

CAPÍTULO SÉPTIMO

EFICACIA JURÍDICA DE LAS NORMAS

CONSTITUCIONALES Y ORDEN JURÍDICO	199
I. Ubicación del tema	199
II. Constitución y orden jurídico	199
III. Unidad del orden jurídico y Estado federal	203
IV. Validez formal y material de las normas jurídicas	205
V. Eficacia abrogativa de las normas constitucionales	206
VI. Eficacia constructiva de las normas constitucionales	208
VII. Constitución vigente y normas constitucionales anteriores	210

CAPÍTULO SÉPTIMO

EFICACIA JURÍDICA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y ORDEN JURÍDICO

I. UBICACIÓN DEL TEMA

1. La temática de este capítulo ya fue, bajo muchos aspectos, analizada en las páginas precedentes. En este caso, la vuelta a ella equivale a una recapitulación y conclusiones generales de la materia. Véase, no obstante, que hay nuevos puntos de vista.

II. CONSTITUCIÓN Y ORDEN JURÍDICO

2. La relación Constitución-orden jurídico es menos específica, en la doctrina, que en lo que la apariencia indica. No es extraño que sea así, porque no se llegó a un acuerdo doctrinal ni siquiera sobre el concepto de orden u ordenamiento jurídico.⁴⁴⁰

3. Para Kelsen, el orden jurídico es un sistema de normas; a saber, en cuanto una norma pertenece a determinado orden jurídico es un problema estrechamente ligado a la razón de validez de cada una,⁴⁴¹ considerando el sistema referido como de naturaleza dinámica.⁴⁴² Es válida, según Kelsen, la norma jurídica que haya sido creada de acuerdo con una determinada regla, y sólo por eso.⁴⁴³ Una norma jurídica deriva su validez de otra norma jurídica superior, y ésta, de otra norma superior a ella, y así de grado en grado hasta la norma fundamental, “que es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a uno y mismo orden jurídico”.⁴⁴⁴ Se

440 Cfr. Galizia, Mario, *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, p. 107.

441 Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 127.

442 *Ibidem*, p. 133.

443 *Idem*.

444 Cfr. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, vol. II, pp. 27 y 28. La teoría de la *norma fundamental* es enteramente acogida por Norberto Bobbio en *Teoría generale del diritto*, pp. 189 y ss. Ese volumen comprende los dos estudios fundamentales de Norberto Bobbio: *la teoría de la norma jurídica y la teoría del ordenamiento jurídico*.

trata de la teoría gradualista del orden jurídico, que se compone de normas escalonadas jerárquicamente: una norma individualizada vale porque fue creada de conformidad con una ley; esta ley deriva su validez de la Constitución, en cuanto haya sido establecida por un órgano competente y en la forma prescrita por la propia Constitución. Y ésta tal vez encuentre su fundamento de validez en otra Constitución más antigua, hasta llegar, finalmente, a una Constitución que sea históricamente la primera, cuya validez trascurre de la norma fundamental, hipotética y simplemente presupuesta, la cual representa como fuente común, el vínculo entre todas las normas que integran un determinado orden jurídico.⁴⁴⁵

Según esta teoría, el orden jurídico constituye una unidad en la pluralidad, unidad que se expresa en las circunstancias de poder ser descrita en disposiciones jurídicas que no se contradicen.⁴⁴⁶

Está claro que, para esa doctrina, la Constitución formal, escrita, positiva, integra el orden jurídico, como ley suprema, incluso aunque no sea eso lo que dice Kelsen, para quien la Constitución en sentido material es la que regula la creación de las normas jurídicas generales y, especialmente, la ley.⁴⁴⁷ Todavía, como ya destacamos, en el sistema de Constitución rígida, la distinción entre Constitución material y formal tiene un significado irrelevante. De acuerdo con la teoría kelseniana, si esa Constitución es la que fundamenta la creación de normas jurídicas, no es ella la que da validez al orden jurídico, sino la referida norma fundamental hipotética.⁴⁴⁸

4. Levi concibe al orden jurídico como “un sistema de relaciones jurídicas”,⁴⁴⁹ siendo la “relación jurídica todo vínculo entre sujetos, considerada en función de la norma de derecho, que califica y regula el comportamiento recíproco y complementario de ellos”.⁴⁵⁰ El orden jurídico será, así, como después añade al autor, un sistema de relaciones intersubjetivas; sistema, y no mero conjunto de normas yuxtapuestas y de contar efímeros, sino disciplina reguladora de conductas consideradas en su as-

445 Cfr. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 135. La doctrina de Kelsen sobre el gradualismo y la unidad del ordenamiento jurídico es integralmente acogida por Norberto Bobbio en *Teoría generale del diritto*, pp. 182 y ss.

