

CAPÍTULO SEGUNDO

NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS

CONSTITUCIONALES	31
I. Normas constitucionales	31
II. Derecho constitucional y Constitución	32
III. Estructura lógica y naturaleza de las normas constitucionales	34
IV. Condiciones de aplicabilidad de las normas constitucionales	38
V. Vigencia	39
VI. <i>Vacatio constitutionis</i>	40
VII. Legitimidad	42
VIII. Eficacia	47

CAPÍTULO SEGUNDO
NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS
CONSTITUCIONALES

I. NORMAS CONSTITUCIONALES

1. Normas constitucionales son todas las reglas que integran una Constitución rígida.¹⁰⁴ Eso no excluye el reconocimiento de disposiciones de contenido constitucional fuera de ese documento solemne establecido por el poder constituyente, que es la Constitución dogmática formal; pero éstas son constitucionales sólo en sentido material, como las que se contienen, por ejemplo, en los códigos electorales, los cuales, sin embargo, pierden mucho de su sentido constitucional, precisamente porque no se distinguen por su jerarquía de las demás prescripciones del ordenamiento jurídico.

Importa, pues, sólo el concepto de normas constitucionales formales, así consideradas, como vimos, todas las que integran una Constitución rígida, no interesando su contenido efectivo, porque sólo ellas constituyen fundamento de validez del ordenamiento jurídico. Pero es necesario destacar que las normas constitucionales, por naturaleza (normas constitucionales materiales), que se anexan a tal documento también son constitucionales, evidentemente, hasta porque se convierten en formales en la medida en que ellas fueron inscritas, coincidiendo aquí lo material y lo formal.

104 No vamos a realizar todavía en esta edición una distinción importante que toma la *regla* como género y *normas* como simples especies de aquéllas. En ese sentido, la palabra *regla* sería una proposición lingüística destinada a dirigir, directa o indirectamente, la acción humana. En esa perspectiva, las reglas son de tres tipos: *reglas ónticas*, que dicen respecto de la existencia de un campo práctico de actuación, así las que definen la existencia del Estado, su forma, su poder; *reglas técnicas o de procedimiento*, que son las que señalan medios necesarios para conseguir los fines propuestos, como las reglas de competencia y atribuciones; *reglas deónticas o normas*, que son las que establecen pautas de comportamiento, un precepto de deber ser, y sólo éstas serían normas porque sólo ellas expresan *deber ser* (cfr. Robles, Gregorio, *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*, pp. 17 y 93 y ss.).

2. Eso, que parece tan claro, y, todavía, motivo de larga controversia doctrinal, en este capítulo merecerá nuestro examen en aquello que interesa al tema de este trabajo, comenzando nuestra discusión por las relaciones entre derecho constitucional y Constitución.

II. DERECHO CONSTITUCIONAL Y CONSTITUCIÓN

3. En los países de Constitución rígida, ésta constituye la fuente primordial del derecho constitucional, pero no se confunde¹⁰⁵ con éste, pues existen normas constitucionales fuera de la Constitución, como se explicó arriba.

4. Cierta doctrina sustenta que existen, en la Constitución, reglas que no tienen naturaleza de derecho constitucional. Hay hasta quien niega naturaleza jurídica de algunas disposiciones de las Constituciones contemporáneas, como serían ejemplos aquellas de los artículos 215 de la Constitución Federal y sus párrafos, tales como: *a)* “el Estado garantizará a todos el pleno ejercicio de los derechos culturales y el acceso a las fuentes de la cultura nacional, y apoyará e incentivará la valoración y la difusión de las manifestaciones culturales”; *b)* “el Estado protegerá las manifestaciones de las culturas populares, indígenas y afro-brasileñas, y las de otros grupos participantes del proceso civilizatorio nacional”. Se dice que disposiciones como éstas no son ni siquiera normas jurídicas, sino sólo un programa de normas jurídicas futuras, sólo tienen valor político o ético.¹⁰⁶

Esa opinión se asienta en una posición muy radical entre derecho constitucional material y derecho constitucional formal, y una interpretación errónea del imperativo de las normas jurídicas.

5. Para esa concepción, son normas de derecho constitucional material aquellas que versan sobre la estructura del Estado, funcionamiento de sus órganos, derechos y deberes de los ciudadanos; y son normas de derecho constitucional formal todas las prescripciones que el poder constituyente insertó en una Constitución rígida, importando poco su naturaleza material.

105 Cfr. Arinos, Afonso, *Curso de direito constitucional brasileiro*, vol. 1, pp. 25 y ss.

106 Es la opinión de Gaetano Azzariti, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, pp. 98 a 103; de Villari, Salvatore, “Sulla natura giuridica della Costituzione”, *Archivio Penale*, mayo-junio de 1948, segunda parte, p. 217; de Bernieri, Giovanni, “Rapporto della Costituzione con le leggi anteriori”, *Archivio Penale*, noviembre-diciembre de 1950, parte primera, p. 409. También Galizia, Mario, *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, pp. 95 y 96, menos claramente.

