber designado como sucesor del Mariscal, a Pierre Laval:

“Artículo 1°: En caso de impedimento definitivo, el Consejo de Ministros, dentro del plazo de un mes, designará, por mayoría de votos, al Jefe del Estado. *Definirá y fijará al mismo tiempo los poderes y atribuciones respectivas del Jefe del Estado y del jefe del Gobierno*, cuyas funciones serán distintas.”

Esta fijación de los poderes y atribuciones respectivos de jefe de Estado y de jefe de Gobierno emerge, incuestionablemente, de la competencia constituyente. Luego, es el Consejo de Ministros quien se hace cargo de ésta para una hipótesis particular.

La doctrina que estima que la competencia constituyente ha sido otorgada sólo al Mariscal, *intuitu personae*, el 10 de julio de 1940, y que ha negado, en consecuencia, a aquél la facultad de transmitir esos poderes constituyentes, debe concluir que el Acta Constitucional del 17 de noviembre de 1942 ha violado la ley constitucional del 10 de julio. En tanto esta violación ha traicionado al procedimiento de revisión, la doctrina deberá hablar de revolución. ¿Lo hará? En todo caso, los medios gubernamentales no han percibido ninguna irregularidad.

<sup>30</sup> J. Laferrière, *Le nouveau gouvernement de la France*, 1942, p. 41.

<sup>31</sup> A. Leriche, *Les décrets du chef de l'Etat ayant force de lois*, tesis, Paris, 1941, p. 131; J. Laferrière, *op. cit.*, p. 42-43; G. Burdeau, *Cours de droit constitutionnel*, 1942, p. 259 y p. 285-286; R. Bonnard, «Les Actes constitutionnels de 1940», *Rev. du droit public*, 1942, p. 89-90.