

CAPÍTULO TERCERO

NORMAS CONSTITUCIONALES DE EFICACIA CONTENIDA . .	87
I. Razón de esta clasificación	87
II. Características y enumeración	88
III. Razón de la posibilidad de limitación de eficacia de esas normas	99
IV. Naturaleza y concepto	100
V. Condiciones generales de aplicabilidad	101

CAPÍTULO TERCERO

NORMAS CONSTITUCIONALES DE EFICACIA CONTENIDA

I. RAZÓN DE ESTA CLASIFICACIÓN

1. Los constitucionalistas que se ocuparon más extensamente de la definición de eficacia de las normas constitucionales no destacaron, en su clasificación, las normas de eficacia contenida.

Muchas de esas normas hacen mención a una legislación futura, motivo por lo que algunos las incluyen entre las normas de eficacia limitada, que no programáticas, o sea, aquellas que Crisafulli denomina normas de legislación.²⁵² Se trata, desde nuestro punto de vista, de una manifestación equivocada, por cuanto que el hecho de remitir a una legislación futura no autoriza equipararlas con otras que exigen una normatividad ulterior integrativa de su eficacia. Lo contrario es que se verifica, conforme enseñaremos enseguida, pues, con relación a ellas, la legislación futura, antes de completarles la eficacia, impedirá la expansión de la integridad de su mandato jurídico.

Añade incluso que algunas normas de ese tipo indican elementos de su restricción, que no la ley, incluso ciertos conceptos de larga difusión en el derecho público, tales como *orden público*, *seguridad nacional o pública*, *integridad nacional*, *buenas costumbres*, *necesidad o utilidad pública*, *peligro público inminente*, etcétera, que, con la ley prevista o la concurrencia de determinadas circunstancias que hacen incidir otras normas constitucionales, importan en la limitación de la eficacia de normas generadoras de situaciones subjetivas activas o de ventaja.²⁵³

2. Eso implica el surgimiento de un grupo de normas constitucionales diferentes de las de eficacia plena y de las de eficacia limitada, exigiendo tratamiento aparte, porque, en cuanto se parezcan aquéllas (son de aplica-

²⁵² *Op. cit.*, p. 110, donde introduce la nomenclatura *normas de legislación*.

²⁵³ Sobre ese asunto, en general, *cfr.* Barile, Paolo, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, especialmente sec. seg. "I limiti delle situazione attivi", Pádua, 1953.

bilidad inmediata) bajo el aspecto de aplicabilidad, de ellas se distancian por la posibilidad de contención de su eficacia, mediante legislación futura u otros medios; y, si se asemejan a las de eficacia limitada por la posibilidad de reglamentación legislativa, de éstas se apartan desde bajo el punto de vista de la aplicabilidad y porque la intervención del legislador tiene un sentido exactamente contrario: restringe el ámbito de su eficacia y aplicabilidad, en vez de ampliarlo, como se da con las de eficacia limitada.

II. CARACTERÍSTICAS Y ENUMERACIÓN

3. La peculiaridad de las normas de eficacia contenida se configuran en los siguientes puntos:

I. Son normas que, por regla, requieren la intervención del legislador ordinario, haciendo expresa remisión a una legislación futura; pero al apelar al legislador ordinario viene a restringirles la plenitud de la eficacia, reglamentando los derechos subjetivos que de ellas emanan para los ciudadanos, individuos o grupos;

II. En cuanto el legislador ordinario no expida la normativa restrictiva, su eficacia será plena; en eso también difieren las normas de eficacia limitada, en cuanto a la interferencia del legislador ordinario, con relación a éstas, tiene el objetivo de conferirles plena eficacia y aplicabilidad concreta y positiva;

III. Son de aplicabilidad directa e inmediata, ya que el legislador constituyente dio normatividad suficiente a los intereses vinculados a la materia de la que conocen;

IV. Algunas de esas normas ya contienen un concepto ético-jurídico (buenas costumbres, orden público, etcétera), como valor social o político a preservar, que implica la limitación de su eficacia;

V. Su eficacia puede incluso ser apartada por la incidencia de otras normas constitucionales, si ocurrieran ciertos presupuestos de hecho (estado de sitio, por ejemplo).