De cierto modo, ya examinamos ese problema al cuidarnos de los varios conceptos de Constitución. No obstante, en la doctrina se pueden distinguir normas constitucionales por naturaleza, y, en sentido consustancial, no será lícito rechazar juridicidad constitucional a aquellas que no tienen sustancialmente ese carácter, constantes en el texto de una Constitución rígida. Una de las consecuencias de la rigidez es exactamente transformar en constitucionales todas las disposiciones que integran la Constitución. Las normas materialmente constitucionales se transforman en normas de derecho constitucional formal, iguales a las demás, una vez inscritas en una Constitución rígida. De donde nos parece que no tiene cabida la distinción doctrinal, según la cual hay, en las cartas políticas, normas no constitucionales; y menos razón les cabe aquellas que niegan juridicidad a ciertas prescripciones de tal documento.

6. Esa cuestión fue ampliamente debatida en la doctrina italiana, habiendo Saverio de Simone sustentado la naturaleza de normas jurídicas de todas las que figuren en la Constitución, concluyendo

...que, si se puede hablar de un variado destino de nuestras disposiciones, y en ese sentido, pero solamente en ese sentido, de su diversidad de posición normativa; porque algunas disposiciones se refieran, en particular al legislador; otras a los ciudadanos; otras a ciudadanos y órganos del Estado; otras todavía a todos aquellos que se encuentran residiendo en el Estado, tengan o no la calidad de ciudadanos; y así en adelante no se puede hablar, por ello, de diferente fuerza de conocimiento de las disposiciones; ya todas son, de modo unívoco, constitucionalmente conocidas por sus destinatarios; y la posibilidad de una aplicación directa o mediata de la relación social no puede llegar a pensar en la existencia de disposiciones que no sean normativas, o que sean, más o menos, diversamente normativas. Todas son normativas, incluso aquellas que, en un sucinto, no parezcan tales.¹⁰⁷

7. Ahora bien, nuestra Constitución todavía es de naturaleza rígida, desde que, en los términos de su artículo 60, sólo puede ser modificada por proceso legislativo diverso del previsto para la formación de las otras leyes (artículos 61 a 69). Significa esto que todas las disposiciones que la integran son formalmente constitucionales, sólo por el hecho de estar en ella.

¹⁰⁷ *Lineamenti per una teoria su materia e norma costituzionale nell'ordinamento giuridico italiano*, pp. 40 y 41.

III. ESTRUCTURA LÓGICA Y NATURALEZA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

8. No sólo debe quedar afirmada la naturaleza jurídica de todas las normas de las Constituciones rígidas, como su naturaleza de derecho constitucional. Nuestra Constitución, como la mayoría de las cartas políticas contemporáneas, contiene reglas de diversos tipos, función y naturaleza, por postular finalidades diferentes, mas coordinadas e interrelacionadas entre sí, formando un sistema de normas que se condicionan recíprocamente. Algunas de ellas son plenamente eficaces y de aplicabilidad inmediata; otras son de eficacia reducida, dependen de una legislación que las integre en sentido y actúen en su incidencia; no son de aplicabilidad inmediata, sino son aplicables hasta donde puedan. “Ninguna Constitución es perfecta [dice bien Meuccio Ruini] y cualquiera de ellas da lugar a ásperas contiendas; incluso, cuando es aprobada, se vuelve Constitución y, si se puede pleitear la revisión, necesaria, sin embargo, la respeta y la incluye”.¹⁰⁸ Toda Constitución nace para ser aplicada, pero sólo es aplicable en la medida en que corresponde a las aspiraciones socioculturales de la comunidad a la que se destina. Ninguna, por ello, puede salir completa de la autoridad constituyente, de una vez y toda armada.¹⁰⁹ Muchas de sus normas necesitan ser reglamentadas por una legislación integrativa ulterior que les dé ejecución y aplicabilidad plena. Pero eso no significa que haya, en su texto, reglas no jurídicas, como la ya mencionada corriente doctrinal sustenta, especialmente con relación a las programáticas, en las cuales da simple indicación al legislador futuro, que puede seguir las o no, o puede hasta disponer de modo divergente, negándoles, así, la mínima eficacia jurídica.

9. Nuestra tesis se sitúa precisamente en ese terreno arduo de la ciencia del derecho en general y de la ciencia del derecho constitucional en particular. Queremos demostrar la improcedencia de aquella posición negatista, no sólo reafirmando la eficacia jurídica, mayor o menor, de todas las disposiciones constitucionales y, especialmente, destacando el importante papel que las llamadas normas programáticas ejercen en el orden jurídico y en el régimen político del país.

¹⁰⁸ *Il Parlamento e la sua riforma. La Costituzione nella sua applicazione*, p. 4.

¹⁰⁹ *Cfr. Ruini, op. cit.*, p. 120: “Una Costituzione non può come Minerva uscire dal capo di Giove, completa, tutta d’un pezzo e tutta armata”.