446 Cfr. *Teoria pura do direito*, vol. II, p. 28.

447 Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 147, y *Teoria pura do direito*, vol. II, pp. 14 y 16.

448 Cfr. *Teoria pura do direito*, vols. I, p. 60, y II, p. 19.

449 Cfr. *Teoria generale de diritto*, p. 33.

450 *Ibidem*, p. 30.

pecto recíproco, en vista de fines sociales.⁴⁵¹ Esa doctrina aparta el formalismo puro de Kelsen, pero su formulación no destaca la coherencia del sistema normativo que compone todo orden jurídico. Su base nítidamente empírico-sociológica no llega ni siquiera a situar la posición de la Constitución en el sistema, eso porque sus fundamentos, influenciados también por la concepción institucional del derecho, lleva necesariamente la admisión de una pluralidad de órdenes jurídicos en el Estado.⁴⁵²

5. Esa imprecisión en situar la Constitución en el orden jurídico no es extraña, pues hay hasta una doctrina que rechaza concebirla como parte del orden jurídico. Le niega incluso el carácter de ley. Al extremo, sería “designación de un hecho que no tiene vigencia por sí mismo, sino lo recibe de fuera”.⁴⁵³ Sus normas, así, no siendo partes del orden estatal, “no tendrían el carácter y la fuerza de derecho objetivo, sino que requerirán, incluso cuando fuesen completas, una transformación a ser cumplida por el legislador ordinario, para volverse derecho objetivo”.⁴⁵⁴

Azzariti, que niega la juridicidad a las normas constitucionales programáticas, rechaza, a pesar de ello, aquella tesis, no consiguiendo saber “cómo se puede sustentar que las normas constitucionales sean la base, pero no formen parte del orden jurídico del Estado, cuya creación sería tarea exclusiva del legislador futuro”.⁴⁵⁵ Él incluso, entre tanto, negando juridicidad a ciertas normas constitucionales, como dijimos, acaba por admitir, implícitamente al menos, que parte de la Constitución no integra el orden jurídico.

6. La consecuencia lógica de esa doctrina deriva de la radical distinción entre la Constitución formal y la Constitución material. Si aquella no integra el orden jurídico, la última se identifica con ella, y más que eso, porque, en verdad, corresponde al régimen político, indicando

...el conjunto de los elementos organizativos necesarios para que subsista determinado Estado, y, pues, propiamente, la específica comunidad social subyacente al orden jurídico, en cuanto se considera ordenada según

451 *Ibidem*, p. 40. Para Norberto Bobbio, “l’ordenamento giuridico (come ogni altro sistema normativo) è un insieme di norme” (cfr. *Teoria generale del diritto*, p. 169; cfr. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 31, traducción portuguesa de María Celeste Cordeiro Leito dos Santos).

452 *Ibidem*, p. 111. En el mismo sentido, Mortati, Constantino, *Istituzioni di diritto pubblico*, pp. 10 y ss, tomo I, también Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale*, p. 23, que, sin ser institucionalista, defiende la tesis del pluralismo del orden jurídico.

453 Villari, Salvatore, trab. cit., *Archivio Penale*, pp. 217 y ss.

454 *Apud* Azzariti, Gaetano, *op. cit.*, p. 121.

455 *Idem*.

un mínimo de elementos organizativos (fuerza política), idóneos para presentarla dotada de una actividad dirigida a un fin particular (fin político).⁴⁵⁶

7. En el sentido lógico-formal, que es el que nos interesa aquí, la doctrina de Kelsen sobre el orden jurídico puede ser aceptada, apartada solo, por prescindible, la teoría de la *Gründnorm*. Así, el orden jurídico será aquel complejo de normas que, enlazadas por una relación de fundamentación o derivación, constituye una estructura normativa específica.⁴⁵⁷ Si diéramos énfasis estructuralista al concepto, podríamos concebir el orden jurídico como reunión de normas vinculadas entre sí por una fundamentación unitaria.⁴⁵⁸

Esa relación de fundamentación deriva de la circunstancia de que una norma es válida, cuando es creada de acuerdo con el procedimiento previsto en otro de grado superior,⁴⁵⁹ lo que traza dos consecuencias importantes: a) la exigencia de compatibilidad entre las normas pertenecientes al mismo orden jurídico; b) la exigencia de una norma suprema que fundamente la validez de todas las otras.