4. Sin necesidad de una investigación más profunda, descubriremos, en la Constitución Federal, la presencia de normas de eficacia contenida, especialmente entre aquellas que instituyen derechos y garantías individuales, incluso ellas van despuntando en otros contextos. Ofreceremos algunos ejemplos enseguida.

5. Legislación restrictiva, artículo 5o., VIII: “Nadie será privado de derechos por motivo de creencia religiosa o de convicción política, salvo si los invocare para eximirse de obligación legal a todos impuesta y recusarse a cumplir prestación alternativa, *fijada en la ley*”. Se confirma, en ese inciso, la libertad de creencia asegurada en el inciso VI del mismo artículo y de convicción filosófica o política, que encuentra fundamento en el inciso IV y en el artículo 220, § 2o., como formas de manifestación de pensamiento. En esa parte, la regla es plenamente eficaz y de aplicabilidad inmediata, pero esa eficacia puede ser contenida (restringida), con relación a aquella que se exige de obligación legal impuesta a todos y se recuse a cumplir prestación alternativa, fijada en ley. Si no hubiera ley que fije “prestación alternativa” a ser cumplida, incluso presentándose la excusa, cualquier restricción o sanción será inconstitucional, salvo la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15, IV (pérdida de los derechos políticos o excusantes), que revela una de aquellas normas constitucionales que sirven de contención y eficacia de otras, como fue dicho en el ítem V del número 3 *supra* y en el número 6 *infra*. Que la prestación alternativa depende de la ley, el § 1o. del artículo 143 lo confirma, cuando estatuye, como hipótesis especial, que “a las Fuerzas Armadas compete, *en la forma de la ley*, atribuir servicio alternativo a los que, en tiempo de paz, después de alistados, alegaren imperativo de conciencia, entendiéndose como tal la subsiguiente creencia religiosa y de convicción filosófica o política, para eximirse de actividades de carácter esencialmente militar”. Ese dispositivo era realmente innecesario, porque la cuestión específica que cuida, ya se asume a la regla del inciso VIII del artículo 5o. arriba transcrito. Él tiene sólo la novedad de que su objeto no es el de estatuir sobre la libertad de religión, convicción filosófica o política, sino de la previsión de competencias de las Fuerzas Armadas para atribuir servicios alternativos a quien alegue imperativo de conciencia para eximirse del servicio militar. Pero también entra en ese objeto que el ejercicio de la competencia delineada queda en la dependencia de la *forma de la ley*. Aquí, la norma no es de eficacia contenida, sino de eficacia limitada, porque la competencia prevista sólo se integrará con la definición legal de su forma de ejercicio. Ante eso, la norma no tiene aplicabilidad. Sólo la tendrá con la ley que defina la forma de ejercicio de competencia. Sin la ley, las Fuerzas Armadas no podrían atribuir servicio alternativo o excusante, y no cabría sanción alguna, salvo la aplicación del artículo 15, IV, ya mencionado arriba.

Otro ejemplo: artículo 5o., XIII: “Es libre el ejercicio de cualquier trabajo, oficio o profesión, *atendidas las cualificaciones profesionales que la ley establezca*”. Esa norma requiere un poco más de atención, pues da la impresión de que la libertad, en ella reconocida, queda en una dependencia de la ley, que deberá establecer las cualificaciones profesionales, para su actuación. Si así fuera, se trata nítidamente de una norma de eficacia limitada y aplicabilidad dependiente de la legislación; es decir, de aplicabilidad indirecta y mediata. Nos parece, con todo y ello, que el principio de libertad de ejercicio profesional, consignado en la disposición, es de aplicabilidad inmediata. Su contenido envuelve también la elección del trabajo, del oficio o de la profesión, no sólo su ejercicio. El legislador ordinario, no obstante, puede establecer cualificaciones profesionales para tanto. Si, en un caso concreto, no hubiera ley que provea esas cualificaciones, surge el derecho subjetivo pleno del interesado, y la regla de libertad se aplica desembarazadamente. Aquí, no se conoce el derecho del trabajo, como prevenía el artículo 145, párrafo único, de la Constitución de 1946, de naturaleza programática, cuando aseguraba, a todos, trabajo que posibilitase una existencia digna. Se trata, al contrario, de algo concreto: de la libertad del individuo de determinarse con relación al trabajo, oficio y profesión, según su propio entendimiento y conveniencia. La ley sólo puede interferir para exigir cierta habilitación para el ejercicio de una u otra profesión u oficio. En ausencia de ley, la libertad es amplia, en sentido teórico.