10. Azzariti, distinguiendo las normas constitucionales en directivas y preceptivas, afirmó que aquéllas se limitan a indicar una dirección al legislador futuro, las cuales no son verdaderamente normas jurídicas y podrían ser desobedecidas por el legislador, sin violar la Constitución.¹¹⁰ Añade, enseguida, que normas de ese género existen en todas las Constituciones, pareciéndole infundada la opinión de que el carácter rígido de la Constitución excluya semejantes normas.¹¹¹ Expresa el punto de vista de Pierandrei, que observa que los principios constitucionales de carácter directivo, incluso en un ordenamiento rígido, “permanecen directos y las leyes de ellas divergentes no se vuelven, solamente por eso, inválidas”; así, “decir que un ordenamiento es rígido no significa decir que sus disposiciones son, desde la primera a la última, absolutamente inderogables”.¹¹²

Esa doctrina guarda cierta semejanza con la tesis de Duguit, que estableció la distinción entre reglas normativas y reglas constructivas o técnicas. Las normativas, reglas jurídicas propiamente dichas, son las que imponen al hombre determinada acción o abstención; contienen un precepto jurídico, siendo, por excelencia, imperativas, constituyendo el estatuto social, condición misma de la manutención de la vida social.¹¹³ Las reglas constructivas o técnicas son establecidas para asegurar, en la medida de lo posible, la aplicación y el respeto de las reglas normativas; organizan medidas; fijan competencias; se constituyen en reglas orgánicas; son imperativas sólo en la medida en que ligan una regla jurídica; no serían propiamente jurídicas.¹¹⁴ Pocas serían, para ella, las normas jurídicas. Casi todas las normas del orden jurídico son de naturaleza técnica. De ahí su doctrina de que el derecho es un conjunto de reglas técnicas de carácter meramente hipotético e indicativo; no obliga a nada, pero se limita a indi-

110 *Problemi attuali di diritto costituzionale*, p. 98.

111 *Ibidem*, p. 99.

112 *Ibidem*, p. 99.

113 *Traité de droit constitutionnel*, vol. 1, pp. 37 y 38. Sobre la doctrina de Duguit, *cfr.* Reale, Miguel, *Filosofía do direito*, pp. 289 a 291 y 381 a 398; Telles Júnior, Goffredo, *A criação do direito*, vol. II, pp. 339 a 404; Oliveira Filho, Benjamin de, *Introdução à ciência do direito*, p. 245. Esas llamadas reglas normativas son las reglas deónticas de las que hablamos en la nota 1 *supra*, que son las típicas *normas jurídicas*, porque regulan directamente la acción humana.

114 *Op. cit.*, pp. 38 y 39. En las consideraciones de la nota 1 *supra*, son las reglas ónticas y las reglas técnicas. Duguit percibió bien la distinción, hoy más desarrollada entre tipos de reglas, inclusive en cuanto a la función de las reglas técnicas. Faltó considerar las reglas ónticas. Ambos tipos, de facto, organizan medios para la eficacia de las normas. Erró, por ello, al negar a las normas técnicas naturaleza jurídica.

car ciertas consecuencias, toda vez que se verifiquen determinadas hipótesis.¹¹⁵ Así también las normas constitucionales directivas no serían normas jurídicas, sino simples reglas indicativas de legislación futura; no siendo normas imperativas —en el entendido de la doctrina que estamos exponiendo—, los legisladores no estarían obligados a seguirles la orientación, pues no imponen acción ni omisión, y podrían no respetarlas sin consecuencia.

11. La doctrina de Duiguit fue seriamente debatida,¹¹⁶ y hoy no tiene más validez.¹¹⁷ Del mismo modo, aquella distinción de las normas en directivas y preceptivas viene sufriendo el embate de los constitucionalistas.¹¹⁸ Sería incluso extraño que hubiese normas no jurídicas —meramente indicativas— en un ordenamiento constitucional. Si una Constitución es un documento jurídico, un sistema normativo, y fundamentalmente jurídico, no tiene sentido admitir que, en ese conjunto normativo, existan disposiciones no jurídicas, meramente directivas e indicativas, como se sustenta para las normas programáticas.¹¹⁹

12. El problema está ligado a la controvertida cuestión de la estructura lógica de las normas jurídicas. Para la concepción tradicional, la “regla jurídica traduce un imperativo, la obligatoriedad de un comportamiento, una exigencia de acción de omisión”.¹²⁰ Es frecuente leerse que Kelsen concibe a las normas jurídicas como juicios hipotéticos, y no como comandos o imperativos.¹²¹ Puede haber sido así el Kelsen de los primeros escritos, pero, en las reediciones de sus trabajos fundamentales, su posición es otra, y, hoy, él dice, sin tapujos, que las *normas* jurídicas no son

115 Cfr. Reale, Miguel, *op. cit.*, p. 131, exponiendo Duguit.

116 *Idem*.

117 Cfr. nota 11 *supra*. Vale decir, la doctrina ha contestado y perdió prestigio a lo que atañe a negar juridicidad a las reglas técnicas. Como distinción entre reglas y normas, vuelve a merecer consideración, tal y como se expuso en la nota 1 *supra*.

118 Cfr. Crisafulli, Vezio, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milán, 1952; Natoli, Ugo, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, pp. 25 y ss.; Saverio de Simone, *Lineamenti per una teorica su materia e norma costituzionale nell'ordinamento giuridico italiano*, especialmente, numerales 3o. y 4o.

119 En el mismo sentido, Saverio de Simone, *op. cit.*, p. 40; Pallieri, Balladore, *Diritto costituzionale*, p. 322, implícitamente; Crisafulli, Vezio, *op. cit.*, toda dedicada a demostrar el valor de las normas programáticas y otras dependientes de legislación: Natoli, Ugo, *op. cit.*, especialmente, pp. 17 y ss.