8. Hay (escribe Aftalión Olano y Vilanova) relaciones de compatibilidad vertical (es decir, entre normas de grado superior y normas de grado inferior) y relaciones de compatibilidad horizontal (es decir, entre normas de igual jerarquía). La incompatibilidad vertical se resuelve a favor de las normas de grado superior, que funcionan como fundamento de validez del inferior. Quiere decir que es válida la norma compatible con las normas de grado superior, porque fue creada con base en el procedimiento determinado en las mismas. Esta relación, que denominamos fundamentación de validez, determina una norma fundante o de grado superior y una norma fundada o de grado inferior, y es de singular importancia, ya que de ella depende, como vimos, la estructura escalonada del ordenamiento.

La incompatibilidad horizontal —por ejemplo, entre dos leyes— se resuelve por los juristas de acuerdo con el principio *lex posterior derogat priori*, esto es, aceptando la validez de la ley posterior en el tiempo y la

456 Cfr. Biscaretti di Ruffia, *op. cit.*, p. 95, exponiendo la concepción de Mortati, que también la sintetiza en *Istituzioni di diritto pubblico*, t. I, p. 26.

457 Cfr., Kelsen, *op. cit.*, Olano y Vilanova, Aftalión, *Introducción al derecho*, p. 193.

458 Sobre el concepto de estructura, Olano y Vilanova, Aftalión, *op. cit.*, p. 194, nota 1. Vinculado, como fue, el concepto de orden jurídico y el de estructura (ya visto), apartado queda el formalismo puro.

459 Cfr. Olano y Vilanova, Aftalión, *op. cit.*, p. 195.

derogación (inclusive tácita) de la anterior. Pero este principio no es de carácter puramente lógico, ya que es menester acudir al hecho temporal de la fecha de la sanción de la ley. El principio lógico de compatibilidad sólo nos dice que dos normas contradictorias no pueden ser ambas válidas.⁴⁶⁰

9. Ahora bien, el principio de compatibilidad vertical entronca con el concepto de supremacía de las normas constitucionales, que dan al procedimiento, directa o indirectamente, la formación de las normas de grado inferior. Donde la Constitución es el conjunto de las normas fundantes de todas las demás que pertenecen al orden jurídico, y éstas son normas fundadas con relación a la Constitución. Ésta se coloca, pues, en el vértice del orden jurídico, la que confiere validez, y también es parte misma de ese orden jurídico, que informa con sus principios y reglas. Las normas que no fueran compatibles con ella pierden su validez, y en eso se manifiesta un principio de eficacia constitucional que domina toda la estructura normativa del país.

III. UNIDAD DEL ORDEN JURÍDICO Y ESTADO FEDERAL

10. La tesis del unitarismo del orden jurídico parece que no se concuerda con el federalismo consagrado en la Constitución Federal, incluso con estrechez. Los defensores de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, dentro del Estado, destacan la existencia de un orden jurídico federal y de ordenamientos jurídicos de las entidades regionales autónomas. Incluso Kelsen, defensor del unitarismo, ofrece, con su doctrina de los tres órdenes, fundamento para la tesis contraria, al afirmar que las normas centrales forman un orden jurídico central; las normas locales forman órdenes jurídicos locales, y todas darían una comunidad total, que formaría, así, un orden jurídico total, con despacho del autor de no ser tan explícito en ese sentido.⁴⁶¹

11. Si, por ello, recordamos que el orden jurídico estatal es una estructura normativa escalonada o graduada según una fundamentación unitaria, veremos que, en el Estado federal, el orden jurídico es uno solo, tanto considerado desde el punto de vista de su fundamento de validez, por cuanto todas las normas positivas tienen su razón de validez, y hasta de vigencia, en la Constitución Federal.

