

Guardar y hacer guardar la Constitución

RICARDO RIVERO ORTEGA

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca

1. PRESERVAR, PROTEGER Y DEFENDER LA CONSTITUCIÓN

“Tengo un derecho absoluto a perdonarme a mí mismo”. Tan grosero exabrupto del ahora ex, quizás pronto otra vez Presidente Trump, expresa su *Hybris* y amenaza la Constitución de los Estados Unidos, en vilo por la exégesis de artículo II, que ordena al jefe del ejecutivo cumplir fielmente las leyes al jurar guardar y hacer guardar la Constitución (*preserve, protect and defend the Constitution of the United States*).

Los comentarios sobre este precepto son abundantes (LESSIG/SUNSTEIN, 1994), pero el actual debate en torno a la fórmula y sus implicaciones sobre el alcance y límites del poder merecen por comprensibles razones nuestra atención. Al fin, se trata de despejar si los gobernantes pueden autoconcederse impunidad, si esa egoísta gracia en el propio beneficio es constitucional.

La lectura clásica del artículo II en cuestión ha justificado acciones extraordinarias del Presidente en circunstancias excepcionales. Así, por ejemplo, cuando Lincoln suspendió el *habeas corpus* ante la secesión (declaración unilateral de independencia) de los estados del sur. Este hecho llevó al país a su momento más traumático: la guerra civil. Nadie duda del propósito constitucional defensivo de Lincoln tras la abolición de la esclavitud. Y aunque su audacia le costaría la vida al sufrir un atentado en un teatro, Lincoln murió convencido de haber cumplido su juramento constitucional.

Otros presidentes norteamericanos han hecho un uso responsable de su autoridad sin reparos, pero nunca antes se consideró tan trascendente la lectura de una cláusula de juramento. Su apariencia retórica ha cobrado un tremendo significado ante los múltiples procesos pendientes de Trump.

El respeto de las leyes por parte de los oficiales del gobierno, en la interpretación constitucional norteamericana, está sujeto a tres límites propios del Estado de Derecho (*rule of law*): no actuar ilegalmente o más allá de su competencia (*ultra vires*); no usar los recursos públicos en beneficio propio (conflicto de interés y malversación); cumplir las normas de manera diligente, honesta, imparcial y de buena fe.

La disyuntiva exegética del artículo II de la Constitución de Estados Unidos confronta propuestas ampliadoras de los poderes del ejecutivo por el deber de protección constitucional y otras restrictivas de las facultades presidenciales, interpretaciones que luchan contra las impunidades del poder, una acción civilizatoria constante. El Estado de Derecho no es un conjunto de reglas escritas en papeles leídos por rúbulas (los abogados de Trump, los serviles asesores de gobiernos sin escrúpulos). La audacia y el carácter de quienes velan por su realización son las verdaderas claves frente a la regresión. Tanto es lo que está en riesgo.

Lincoln y Trump son alternativas antitéticas. El primero fue fundador del partido republicano y el segundo parece decidido a destrozar sus valores. La lealtad constitucional no es progresista ni conservadora —el Vicepresidente Mike Pence salvó la Democracia estadounidense tras el asalto al Capitolio—; es un valor basado en el coraje de personas que rechazan la idea de que el poder no puede equivocarse y no aceptan que pueda perdonar delitos en su propio interés.

Tampoco es aceptable la inmunidad de los ex presidentes, tal y como ha subrayado la Sentencia dictada por una jueza del distrito de Columbia en noviembre de 2023. Frente a la objeción de inmunidad de los abogados de Trump, se considera que las acciones cometidas por el ex Presidente para boicotear

el resultado electoral de 2019 pueden ser juzgadas como delitos condenables. Esto contra el razonamiento de Trump, que alegaba disfrutar de “absolute immunity from criminal prosecution for actions performed within the ‘outer perimeter’ o his official responsibility”.

La jueza rechaza este argumento y considera que haber sido Presidente de los Estados Unidos no concede un pasaporte permanente que impida ser condenado. Además, afirma, al ser consciente de poder ser juzgado tras su mandato, ejercerá con mayor responsabilidad su deber de cumplir fielmente las leyes: “take Care that the Laws be faithfully executed does not grant special latitude to violate them”.

Al fin, si la Constitución y los tribunales de los Estados Unidos realzan tal necesaria lealtad a los principios, quizás en esa militancia explique su permanencia en el tiempo. El valor concedido por los intérpretes norteamericanos al juramento constitucional no se observa en el régimen de la fórmula de nuestro Derecho, hoy menospreciada con añadidos indeseables.