120 Cfr. Reale, Miguel, *op. cit.*, p. 287.

121 Aftalión, Olano y Vilanova, *Introducción al derecho*, p. 105; Reale, Miguel, *op. cit.*, p. 401, pero reconoce la evolución de Kelsen para el imperativismo (p. 413); Telles Junior, Goffredo, *op. cit.*, vol. 1, p. 213.

juicios, es decir, enunciados sobre un objeto dado al conocimiento; son, antes, de acuerdo con su sentido, mandatos y, como tales, comandos, imperativos.¹²² Incluso añade que no son sólo comandos, pues también son permisos y atribuciones de poder y competencia,¹²³ lo que nos parece irrelevante, porque las normas permisivas y atributivas de poder o competencia también contienen comandos e imperativos en el sentido de un deber ser que impone (dados ciertos presupuestos) una conducta prevista. En la doctrina kelseniana, las proposiciones jurídicas son juicios hipotéticos,¹²⁴ no son imperativos, sino juicios; es decir, afirmaciones sobre un objeto dado de conocimiento.¹²⁵ Lo que él rechaza es la tesis de Austin, para quien las reglas jurídicas son mandatos u órdenes en el sentido psicológico de un acto de voluntad, que tienen como objeto la conducta de otra persona, y la expresión del mismo acto por medio de palabras, gestos u otros signos.¹²⁶ Carlos Cossio, concibiendo la norma jurídica como juicio disyuntivo,¹²⁷ rechaza una vigorosa crítica al imperativismo.¹²⁸ Se siente, con todo y ello, que él está interpretando la imperatividad como orden o mandato. Ahora bien, la concepción de la norma como imperativo no encierra el concepto de orden ni de mandato, sino de una regla que impone determinado comportamiento, bajo la consecuencia de, no siendo espontáneamente observado, incidir eventualmente en una sanción.

13. Todas las disposiciones constitucionales tienen la estructura lógica y el sentido de las normas jurídicas. Son imperativos que enlazan dos o más sujetos de una relación, atribuyendo derechos y obligaciones recíprocos, cuando menos, atribuyendo situaciones de ventaja y de vínculo o desventaja, como demostraremos con más detenimiento.

Es erróneo pretender que ciertas disposiciones constitucionales, sólo porque no tienen una eficacia positiva directa e inmediata, no sean nor-

122 *Cfr. Teoría pura do direito*, vol. I, p. 138.

123 *Ibidem*, p. 138.

124 *Idem, Teoría general del derecho y del Estado*, p. 53: “La regla de derecho, usado el término en sentido descriptivo, es un juicio hipotético que enlaza ciertas consecuencias a determinadas condiciones”. Reglas de derecho y proposiciones jurídicas son expresiones sinónimas en la doctrina de Kelsen.

125 *Teoría pura do direito*, vol. I, p. 157. En nota, esclarece Kelsen su pensamiento, que dice haber sido mal traducido en la primera edición de su famoso libro. Sobre eso, *cfr. Reale, Miguel, op. cit.*, p. 287.

126 *Cfr. Teoría general del derecho y del Estado*, pp. 36 y ss.

127 *Cfr. Teoría de la verdad jurídica*, p. 1: “La norma completa resulta, por lo tanto, un juicio lógicamente disyuntivo”.

128 *Op. cit.*, pp. 144 y ss.

mas jurídicas, y normas jurídicas constitucionales, desde que la propia Constitución no haya establecido distinciones expresas, como hacía la de 1824, en su artículo 178.

IV. CONDICIONES DE APLICABILIDAD DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

14. Afirmada, así, la tesis de que todas las disposiciones de la Constitución rígida tienen estructura y naturaleza jurídico-constitucionales, cabe, ahora, indagar en las condiciones de su aplicabilidad. Las normas jurídicas, inclusive las constitucionales, son creadas para regir relaciones sociales, conductas humanas; en fin, para ser aplicadas. Aplicabilidad expresa una posibilidad de aplicación. Ésta consiste en la actuación concreta de la norma, “no encuadrar un caso concreto en la norma jurídica adecuada. Somete las prescripciones de la ley a una relación de la vida real; procura e indica la disposición adaptable a un hecho determinado. En otras palabras: tiene por objeto describir el modo y los medios de amparar jurídicamente un interés humano”.¹²⁹ “Aplicación de una norma, con todo [advierte Kelsen] es incluso el juicio a través del cual explicamos que un individuo se conduzca, o no se conduzca, tal como una norma lo prescribe o positivamente consciente; o que él actúe, o no actúe, de acuerdo con el poder o competencia que una norma le atribuye”.¹³⁰

15. Se aplica la ley, interpretando, dice Cossio.¹³¹ Pero una norma sólo es aplicable plenamente si estuviera aparejada para incidir, o que suscite varias cuestiones, más allá de la interpretación, como: ¿estará en vigor?, ¿será válida o legítima?, ¿será apta para producir los efectos pretendidos?, o ¿necesitará de otras normas que le desarrollen el sentido?; en otras palabras, ¿tiene, o no tiene, eficacia?

16. Sociológicamente, se puede decir que las normas constitucionales, como otras, son eficaces y aplicables, en la medida en que son efectivamente observadas y cumplidas. Jurídicamente, sin embargo, la aplicabilidad de las normas constitucionales (también otras) depende especialmente de saber si están vigentes, si son legítimas, si tienen eficacia. La concurrencia de esos datos constituye la condición general para la aplica-

129 Maximiliano, Carlos, *Hermenéutica e aplicação do direito*, p. 19.

130 *Teoría pura do direito*, p. 29, vol. I.