460 *Cfr. op. cit.*, p. 201.

461 *Cfr. Teoría general del derecho y del Estado*, p. 377.

Olano y Vilanova ubica bien ese problema, al decir que un

Estado tiene estructura federal cuando impera, en el mismo, cierto grado de descentralización, en cuanto: a) existen órganos centrales que extienden su competencia a todo el territorio del Estado, y dictan normas válidas para todo el territorio; y, b) existen, paralelamente a las anteriores, órganos locales que dictan normas válidas solamente para una parte de ese territorio. Hay, por consiguiente, dos órdenes de autoridades y de normas: las centrales o nacionales y las locales o provinciales. Ambas forman un único orden total, ya que la validez de ambos órdenes normativos está referida a una norma de grado superior: la Constitución nacional. Esta última funciona no solamente como fundamento general de validez del orden total —discriminando la competencia central y las competencias locales— pero, también, como fundamento de validez específico del orden central o nacional, estableciendo las autoridades que la integran y su competencia.⁴⁶²

El autor, como se destaca, diserta teniendo, bajo su perspectiva, la Federación Argentina, pero no es diferente en Brasil y en otras federaciones.

En Brasil, es la Constitución Federal la que fundamenta la validez de todas las reglas jurídicas de la Unión, de los estados y de los municipios. Una ley estadual vale, en cuanto se conforma con la esfera de competencia del Estado, para regular determinada materia. Esa competencia fue conferida por la Constitución Federal. Si una ley federal invade la competencia estadual o municipal, se vuelve inválida e inconstitucional. Inmediatamente, no se trata de un conflicto jerárquico de normas, sino de un conflicto de competencias, que se resuelve siempre con base en la norma superior: la Constitución Federal, que dirá a qué esfera gubernamental cabe regular el asunto que suscita el conflicto. Mediatemente, sin embargo, se verifica también en una relación jerárquica, porque es la norma constitucional, superior, la que va a ser aplicada en la no validez de la norma infringente de la regla de competencia en aquélla establecida.

12. Todo eso demuestra la unidad del orden jurídico nacional, que tiene su fundamento de validez en la Constitución Federal. Ésta se encuentra en la cúspide de la pirámide normativa nacional, sobre la cual vierte sus principios informadores; de ella recibe, por reflexión, los impulsos revivificantes de la dinámica social, para, después, por emanación, volver a

462 *Cfr. op. cit.*, p. 205.

convalidar los nuevos contenidos axiológicos que la van enriqueciendo en el desarrollo cultural de la comunidad.

Recordamos aquí una imagen ya utilizada a propósito del tema: la Constitución es como aquel Uno de la filosofía de Plotino que “debido a una especie de superabundancia, como la de una fuente, cuyo exceso se derrama, como la de una luz que se difunde”, produce así como el ser vivo produce a su semejante el “ser vivo, la fuente, la luz, no pierden nada expandiéndose, y guardando en sí toda la realidad”, y, por emanación, realiza la producción de algo que procede del principio. “Pero lo producido procura permanecer lo más cerca posible de su productor, del cual recibe toda su realidad; mal procedió, si se vuelve para su productor”, por reflexión, para contemplarlo.⁴⁶³ El “Uno se extiende y multiplica; la realidad, indistinta en el Uno, se expande en una multiplicidad jerárquica de géneros y especies que se forman mediante una especie de dialéctica (la división platónica) y de movimientos espirituales, desde los géneros supremos”.⁴⁶⁴

Así también la Constitución y el orden jurídico que ella crea y de la realidad es que, para ella, se vuelve, no sólo para contemplarla, sino para enriquecerla de sentido estimativo.

13. En cierto modo, la Constitución constituye también el orden jurídico, del cual ésta recibe los principios fundamentales y la razón de su validez. Pero no es una Constitución de orden jurídico, pues de ésta también se forman los principios generales del derecho. La Constitución, que cuida el derecho constitucional, es sólo aquella que estructura el Estado y sus órganos y estatuye sobre los derechos fundamentales (incluyendo los sociales) del hombre, no aquella Constitución material, identificada con el régimen político.⁴⁶⁵

IV. VALIDEZ FORMAL Y MATERIAL DE LAS NORMAS JURÍDICAS

14. Las normas del orden jurídico, tal y como hemos visto, fundamentan su validez en la Constitución (en Brasil, Constitución Federal), bajo dos aspectos: a) formalmente, en cuanto deben ser formadas por autoridades creadas de acuerdo con ella, dentro de la esfera de competencia y

463 Cfr. Bréhier, Émile, *Historia de la filosofía*, tomo 1, p. 580.

464 *Ibidem*, p. 581.