Del mismo modo, más allá está la regla de la primera parte del artículo 37, I, con la redacción de la EC-19/98, que dispone: “a los cargos, empleos y funciones públicas tienen acceso los brasileños que cumplan con los requisitos *establecidos en la ley*, así como a los extranjeros, *en forma de la ley*”. La propia Constitución prevé algunos requisitos, como aprobación en concurso público, o que, antes de constituir una restricción, en verdad, es una garantía de oportunidad para todos. En el derecho administrativo brasileño, las leyes que disponen sobre los requisitos para concurrir a los cargos, empleos y funciones públicos, conforme autoriza el texto constitucional en comentario. Pero, suponiendo que determinado municipio no tenga ley propia, que establezca requisitos de accesibilidad a los cargos públicos municipales, eso no impide la aplicabilidad de aquella garantía constitucional funcional, pues la regla es plenamente eficaz y de aplicabilidad inmediata. La ley prevista en la primera parte del inciso

cuestionado no tiene por objeto darle aplicabilidad, que ella ya posee por sí misma, sino objetiva el establecimiento de restricciones a su eficacia. Ya es diferente la segunda parte del dispositivo: “así como a los extranjeros, *en la forma de la ley*”. Aquí el derecho de acceso del extranjero no transcurre inmediatamente de la norma, porque depende de la “forma de la ley”, o sea, sin que esta ley venga al extranjero no tiene derecho al acceso al cargo, empleo o función pública. Aquí, sí, la norma es de eficacia limitada.

6. Normas constitucionales de contención de la eficacia de otras. Ya mencionamos la norma del artículo 15, IV, que introduce en la contención de la amplia aplicabilidad de las normas de los artículos 5o., IV, VI y VIII, en hipótesis particular, la ley prevista en este último dispositivo. Un ejemplo más notorio y expresivo lo encontraremos en el artículo 14, § 9o., donde se establece que la ley complementaria establecerá otros casos de inelegibilidad. Aquí denotamos la complejidad de la cuestión de la eficacia y aplicabilidad de las normas constitucionales. Primero, porque en esa disposición se inscribe una norma de eficacia limitada y porque depende de la ley en lo que atañe a la institución de otras inelegibilidades, cuyo objetivo y contenido básico están en ella delineados; en esta, de otro modo, la Constitución ya estatuye casos de inelegibilidad, de aplicabilidad inmediata. Así, en segundo lugar, pues, algunas hipótesis de inelegibilidad ya transcurren de la propia norma constitucional (artículo 14, §§ 4o.-7o.), en cuanto otras dependen de una ley complementaria, en los límites de los objetivos y contenido del inciso 9o. del mismo artículo 14: proteger la probidad administrativa, la moralidad para el ejercicio del mandato, considerada la vida anterior del candidato, y la normalidad y legitimidad de las elecciones contra la influencia del poder económico o el abuso del ejercicio de la función, cargo o empleo en la administración. En tercer lugar, y aquí está nuestro problema, como se anota en los §§ 4o. a 7o. se crean normas de contención de la eficacia y aplicabilidad de las normas y principios que difluyen del mismo artículo 14, *caput* y §§ 1o. a 3o., que confieren la elegibilidad de los alistados, menos los analfabetos. Es decir, el principio es el de que el derecho a la elegibilidad se aplica ampliamente, pero, en el caso, esos dispositivos ya trazan reglas de restricción, de contención, a esa eficacia expansiva, e incluso autoriza qué ley complementaria instituye otras reglas restrictivas. Véase que esas reglas de contención no constituyen un mero sistema de excepciones, por-

que no se trata de un sistema de excluir, de la regla general, aspectos particulares, en que ella no deben incidir, como es el caso del § 2o. del artículo 14, que exceptúa a los extranjeros y los conscriptos de la regla del § 1o. del artículo, así como los analfabetos (alistados) son excluidos (exceptuados) de la regla general de que todo alistado (una vez alistado) es elegible (artículo 14, § 4o.). Pero es cierto que las reglas de contención tienen un régimen interpretativo semejante a las reglas de excepción, pues, siendo normas restrictivas de derechos fundamentales, han de subordinarse a la idea de que su sentido, sus determinaciones, no pueden sobrepasar la técnica de su enunciado limitado.