131 *Apud* Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, p. 119.

bilidad de las normas constitucionales. Eso, en síntesis, es lo que veremos en los párrafos que siguen.

V. VIGENCIA

17. La *vigencia*, aquí, es tomada en el sentido técnico-formal de norma que fue regularmente promulgada y publicada, con la condición de entrar en vigor en una fecha determinada.

18. Vigencia (del verbo *viger*, del latín *vigere*) es, en el sentido indicado, la cualidad de la norma que la hace existir jurídicamente y la vuelve de observancia obligatoria; es decir, que la hace exigible, bajo ciertas condiciones. Vigencia, pues, es el modo específico de la existencia de la norma jurídica.¹³² Vigencia no se confunde con la eficacia, como veremos más abajo, sino, para que la eficacia se verifique es necesario que la norma comience a estar en vigor. La vigencia es condición de efectivación de la eficacia, aunque la plenitud de ésta, tratándose de norma constitucional, no en vano, dependa de otras normas integrativas, como justamente se pretende mostrar en esta monografía. La Constitución, y así las leyes en general, contiene una cláusula de vigencia; cláusula que determina el momento en que ella comenzará a entrar en vigor y con eso volverse apta para producir los efectos propios de su contenido.

19. La Constitución de Brasil de 1967, por ejemplo, fue promulgada el 24 de enero de 1967, pero determinó, en su artículo 189, que entraría en vigor el 15 de marzo del mismo año. La Constitución de 1969, promulgada como enmienda constitucional núm. 1, aquella, el 17 de octubre de 1969, entró en vigor el 30 del mismo mes y año. Esa enmienda tenía dos

¹³² Cfr. Kelsen, *Teoria pura do direito*, vol. 1, p. 18. Cfr. también nuestro *Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional*, p. 230. Es preciso esclarecer aquí que Kelsen no habla, en ese sentido, de “vigencia”, sino de “validez”, João Batista Machado, en la traducción de la *Teoria pura* para el portugués, consideró como sinónimo de vigencia, en cuanto a la traducción francesa de Charles Eisenmann mantuvo “validité”, pero siempre empleando la expresión entre *comillas*, lo que denota un sentido especial de la palabra francesa. La palabra alemana es *Gultung*, indicativa de valor, de algo que vale. Por eso, en la doctrina de Kelsen la “vigencia” es más que la simple existencia de la norma. Es existencia con validez. Y la palabra que mejor traduce esa idea es “validez”, algo que existe con valor, en cuanto la palabra “validez” se reserva para una relación de fundamento para lo fundamentado, en el sentido de que la norma vale en cuanto se conforma con un fundamento de validez, sea una norma superior, sea un fundamento metajurídico. En la doctrina de Kelsen, pues, no hay norma vigente sin validación. No basta que ya exista, para ser vigente. Incluso así, la definición dada de “vigencia” en el texto puede ser mantenida, como modo específico de existencia de la norma jurídica.

artículos. El artículo 1o. dio nueva redacción a la totalidad de la Constitución de 1967; en verdad, elaboró una nueva Constitución y la otorgó al pueblo brasileño autoritariamente. El artículo 2o. contenía la cláusula de vigencia, que puso en vigor (“la presente Enmienda entrará en vigor el día 30 de octubre de 1969”), en realidad, determinó la entrada en vigor de la nueva carta política que en ella se contenía, la cual, además, sufrió después 26 enmiendas más. La actual Constitución de 1988 no tiene cláusula de vigencia y de promulgación. Pero varias de sus disposiciones, especialmente las transitorias, establecen plazos de realización de situaciones a partir de su promulgación, de tal suerte que con ésta es con la que entró en vigor, salvo casos expresamente mencionados en las disposiciones transitorias. Vale la pena decir, por último, que todas las disposiciones entraron en el mundo jurídico con pretensión de regir los actos en ellas previstos, y pasaron a constituir fundamento de validez o de invalidez, desde su entrada en vigor con su promulgación el 5 de octubre de 1988.

VI. *VACATIO CONSTITUTIONIS*

20. La teoría jurídica conoce la *vacatio legis*, que es el periodo que va desde la publicación del acto promulgatorio hasta la efectiva entrada en vigor de la ley, “y por dos razones se justifica: porque hace la ley más y mejor conocida y porque proporciona, a las autoridades encargadas de hacerla ejecutar y las personas por ella afectadas, la oportunidad de prepararse para su aplicación”¹³³. Durante la *vacatio legis* continúan en vigor las normas anteriores, reguladoras de la misma materia e intereses, siendo, por tanto, válidos los actos practicados en su conformidad.¹³⁴

21. La Constitución de Brasil de 1967 fue promulgada y publicada el 24 de enero de 1967, con entrada en vigor el 15 de marzo de 1967. La Constitución Federal de 1969 fue promulgada el 17 de octubre de 1969 y entró en vigor el 30 del mismo mes. Hubo, pues, en ambos casos, un periodo de *vacatio*. En el caso, *vacatio legis constitutionalis*, o simplemente *vacatio constitutionis*.