465 A propósito del tema, cuyo desarrollo escapa a los límites de nuestras indagaciones, cfr. Galicia, María, *op. cit.*, pp. 19-124.

conforme al procedimiento por ella establecido; b) materialmente, en cuanto el contenido de tales normas debe ajustarse a los preceptos de la Constitución.⁴⁶⁶ En eso se manifiesta el principio de la supremacía de las normas constitucionales, en el orden jurídico nacional, de todas las normas constitucionales, debemos precisar bien, y eso es la primera señal de su eficacia, como con relación a las normas que le preceden, tanto en cuanto a las normas que le siguen.

15. Lo mismo se da con las normas de reforma constitucional, en consonancia con el procedimiento previsto en el artículo 60 de la vigente carta política. Si no se atendieran las reglas procedimentales ahí consignadas, las normas enmendadas no adquieren validez formal. Si, por ejemplo, tendieran a abolir la Federación, o el voto directo, secreto, universal y periódico o la separación de poderes, o derechos y garantías individuales, serán materialmente inconstitucionales.

V. EFICACIA ABROGATIVA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

16. Si una Constitución no fuera la primera, según Kelsen, su razón de validez se encuentra en la Constitución anterior, que, a su vez, confería validez a las normas del orden jurídico por ella informada. Viendo la nueva Constitución, cree él, en vigor, ya tal vez en plena eficacia, normas inferiores que con ella conflictúan. Tal hecho no se adapta al principio de la compatibilidad del orden jurídico, del que ya hablamos.

17. Surge, entonces, el problema de saber si, en esa hipótesis, se verifica una relación de incompatibilidad horizontal, o, al contrario, ocurre una relación de incompatibilidad vertical. Aquélla se refiere a un vínculo intertemporal de normas, en la conformidad al principio *lex posterior derogat priori*. La doctrina sólo admite la incompatibilidad horizontal entre normas del mismo nivel, lo que no se da entre la Constitución y las leyes ordinarias o complementarias.

Constituciones existen o existirán que, expresamente, admiten el principio de la incompatibilidad horizontal entre ellas y las normas inferiores, y prescriben la abrogación de leyes, decretos y reglamentos que les sean contrarios,⁴⁶⁷ pero la verdad es que, a veces, ellas titubean entre un princi-

⁴⁶⁶ Cfr. Aftalión, Olano y Vilanova, *op. cit.*, pp. 208 y 209, con relación a Argentina, también; Machado Neto, *Teoría geral do direito*, p. 80.

⁴⁶⁷ Así, nuestras Constituciones de 1891 (artículo 83), de 1934 (artículo 113), de Luxemburgo (artículo 117), de Suiza (artículo 2 de las disposiciones transitorias).

pio y otro (horizontal o vertical), y pronuncian que esas normas conflictuantes queden sin ningún efecto.⁴⁶⁸

18. El principio de la incidencia inmediata de las normas constitucionales.⁴⁶⁹ Todas las normas constitucionales —tanto las de eficacia plena, como las de eficacia contenida, o las de eficacia limitada, las programáticas inclusive— inciden, en los límites de su eficacia, inmediatamente, salvo si la propia Constitución, expresamente, dispone de otro modo. Pontes de Miranda, sobre el tema, afirma: “La Constitución es la medida que desbasta el derecho anterior, para que sólo subsista el que es compatible con la nueva estructura y las nuevas reglas jurídicas constitucionales”.⁴⁷⁰