2. DEL IMPERATIVO LEGAL A LA REPÚBLICA CATALANA

La Constitución española establece el juramento ritual de guardar y hacer guardar la Constitución del Rey y el Príncipe (o Princesa) al alcanzar la mayoría de edad en el artículo 61. Para los demás cargos públicos, tal compromiso puede derivarse del artículo 9.1 (los poderes públicos están sujetos a la Constitución), pero en realidad son las leyes las que regulan este deber, detallado en norma reglamentaria.

Una primera observación derivada de tal estado de cosas nos lleva a proponer la inclusión del juramento para los servidores públicos en una futura reforma constitucional, así como su posible codificación en un único texto legal con rango orgánico que garantice en diversas formas –también con la regulación de la promesa solemne– el principio de lealtad constitucional.

Planteamos esta idea al concluir que la situación en nuestro Derecho ha debilitado el valor de la fórmula. Su interpretación original ha sido además distorsionada por un caso muy concreto que parece haber sentado doctrina y amparado las actitudes elusivas del cumplimiento de este mandato.

Así, una primera Sentencia del Tribunal Constitucional español que aceptó el añadido “por imperativo legal”, incorporado al juramento o promesa en el caso de los diputados de Herri Batasuna –partido político vinculado a la organización terrorista ETA– a quienes la presidencia del Congreso no les permitió alcanzar su condición plena.

Los fundamentos de este Fallo señalaron que “La obligación de prestar formalmente acatamiento de la Constitución sólo puede imponerse a quienes han sido elegidos para el desempeño de funciones representativas teniendo en cuenta que éstos han de cumplirla precisamente porque han solicitado y obtenido el voto de los electores para orientar su actuación pública dentro del marco constitucional con un sentido determinado”.

El Tribunal Constitucional rechazó aplicar un “formalismo rígido”, toda vez que limitaría la libertad ideológica. Esa rigidez proscibiría cualquier tipo de fórmula adicional, así que se aceptó con flexibilidad “por imperativo legal”. Pero tal conclusión no ampara el uso de otras declaraciones que directamente se oponen al sentido del juramento.

Precisamente para diferenciar lo aceptable para evitar la rigidez y lo inaceptable para propiciar la incoherencia es necesaria una Ley de lealtad constitucional. El rango y la precisión de la norma que debe regular este deber ha de ser bien pensado, para precisar más su contenido e incorporar la jurisprudencia original del Tribunal Constitucional.

El ámbito de aplicación de esta norma podría incluir tanto cargos como empleados públicos, toda vez que nuestro Derecho también contempla tal requisito en el momento de la toma de posesión de los empleados públicos, en línea con otros ordenamientos comparados más preocupados por la lealtad constitucional (EMBED IRUJO, 1987).

La falta de regulación concreta y de cautelas frente a la contradicción nos ha llevado a situaciones que serían surrealistas en cualquier Democracia avanzada, sería en sus convicciones constitucionales. El espectáculo que dan algunos cargos públicos en sus tomas de posesión sería inconcebible en otras naciones constitucionalmente militantes. Y el problema de perder las formas es que a continuación se sacrifica la sustancia. Si no requerimos siquiera una mínima apariencia de compromiso constitucional, no nos extrañemos cuando se producen agresiones directas al texto básico de garantía en la convivencia.

Cuando un Presidente del Congreso rechazó este tipo de juramentos, el recurso de amparo presentado por los diputados que no habían podido adquirir su condición plena fue estimado por el Tribunal Constitucional, que alegó una interpretación “integradora” frente a otra “excluyente”. El Tribunal Constitu-



Consejo de Estado.

cional se ha vuelto a pronunciar en otro recurso por las mismas razones, pero no ha entrado en el fondo real del asunto: la deslealtad constitucional tras la elusión flagrante de las formas.

La Sentencia del Tribunal Constitucional publicada en el BOE de 14 de julio de 2023 se limita a considerar que la aceptación de los juramentos y promesas desleales con la Constitución no afectan al derecho a la igualdad (artículo 14 CE) ni a la representación política (23 CE) de los diputados recurrentes. Los fundamentos jurídicos no entran a valorar si los añadidos al juramento o promesa son contrarios al orden constitucional, como parece palmario suceder. Los votos particulares al Fallo de la mayoría lo ponen de manifiesto.

El propio Tribunal Constitucional vedó en su día la inclusión de "...cláusulas o expresiones que de una u otra forma vacíen, limiten o condicionen su sentido propio, sea cual fuese la justificación invocada para ello". De nuevo en agosto de 2023 varios juramentos y promesas añadieron menciones a "la república catalana" o "la república". ¿Acaso no es contrario este mensaje al de lealtad constitucional?