En el primer caso, fue extraño el procedimiento, que quebró una tradición del constitucionalismo brasileño, el de que la Constitución entra en

133 Ráo, Vicente, *O direito e a vida dos direitos*, t. 1, p. 371. Sobre el tema, nos permitimos indicar también nuestro trabajo, *Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional*, p. 231.

134 Cfr. Ráo, Vicente, *op. cit.*, p. 372; nuestra *op. cit.*, p. 231.

vigor en la fecha de su publicación. No se había verificado *vacatio constitutionis* en el constitucionalismo universal. No son de gran valor los casos de Italia o de Mónaco. El inciso XVIII de las disposiciones finales y provisionales de la Constitución italiana estatuyó: “La presente Constitución será promulgada por el jefe provisional del Estado en los cinco días siguientes a su aprobación por la asamblea constituyente, y entrará en vigor el día 1o. de enero de 1948”. El 27 de diciembre de 1947, el jefe de Estado, Enrico de Nicola, la promulgó, de tal suerte que hubo una *vacatio constitutionis* de cuatro días, aunque estaba determinado que entraría en vigor el 1o. de enero de 1948.

La Constitución monegasca, en una disposición transitoria, estableció: “La presente Constitución entrará en vigor después de las elecciones del Consejo Nacional y del Consejo Comunal”. Esas elecciones se realizarían, a más tardar, en abril de 1911. Como la Constitución fue dada en París el 5 de enero de 1911, se verificó un periodo de *vacatio*, que no pudimos determinar, ya que no conseguimos averiguar cuándo se dieron las elecciones mencionadas en el texto.

No es, pues, común la *vacatio constitutionis*, pero su naturaleza no difiere de la *vacatio legis* en general. En ese periodo la Constitución no regula nada; aunque ya exista, no existe jurídicamente en su totalidad, porque, prácticamente, sólo actúa el dispositivo que marcó el momento de su entrada en vigor.

22. En ese periodo, por tanto, continúa rigiendo en los destinos del Estado la ley mayor que ya existía. Toda ley ordinaria que haya sido creada en el periodo de *vacatio constitutionis* será inválida si contraría las normas constitucionales existentes, incluso se esté de acuerdo con la Constitución ya promulgada, pero no en vigor. Todavía, si no hubiera sido suspendida su ejecutoriedad en la forma prevista, después de su declaración de inconstitucionalidad, se vuelve válida y ejecutable, desde el día en que la Constitución entra en vigor.

Por otro lado, las leyes, que por ventura hayan sido promulgadas en el periodo de *vacatio constitutionis*, de conformidad con las reglas constitucionales vigentes, valen en cuanto a la duración la *vacatio*, pero quedan revocadas, por inconstitucionales, con la entrada en vigor del nuevo texto constitucional, desde que no se conformen con los dictámenes de éste. Varias normas, complementarias u ordinarias, promulgadas desde el 24 de enero de 1967 hasta el 15 de marzo del mismo año, fueron ciertamente creadas según los actos institucionales en vigor, pero, por infringir reglas

de la nueva Constitución de Brasil, fueron revocadas. Después, entró en vigor la Constitución de 1969 y sus varias enmiendas, con nuevas implicaciones, que no cabe discutir en este momento.

VII. LEGITIMIDAD

23. Las normas ordinarias, e incluso las complementarias, son legítimas, cuando se conforman, formal y sustancialmente, con los dictámenes de la Constitución. Es importante decir: la legitimidad de esas normas transcurre de una situación jerárquica en que las inferiores reciben su validez de la superior. Son legítimas en la medida en que sean constitucionales, según un principio de compatibilidad vertical.

24. Una Constitución, no obstante, ya es el sistema normativo de grado más elevado en el ordenamiento jurídico del país. Se sitúa en el vértice de las fuentes formales del derecho. Regula la producción de las demás normas del orden jurídico.¹³⁵ Informa y confiere validez a todo el ordenamiento normativo nacional, cuya unidad, cohesión y conexión de sentido encuentran en ella su fundamento. Las demás normas jurídicas que de ella se alejan o se desvían son ilegítimas, inválidas, inconstitucionales, y deben ser ineficaces jurídicamente, en principio.¹³⁶

Pero si las normas constitucionales gozan de esa supremacía y, por eso mismo, no pueden encontrar su legitimidad en otras del ordenamiento jurídico positivo, ¿dónde buscan ellas el fundamento de su validez? Si las normas constitucionales regulan la creación de las normas de jerarquía inferior o les dan condición de legitimidad, ¿qué elemento es capaz de crearlas legítimamente?

25. La cuestión es controvertida, y está íntimamente ligada al concepto de Constitución. Lassalle es extremista al afirmar que los canhes son importantes fundamentos de una Constitución.¹³⁷ Pero su doctrina puede ser entendida más modernamente, admitiéndose, como fundamento de la validez de la Constitución, los factores reales del poder; busca, pues, un fundamento de validez en los actos, en las relaciones sociales.

¹³⁵ Cfr. Kelsen, *Teoría pura do direito*, vol. II, p. 66, y *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 147.

¹³⁶ “En principio”, decimos, porque, para que las normas inconstitucionales dejen de actuar, es necesario que sean aplicadas las reglas de la Constitución, destinadas a la verificación de inconstitucionalidad de las leyes.