¿Desbasta?, ¿cómo? ¿Abrogando las normas anteriores, o éstas se vuelven inconstitucionales? Ya estudiamos el asunto, con respecto a la eficacia abrogativa de las normas programáticas, concordando con la tesis de Lúcio Bittencourt, según la cual se da una revocación por inconstitucionalidad, en una, por así decirlo, revocación por invalidación, si la técnica jurídica no nos censura por eso. Esa eficacia abrogativa de las normas constitucionales, de todas ellas, puede ser expresa o tácita, por incompatibilidad verdaderamente vertical, pero con una solución de incompatibilidad horizontal. Nuestra Constitución de 1891 cuidó el asunto en el artículo 83: “Continúan en vigor, en cuanto no revocadas, las leyes del antiguo régimen en el que explícita o implícitamente no fueran contrarias al sistema de gobierno formado por la Constitución y a los principios en ella consagrados”. También las Constituciones de 1934 (artículo 187) y de 1937 (artículo 183) confirmaban la legislación anterior que, explícita o implícitamente, no contrariasen sus disposiciones.

19. En esas reglas se consustanciaban, expresamente, dos principios: a) el de la continuidad del orden jurídico bajo la nueva Constitución, en aquello que no contrariase explícita o implícitamente; b) la de la abrogación de las normas anteriores contrarias, por incompatibilidad vertical, explícita o implícitamente.⁴⁷¹

468 Constitución de Liechtenstein, artículo 113, que dice que las normas contrarias son *abrogadas y sin efecto*.

469 Cfr. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda número 1 de 1969*, t. VI, p. 385.

470 *Ibidem*, p. 381.

471 Algunas Constituciones declaran inválidas las normas ordinarias conflictuantes, adoptándose, con pureza, el principio de la incompatibilidad vertical; así, la de Rumania (comunista), artículo 105 (“partir de la date d’entrée en vigueur de la Constitution par sa publication dans le ‘Moniteur Officiel’

La Constitución de 1988, como la de 1946, no se preocupó del asunto. Pero los mismos principios son admitidos, en cuanto la Constitución silencia sobre las normas jurídicas anteriores.

La Constitución de Brasil de 1967 cuidó parcialmente el tema, pero tan sólo con la finalidad de aprobar actos practicados por el llamado Comando Supremo de la revolución de 1964, y otros con base en actos institucionales y complementarios (artículo 173). Disposiciones idénticas fueron reproducidas en los artículos 181 y 182 de la carta de 1969. Tales disposiciones quedaron superadas con la enmienda constitucional número 11, del 13 de octubre de 1978, cuyo artículo 3o. pasó a cuidar el tema de la permanencia de los actos practicados con base en los actos institucionales y complementarios que fueron por ella revocados expresamente, "no que contrariasen la Constitución Federal". Ante eso, quedó superada la amplia discusión que emprendimos en las páginas 206 y 207 de la primera edición de este volumen, viniendo a esclarecer dudas del texto del artículo 173, de la Constitución del Brasil de 1967, y que sería pertinente también con relación al artículo 181 de la carta de 1969, si éste no hubiese sido revocado por el artículo 3o. de la enmienda número 11/78, que procuró compatibilizar reglas jurídicas del ordenamiento constitucional. La Constitución de 1988, finalmente, sepultó toda esta inutilidad autoritaria, por la revocación por inconstitucionalidad de todas las normas con ella incompatibles.

VI. EFICACIA CONSTRUCTIVA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

20. Una Constitución, en cuanto entra en vigor, no siendo la primera, encuentra normas jurídicas vigentes válidamente, por fuerza del régimen constitucional precedente.

Aparece, entonces, la cuestión de la continuidad de la legislación anterior, que muchas Constituciones, como ya verificamos, resuelven expresamente, determinando o confirmando la eficacia, cuando no las contraría explícita o implícitamente. Es el llamado principio de la continuidad del orden jurídico precedente en aquello en que atiende al principio de la compatibilidad con el nuevo orden constitucional.

21. El principio de la continuidad opera, incluso cuando la nueva Constitución no confirma expresamente las normas compatibles, como es el caso de la actual Constitución Federal. Se aproxima ella a otro principio, o sea, el de la continuidad del Estado, porque se entiende que el cambio constitucional no implica el surgimiento de un nuevo Estado, sino una simple mutación de régimen, especialmente cuando la nueva Constitución deriva de un movimiento revolucionario. Por eso es que algunos autores, como Mortati y Villari, solamente reconocen como auténtica, la Constitución en sentido material, confundida con el régimen político. Es, sin embargo, perfectamente dispensable apelar a esa concepción, para solucionar el problema de la continuidad de las normas jurídicas anteriores compatibles con el nuevo orden constitucional. Más allá, esa concepción no da propiamente solución a tal problema. Lo complica, al entender que la Constitución formal, escrita, no vale como ley, por lo que permanecen en vigor todas las normas ordinarias precedentes, incluso las incompatibles, hasta que otra ley ordinaria las modifique.