El conjunto de normas que hoy integran los sistemas de estabilización y defensa de la Constitución contra procesos violentos de cambio y perturbación del ordenamiento constitucional forman un amplio abanico de reglas que, observados ciertos presupuestos de hecho, contienen, temporalmente, la eficacia y aplicabilidad de normas constitucionales que otorgan derechos fundamentales del hombre. Tales sistemas, que regulan el estado de defensa y el estado de sitio (artículos 136 a 141), apartan, temporalmente, la eficacia y aplicabilidad inmediata de los derechos y garantías fundamentales expresamente indicados. Basta un decreto del presidente de la República, con base casi siempre en su apreciación subjetiva de los hechos, para que normas de otorgación de aquellos derechos queden *contenidas* (paralizadas), en lo que atañe a la producción de sus efectos y de su aplicación.

7. *Orden público y buenas costumbres.* Daremos ejemplos de normas de eficacia contenida mediante ley y otras normas constitucionales. Vamos a examinar, ahora, otras, cuya eficacia sufre restricciones por motivo de orden público, buenas costumbres y paz social.

Un ejemplo expresivo lo teníamos en el artículo 153, § 5o., que declaraba que era plena la libertad de conciencia y dejaba asegurado a los creyentes el ejercicio de los cultos religiosos, “que no contrariasen el orden público y las buenas costumbres”. Incluso la Constitución de 1988 no había reproducido un texto con el mismo tenor, pero merece la pena discutir la cuestión, no sólo porque ilustra nuestra tesis, sino especialmente porque se puede indagar si esos conceptos éticos jurídicos no perduran en el ordenamiento constitucional vigente. Verdaderamente, podemos adelantar que los de orden público y paz social lo permean todavía, como funda-

mento expreso del poder de policía y de otras formas de limitación de derechos.²⁵⁴

¿Qué se entiende por *orden público*? La caracterización de su significado es de suma importancia, porque se trata de algo destinado a limitar situaciones subjetivas de ventaja, otorgadas por la Constitución. Añade incluso que ésta usa otras expresiones correlativas, que, a veces, la apartan mucho de la expresión “orden público”, y, otras veces, son sustancialmente idénticas, tales como “orden político y social” (artículo 144, lo., I), “paz social” (artículo 136), o simplemente “orden” (artículo 142). Esta última verdaderamente tiene el mismo sentido del “orden público”,²⁵⁵ incluso cuando no se califique así; el orden político y social también, en conjunto, equivale a aquélla; pero el “orden democrático” difiere de ella, siendo más restricta y de otro contenido; en verdad, dice lo mismo que “régimen democrático” del artículo 17.

El concepto de orden público es controvertido.²⁵⁶ Virga lo entiende como “mínimo ético de un determinado momento”,²⁵⁷ lo que no satisface, porque no se sabe precisamente lo que significa “mínimo ético”. Sería conveniente que la doctrina y la jurisprudencia buscasen un concepto objetivo de “orden público”, u “orden” simplemente, tenido como uno de los valores-medio del derecho. En nombre de esas expresiones, limitativas de ciertos derechos fundamentales, se han practicado las mayores arbitrariedades, cuando ellas autorizan sólo la actuación del poder de policía, que es justamente “la facultad de que dispone la administración pública para condicionar y restringir el uso y goce de los bienes, actividades

254 Basta recordar el inciso III del artículo 34 (intervención de los Estados para poner término al grave compromiso del “orden público”), el artículo 136 (autoriza al estado de defensa para preservar o reestablecer el “orden público y la paz social”), artículo 142 (competencia de las Fuerzas Armadas para garantizar el “orden” [público, por cierto]), y el artículo 144, *caput* y § 5o. (preservación como objeto de seguridad pública y de la policía ostensiva ejercida por la Policía Militar; fundamento, pues, de poder de policía).