A mi juicio, lo es. Estas fórmulas son radicalmente inconstitucionales y pervierten la vigencia del Estado de Derecho desde su mismo origen. Además, la normalización de comportamientos de esta laya produce una sensación de disonancia cognitiva (ansiedad generada por la contradicción entre lo que se considera correcto y lo que se observa ocurre) cuya explicación sólo pasa por relativizar los principios constitucionales. Se pone en entredicho el valor fundamental de la Constitución, resaltado por la mejor doctrina del Derecho público (MUÑOZ MACHADO, 2004).

La disonancia cognitiva deriva de la aceptación de promesas o juramentos proferidos con los dedos cruzados, diciendo al tiempo que no se piensa actuar "con lealtad al Rey" (al prometer por la república) ni a la Constitución (por incluir menciones a la independencia de Cataluña en un contexto constitucional de "indisoluble unidad de la nación española". Este *sí pero no* resulta incompatible con la coherencia y previsibilidad que es propia del Estado de Derecho.

Si invocamos el valor normativo de la Constitución, no podemos aceptar su descarado cuestionamiento. ¿Cuáles pueden ser las consecuencias jurídicas del incumplimiento del deber de "guardar y hacer guardar" la norma fundamental? El Código penal no parece la solución apropiada, pero alguna sanción debería contemplarse en una futura Ley de lealtad constitucional, proyectada sobre el estatuto de los cargos representativos y los empleados públicos, cuyo régimen disciplinario ya intenta garantizar el respeto a los principios de la Constitución.

3. NUNCA EN EL PROPIO BENEFICIO

El Derecho comparado nos puede ayudar a despejar las dudas sobre el valor y alcance del juramento o promesa constitucional. Una aproximación detenida a las soluciones ofrecidas en otros países nos ilumina y muestra lo excéntrico de las imágenes observadas en nuestro panorama institucional, donde



Senado.



pareciera indiferente el perjurio en los cargos públicos representativos.

El actual debate norteamericano resulta por ello ilustrativo. Un análisis sobresaliente de sus constitucionalistas les hace concluir que la cláusula del artículo II de la Constitución de los Estados Unidos sobre la ejecución de las leyes y el deber de preservar, proteger y defender la Constitución ha de interpretarse en clave vicarial. El Presidente no podría conforma esta exégesis beneficiarse personalmente de sus decisiones de conservación constitucional.

Desde la Magna Carta de Inglaterra se proyectaba este deber sobre los oficiales públicos (funcionarios, no sólo autoridades). Los debates constituyentes norteamericanos están plagados de referencias a esa condición fiduciaria de las atribuciones derivadas del juramento. Los papeles del federalista y otras fuentes clásicas así lo atestiguan, nutriendo de argumentos originalistas a quienes rechazan el uso de sus poderes en el propio interés (KENT, LEIB, SHUGERMAN, 2019).

El vínculo entre el juramento constitucional (*Constitutional Oath*) y la cláusula de cumplimiento fiel de las leyes (*Faithful Execution Clauses*) produce un efecto de limitación de la arbitrariedad (más aún, de la discrecionalidad) en el ejercicio del poder. Y esto es así porque la historia del juramento de lealtad, al fin, nos lleva a la raíz del concepto de *officium*, esto es, el concepto canónico apropiado para el desempeño de una función. Según esta noción el ejercicio del poder se pone al servicio de los demás, no del propio interés, así que son inaceptables los subterfugios normativos que benefician directamente a quien los aprueba.

Este tipo de conductas constituirían vulneraciones del juramento o promesa de lealtad constitucional, pero resulta difícil atribuir a una instancia concreta el control de tales incumplimientos. Por supuesto, el más señalado guardián de la Constitución es al fin el Tribunal Constitucional, pero su lamentable polarización en sectores “progresista” y “conservador”, alineados con los partidos políticos que deciden los nombramientos, daña la credibilidad de sus sentencias.

Conviene para finalizar recordar que Kelsen sostuvo frente a Schmidt el papel protector del Tribunal Constitucional y rechazó formar parte del mismo cuando los partidos capturaron esos nombramientos (FUERTES LÓPEZ/SOSA WAGNER, 2023). La preservación del prestigio del supremo intérprete también es una condición necesaria de la verosimilitud del Estado de Derecho. ❖

BIBLIOGRAFÍA

- EMBED IRUJO, Antonio, *La fidelidad de los funcionarios a la Constitución: (un estudio de los derechos alemán y español)*, INAP, Madrid, 1987.
- FUERTES LÓPEZ, Mercedes/SOSA WAGNER, Francisco, *Maestros del Derecho público*, Marcial Pons, 2023.
- LESSIG, Lawrence/SUNSTEIN, Cass R, “The President and the Administration”, *Columbia Law Review*, 63, 1994.
- KENT, Andrew/LEIB, Ethan J./SHUGERMAN, Jed Handelsman, “Faithful Execution and Article II”, *Harvard Law Review*, 8, 2019.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Constitución*, Iustel, Madrid, 2004.