22. Rechazada esta posición, hay que resaltar que la continuidad de la legislación precedente constituye un aspecto de la eficacia constructiva de las normas constitucionales, ya que esa legislación recibe, de la nueva carta política, otro destello de luz revivificador que la revaloriza en el orden jurídico naciente. Son las normas anteriores recreadas por la Constitución que sucede. Es ése el fenómeno que la técnica jurídico-constitucional denomina recepción de la ley anterior: “por recepción se entiende el procedimiento por el cual un ordenamiento incorpora en el propio sistema la disciplina normativa de una materia dada así como fue establecida en otro ordenamiento”.⁴⁷² Pero no se trata de una mera recepción fría y pasiva, porque, en verdad, como se dice arriba, hay una recreación, una revivificación. Los estudios de Kelsen son precisos en ese aspecto:

Gran parte del viejo orden jurídico “permanece” válida en el cuadro del nuevo orden. Pero la frase “permanece válida” no da una descripción adecuada del fenómeno. Es solamente el contenido de esas normas en donde permanece lo mismo, no el fundamento de su validez ... Si leyes emanadas bajo la vieja Constitución “continúan siendo validas” en la nueva, eso es posible solamente porque les fue conferida validez, expresa o tácitamente, por la nueva Constitución. El fenómeno es un caso de recepción (similar a

⁴⁷² Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 169; cfr., también, *Teoria generale del diritto*, p. 282.

la recepción del derecho romano). El nuevo orden “recibe”, es decir, adopta, normas del viejo orden; eso significa que el nuevo orden jurídico atribuye validez (da vigor) a normas que tienen el mismo contenido de normas del viejo orden. La “recepción” es un procedimiento abreviado de creación del derecho. Las leyes que, según el inexacto lenguaje cotidiano, continúan siendo válidas, son, desde un punto de vista jurídico, nuevas leyes cuyo significado coincide con el de las viejas. Ellas no son idénticas a las viejas leyes, porque el fundamento de su validez es diverso. El fundamento de su validez reside en la nueva Constitución, no en la vieja, y entre ambas no existe continuidad ni desde el punto de vista de la primera ni desde el punto de vista de la segunda.⁴⁷³

Pero no es sólo en ese aspecto en el que se manifiesta la eficacia constructiva de las normas constitucionales. Cuando la nueva Constitución entra en vigor, siempre traza algo diferente, para mejor o peor, dependiendo de la posición axiológica del intérprete. Ese algo diferente, nuevo, ejerce un estímulo en la producción de las reglas jurídicas, reglamentando nuevas formas de vida, nuevos intereses. Se presupone que un nuevo orden constitucional viene a implantar un nuevo orden sociojurídico, y traza, al menos, un programa de actuación gubernamental, deducido de las ideas o de la ideología que impulsaron los cambios operados en el régimen. Algunas veces, hay retrocesos, como en ciertos aspectos de la Constitución de Brasil y la de 1969, pero también ésta trajo, aquí y ahí, reformulaciones de gran alcance, dentro del sistema. La Constitución de 1988 es radicalmente diversa de ellas por su sentido progresista, apuntando hacia una democracia participativa y de contenido social, pero un proceso de corte, de la reforma constitucional, va desfigurándose en el sentido neoliberal, que no se sabe a dónde irá.

VII. CONSTITUCIÓN VIGENTE Y NORMAS CONSTITUCIONALES ANTERIORES

23. Finalmente, detengámonos en otra cuestión interesante: la relación entre la Constitución vigente y las normas de la Constitución anterior.

⁴⁷³ Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 138. Cfr. también Gonçalves Ferreira Filho, Manoel, *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 63, p. 333, e Gandra Martins, Ives, “Competência legislativa retirada dos Estados para os Municípios pela nova orden constitucional”, *Revista dos Tribunais*, 645, pp. 13 y ss.