255 “Orden público”, aquí considerado con base en el artículo 144, nada tiene que ver con el “orden público” referido al derecho privado, con expresiones tales como “ley de orden público”, porque aquí “orden público” significa “interés público”, “interés general” contrapuesto al “interés privado”, “interés particular o individual”, en cuanto la expresión “orden público” del texto constitucional se opone al “desorden”, al “conflicto generalizado”.

256 Sobre las dificultades de conceptualizar el orden público, *cfr.* Lazzarini, Álvaro, *Estudos de direito administrativo*, pp. 49 y ss. y pp. 235 y ss. Y también “Policia de manutenção da ordem pública e a justiça”, en Álvaro Lazzarini y otros, *Direito administrativo da ordem público*, 2a. ed., pp. 1 y ss.; Figueiredo Moreira Neto, Diogo de, “Direito administrativo da segurança pública”, en el mismo volumen, pp. 128 y ss.

257 Virga, Pietro, *Diritto costituzionale*, p. 5.

y derechos individuales, en beneficio de la colectividad y del propio Estado”.²⁵⁸ “Pero, bajo la invocación del poder de policía” —enseña Hely Lopes Meirelles— no puede la autoridad anular las libertades públicas o aniquilar los derechos fundamentales del individuo asegurados en la Constitución.²⁵⁹

El § 27o. del artículo 153 de la Constitución de 1969 hablaba de “orden” como concepto restrictivo del derecho de reunirse sin armas (*in verbis*: “Todos pueden reunirse sin armas, no interviniendo la autoridad sino para mantener el orden. La ley podrá determinar los casos en que será necesaria la comunicación previa a la autoridad, bien como la designación, por ésta, del local de reunión”). La Constitución vigente no acepta más esa restricción, pues la práctica reveló que lo más importante no era el mantenimiento del orden, como si éste fuese la función primordial del poder político, olvidándose que no existe un orden ideal. Hay, sin duda, una tensión entre orden y progreso, que son dos aspectos del proceso social, uno estático y otro dinámico. Al poder político cabe la función de mantener un mínimo de orden y estimular un máximo de progreso.²⁶⁰ “Las instituciones deben continuamente ser ajustadas, renovadas, transformadas. Y sólo el poder político dispone de medios necesarios para asumir esa función reformadora. En suma, un orden social verdadero es un indicio mucho más completo a hacer o rehacer en el curso del tiempo, que conservar tal cual es”.²⁶¹ Esas justas palabras de Lapierre demuestran bien la dificultad de dar un concepto de orden público, pero también resaltan la imprescindible moderación que se debe adoptar en la utilización del poder de policía, autorizado a limitar la eficacia de las normas constitucionales consagradoras de situaciones subjetivas activas, como son estas a las que estamos dedicando nuestra atención.

Si ningún orden es jamás perfecto y definitivo,²⁶² claramente se percibe la imposibilidad de fijarle un concepto con validez universal y perma-

258 Lopes Meirelles, Hely, *Direito administrativo brasileiro*, 18a. ed., São Paulo, 1993, p. 115 (grifamos).

259 *Op. cit.*, p. 117.

260 *Cfr.* Lapierre, Jean-William, *Le pouvoir politique*, p. 54.

261 *Op. cit.*, pp. 54 y 55.

262 *Cfr.* Lapierre, *op. cit.*, p. 54, que añade: “L’ordre établi est toujours relatif à l’état de la civilisation au moment où il fut établi. Plus se développent les progrès de la civilisation, moins les normes et les structures sociales sont adaptées à la réalité des rapports sociaux. Il en résulte une sorte de décalage, ou de déséquilibre, entre l’‘infrastructure’ et les superstructures d’une société civile. C’est pourquoi tout ordre établi est toujours plus ou moins, selon la forte expresión d’Emmanuel Mounier, un ‘désordre établi’”.