¹³⁷ Cfr. *¿Qué es una Constitución?*, p. 67.

El normativismo puro de Kelsen sustenta que la Constitución encuentra el fundamento de su validez en la norma fundamental, presupuesta e hipotética.¹³⁸ Y Carl Schmitt dice que la Constitución vale en virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da, pues toda la normatividad jurídica, también la normatividad constitucional, presupone tal voluntad como existente.¹³⁹

26. Esas posiciones prescinden bien del poder, bien del derecho, en la justificación de la legitimidad de las normas constitucionales. Heller, criticando especialmente a Kelsen y a Schmitt, demuestra que toda teoría que prescindiera de la alternativa derecho o poder, norma o voluntad, objetividad o subjetividad, desconoce la construcción dialéctica de la realidad estatal, y es, por eso, de salida falsa ya, y añade que el carácter de creador del poder que tiene el derecho no nos permite concebir la Constitución como “decisión” de un poder sin norma (posición de Lassalle y Schmitt), pero, por otra parte, debido al carácter creador del derecho que el poder tiene, hay que rechazar la concepción de que la Constitución recibe su validez jurídica de una norma con validez meramente lógica y desprovista de poder (posición de Kelsen).¹⁴⁰ “Eficacia y validez, ser y deber ser de la Constitución [concluye] han de mantenerse lógicamente separados, sin duda, pero aparecen relacionados, en la misma realidad constitucional, en la cual uno aparece siempre junto con el otro”.¹⁴¹

Si la crítica de Heller es procedente, su tesis no nos parece merecer una aceptación, especialmente porque subordina la existencia del poder constituyente a una idea de normatividad.¹⁴² Por otro lado, la creación de una Constitución es obra del poder. Es a través del poder constituyente como se manifiesta, en principio, aquella “inserción del poder en el proceso mismo de normatividad jurídica”, de que, genéricamente, nos habla Miguel Reale.¹⁴³

La tesis de Kelsen es inaceptable exactamente porque repele la interferencia del poder en la fundamentación de la legitimidad de las normas constitucionales. Es verdad que ella no niega la competencia de una autoridad constituyente en la formación constitucional, pero esta autoridad ya

138 *Teoria pura do direito*, p. 65, vol. II.

139 *Teoría de la Constitución*, p. 25.

140 *Op. cit.*, p. 296.

141 *Ibidem*, p. 297.

142 *Ibidem*, p. 298.

143 *Filosofia do direito*, p. 475.

es, en su sistema, una autoridad normada, incluso hipotéticamente, por la norma fundamental presupuesta. Es curioso hacer notar que Heller, contestando la validez de la teoría kelseniana, acaba por, en última instancia, sustentar lo mismo, cuando dice que la cuestión de la legitimidad de una Constitución *no* puede, naturalmente, ser respondida, refiriéndose a su nacimiento según cualquier precepto jurídico positivo, válido con anterioridad. Pero, al contrario (prosigue él), una Constitución necesita, para ser Constitución (es decir, algo más que una relación fáctica e inestable de dominación, para valer como ordenación conforme con el derecho), de una justificación según principios éticos de derecho.¹⁴⁴ Eso no es muy diferente de una *Gründnorm*; incluso, como ya vimos, Heller no admite la concepción de Constitución como “decisión” sin norma, en lo que se encuentra implícita una idea de norma, “no cualquier precepto jurídico positivo, válido con anterioridad”, sino como “principios éticos de derecho”.

27. La equivocación está en concebir el poder como mera situación fáctica, confundido con la fuerza. Miguel Reale ya destacó el error en el que incide el decisionismo (de que Carl Schmitt es representante conspicuo en el plano constitucional), porque toma la decisión como un acto aislado del conjunto de las circunstancias sociales y de los motivos axiológicos acerca de quién debe decidir.¹⁴⁵ Sino también condena aquella tendencia abstracta, que viene a crear un “reino ideal del derecho”, sin los peligros y riesgos que serían representados por el poder, confundido fácilmente con la fuerza y el arbitrio.¹⁴⁶

28. Ahora bien, el poder interfiere continuamente en la formulación de las normas jurídicas. De ella parte la decisión definidora de una de las vías normativas posibles connaturales del contexto social. Pero las normas constitucionales, por ser informadoras y condicionantes del orden jurídico total, surgen de la decisión de un poder especial dimanado de la propia soberanía del pueblo, y es el poder constituyente, en cuanto a las demás normas inferiores, condicionadas, la decisión de los poderes constituidos y derivados. Estas últimas tienen su validez fundada en los dictámenes de las reglas constitucionales, y éstas son legítimas en la medida en que la decisión deriva de un titular legítimo del poder constituyente.

144 *Op. cit.*, p. 298.

145 *Filosofia do direito*, p. 491.

146 *Ibidem*, p. 492, y *Teoria do direito e do Estado*, pp. 77 y ss.

Cuando se trata de establecer una Constitución nueva, la decisión proviene de un poder constituyente originario, no limitado jurídicamente; si no en tanto se cuida de modificar una Constitución existente, la decisión, por tanto, puede ser atribuida a la propia legislatura ordinaria, revestida, entonces, del poder de reformarla o enmendarla. En los Estados democráticos, el poder constituyente pertenece al pueblo. Mas allá siempre pertenece al pueblo, y si una Constitución viene de otra fuente, ocurre usurpación. Sólo el pueblo está legitimado para determinar, por sí o por sus representantes, el establecimiento de una Constitución, o para reformarla en los límites por ella misma estatuidos.