24. Algunas Constituciones, expresamente, consideran revocadas la Constitución y las leyes constitucionales precedentes. Fue lo que hicieron, por ejemplo, la Constitución de Baviera, artículo 186, número I: “La Constitución bávara del 14 de agosto de 1919 quedaba abrogada”; la de Bélgica, artículo 137: “La ley fundamental del 24 de agosto de 1815 fue abolida, así como los estatutos provinciales y locales”; la de la antigua Checoslovaquia, § 173, número I: “En el día en que la presente Constitución entre en vigor, cesa la validez de la Carta Constitucional de la República checa aprobada por la ley del 29 de febrero de 1920, número 121 del Recueil des lois, así como las leyes constitucionales que fueron declaradas como sus partes”; y la de Turquía, artículo 104: “La Constitución de 1293 (1876) y las modificaciones que le fueron introducidas anteriormente, así como la Constitución del 20 de enero de 1337 (1921) con sus adiciones y modificaciones, quedan abrogadas”.

La mayoría de las cartas constitucionales, con todo y ello, no trazan reglas abrogativas, o semejantes, de las normas constitucionales precedentes. En ese particular, se aplica, por entero, el principio de la compatibilidad horizontal, en el que atañe a aquellas que estén en conflicto con las normas constitucionales sucesivas: *lex posterior derogat priori*. Prevalece también que la ley posterior que regula nuevamente la misma materia revoca la anterior. Eso se verifica, incluso cuando las normas anteriores no sean incompatibles.

25. Falta saber cuál es la situación de las normas no incompatibles y cuya materia no haya sido objeto de nueva reglamentación constitucional.

Hay una doctrina en la cual esas normas permanecen en vigor, no en su calidad de normas constitucionales, sino como ley de carácter ordinario. A propósito, nos enseña Carl Schmitt que algunas prescripciones legal-constitucionales pueden seguir valiendo como prescripciones legales, incluso sin especial reconocimiento legal, después de abolida la Constitución.⁴⁷⁴ Esmein ya sustentó el mismo punto de vista, diciendo que

...las Constituciones escritas pueden contener, y contienen, muchas veces, disposiciones que no son constitucionales, sino por la forma, y que absolutamente no son objeto de ella. Son reglas de derecho administrativo o de derecho penal, por ejemplo, que no tienen ninguna relación necesaria con la forma del Estado o del gobierno establecido por la Constitución que las contienen y que son igualmente compatibles con otros regímenes. Fueron

474 Cfr. *Teoría de la Constitución*, pp. 32 y 33.

inscritas en el texto constitucional únicamente para darles mayor fuerza y estabilidad. Pues bien, se admite que disposiciones de esa naturaleza, que sólo pertenecían a la Constitución revocada por un ligamen fáctico, sobreviven a ella y absolutamente no caen con ella. Se les da tratamiento de leyes ordinarias; en el fondo es lo que son, pero al mismo tiempo, son reconducidas a la calidad de éstas. Se desgarran de la Constitución, en la que estaban encajadas, y por ello permanecen en vigor; pero, al mismo tiempo, pierden la eficacia de las normas constitucionales, y, de ahí en adelante, pueden, como otra ley cualquiera, ser modificadas por el legislador ordinario. La revolución no hace más que desconstitucionarlas.⁴⁷⁵

En las ediciones anteriores aceptamos esa doctrina de desconstitucionalización de las normas jurídicas. Hoy, por ello, tenemos dudas de su validez y conveniencia. Pues si una Constitución nueva es elaborada por el poder constituyente que no reproduce determinadas normas no esencialmente constitucionales (administrativas, civiles, etcétera) insertas en la Constitución sólo para darle mayor estabilidad, significa eso que el nuevo orden constitucional a las cuales descalifica, no sólo como normas constitucionales, sino también como normas jurídicas vigentes. Eso quiere decir que quedan igualmente revocadas tal como la Constitución que las acogía.⁴⁷⁶

⁴⁷⁵ Cfr. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, p. 582. En el mismo sentido, Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967, como a Enmenda número I de 1969*, pp. 249 y 250, tomo I, claramente calzado en el texto de Esmein, sin citarlo en lo mismo.

⁴⁷⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho acepta la tesis de desconstitucionalización con la transformación de la norma de ley ordinaria (cfr. *Direito constitucional comparado: I: O poder constituinte*, pp. 110 y ss.