Si se habla de decisión, no se está concibiendo un nuevo decisionismo. Decisión aquí es interferencia del poder como fenómeno sociocultural, en la determinación de una vía normativa posible, de las que ya constituyen un modo de ser social. Las normas así creadas no valen sólo porque dimanen de una decisión, sino porque corresponden a un querer social predominante en el momento.

29. Paulo Sarasate, a la vista de las críticas e impugnaciones a la legitimidad de la Constitución de Brasil de 1967, irguió la teoría del poder constituyente delegado, es decir, un poder constituyente cuyo titular lo delega a otro órgano, con el fin de votar una Constitución. Según afirma, aquella Constitución era legítima, porque provenía del ejercicio del poder constituyente delegado al Congreso Nacional por el titular del poder revolucionario.¹⁴⁷

Esa creación artificial era enteramente dispensable, incluso porque contenía, en sí, una contradicción implícita. Realmente, si el Congreso Nacional estaba en funcionamiento, era él y es el representante del pueblo, único titular del poder constituyente. Aquel Congreso fue electo por el pueblo, y sólo eso le daba legitimidad. No es cierto que el acto institucional núm.1 lo había mantenido. Lo que se quiere decir es que no lo aniquiló. No lo hizo, porque no puede, no tuvo fuerza para tanto. No que las fuerzas armadas no lo pudiesen hacer, sino porque el golpe, tal vez por temor a crear situaciones no sustentables, no haya podido destruirlo. En esas situaciones, las fuerzas psicológicas también cuentan, y mucho, y parece que ellas prevalecieron en favor del Congreso Nacional, como institución y representación popular, la cual se mantuvo con los mismos fun-

damentos que la garantizaban antes del movimiento, aunque mutilado por la expurgación.

Ahora bien, no podría haber, al mismo tiempo, dos representantes de la soberanía popular: el Congreso y el grupo revolucionario. Si el Congreso existía y de hecho perduró, sólo él encarnaba la voluntad popular, y sólo él, en los límites de la Constitución de 1946, podría legítimamente reformarla. Otra Constitución solamente podría ser establecida legítimamente por una asamblea constituyente originaria, para ello convocada.

La verdad, sin embargo, es que la cuestión de la ilegitimidad de la Constitución establecida se vuelve materia académica, valiendo, a propósito, la afirmación de Barile: “El nuevo orden, que nace del ejercicio ilegítimo de la función de revisión, no podría ser considerado ilegítimo, sino por el orden que la cesó, y que, por ser cesado, es incapaz de formular tal valoración”;¹⁴⁸ no obstante, se debe decir también que hay algunos principios universalmente aceptados, heredados de los sistemas normativos existentes y predominantes, que orientan la cuestión de la legitimidad de las Constituciones, independientemente del orden que la cesó. Con base en ellas es posible concluir por la ilegitimidad de una Constitución, aunque ella esté siendo obedecida, cumplida y aplicada. Pues, por ello puede ser que la fuerza arbitraria es la que la sustente. Aquella Constitución de 1967 no resistió el embate de las fuerzas del arbitrio, que acabaron poniéndola abajo, primero quebrándola por el no grato acto institucional número 5, del 13 de diciembre de 1968, sin duda, constituyó el instrumento más brutal que el orden jurídico del país conoció, desde su independencia; después, por la enmienda constitucional número 1/69, otorgada por la Junta Militar que tomara dictatorialmente el poder, confiriendo a la ciudadanía una carta todavía más ilegítima, causa y base de los conflictos políticos que dominaron el país por tanto tiempo, que, por ello mismo, clamó por una asamblea Constituyente que reconstitucionalizase el Estado, legitimando el ejercicio del poder con la adopción de una nueva idea del derecho, que se tradujo, finalmente, en la Constitucional Federal de 1988.

148 *Il Soggetto privato nella Costituzione italiana*, p. 167. Sobre la problemática del poder constituyente, cfr. Sánchez Viamonte, Carlos, *El poder constituyente*, Buenos Aires, 1957; Vanossi, Jorge R., *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1975, t. I; Gonçalves Ferreira Filho, Manoel, *Direito constitucional comparado. El Poder constituinte*, São Paulo, Bushatsky, 1974; Amaral Santos, Aricê Moacyr, *O poder constituinte*, São Paulo, Sugestes Literárias, 1980.

VIII. EFICACIA

30. Una norma sólo es aplicable en la medida en que es eficaz. Por consiguiente, eficacia y aplicabilidad de las normas constitucionales constituyen fenómenos conexos, aspectos tal vez del mismo fenómeno, encarados por prismas diferentes: aquélla como potencialidad; ésta como realización, como práctica.

31. Si la norma no dispone de todos los requisitos para su aplicación a los casos concretos, le falta eficacia, no dispone de aplicabilidad. Ésta se revela, así, como posibilidad de aplicación. Para que haya esa posibilidad, la norma tiene que ser capaz de producir efectos jurídicos.

No insistiremos en el tema aquí, porque la eficacia de las normas constitucionales será el objeto de estudio en el título siguiente.