nente. Verdaderamente su manutención no puede tornarse en una arbitrariedad, ya que solamente autoriza la actuación de la competencia discrecional del poder, y menos aún, éste, bajo la capa de mantenimiento del orden público, reprimir los postulados del progreso. Barile no llega a definir orden público, sino “los motivos de orden público”, no tanto como justificación de la interferencia del poder de policía, sino como “límite excepcional a situaciones subjetivas activas”,²⁶³ y, bajo esa perspectiva que nos parece más adecuada, él dice: “Motivos de orden público subsisten toda vez que el derecho positivo concede a la autoridad administrativa un poder de elección entre varias soluciones, indicando la obligación de seguir la más apta con el objetivo de evitar la perturbación de la convivencia social pacífica, amenazada de sublevaciones que hayan producido, o supuestamente se podían producir, a corto plazo, la práctica de crímenes”.²⁶⁴ El “orden público” es, así, una pacífica situación de convivencia social, exenta de amenaza de violencia o de sublevación que hayan sido producidas o que supuestamente puedan producir, a corto plazo, la práctica de crímenes. Convivencia pacífica no significa estar exenta de divergencias, de debates, de controversias y hasta de ciertas contiendas interpersonales. Ella deja de ser tal cuando discusiones, divergencias, desórdenes y otras contiendas amenazan llegar a las vías de hecho con inminencia de venganza personal, de violencia o de crimen.²⁶⁵

Colocado así el problema del orden público, analicemos otro concepto, que el artículo 153, § 5o., de la Constitución de 1969, tenía como límite la eficacia de aquella norma definidora de la libertad religiosa y de culto: “las buenas costumbres”. Aquella Constitución, así, no admitía la posibilidad de cultos religiosos contrarios a las buenas costumbres.

La expresión “buenas costumbres” es de aquellas que aparecen en el derecho con el objetivo de justificar la actuación de la competencia discrecional del poder público. Su concepto es difícil de fijar objetivamente.

263 Barile, Paolo, *I soggetto privato nella Costituzione italiana*, p. 117.

264 *Ibidem*, p. 117, y *Le libertà nella Costituzione*, p. 37.

265 *Cfr.* nuestro *Curso de derecho constitucional positivo*, p. 710. Diogo Figueiredo Moreira Neto ofrece el siguiente concepto: “Orden público, objeto de seguridad pública, es la situación de convivencia pacífica y armoniosa de la población, fundada en los principios éticos vigentes en la sociedad”. El Manual de Bases Doctrinales para el empleo de la Fuerza de Policía Militar del Estado de Río de Janeiro conceptúa el orden público así: “Orden público es el estado de paz social que experimenta la población, que transcurre de grado de garantía individual o colectiva propiciado por el poder público, que envuelve, más allá de las garantías de seguridad, tranquilidad y salubridad, las nociones de orden moral, estética, política y económica, independientemente de manifestaciones visibles de desorden”.

La evolución social siempre importa en el cambio de la tabla de valores, con la transformación de hábitos y actitudes, que en un momento pueden contrariar las buenas costumbres, y en otro momento, ya se vuelven perfectamente compatibles con ella. Barile define la buena costumbre “como aquel complejo de reglas que la opinión pública reconoce válidas en un momento dado histórico con relación a la protección contra la obscenidad y contra las ofensas a la decencia pública”.²⁶⁶ Excluyó el equívoco concepto de la “moralidad media”, que figuraba en esa definición, en otra obra suya,²⁶⁷ eso porque un concepto de “moralidad media”, según afirma, es extraño a la función del Estado democrático, que no es “Estado ético”, sino un Estado que deja la moral a la conciencia de los individuos y se limita a la tutela bajo la premisa exclusiva de convivencia pacífica y, pues, en el caso que examinamos, bajo el prisma de la obscenidad de la decencia pública.²⁶⁸ Aceptamos la doctrina del autor, con la observación de que la Constitución de 1988 no traza explícitamente aquella expresión, sino la idea de “buenas costumbres” como “orden moral” subyacente al ordenamiento jurídico.²⁶⁹ El texto de ésta correspondiente al anterior “declara asegurado el libre ejercicio de los cultos religiosos y garantiza, en la forma de la ley, la protección a los locales de culto y a sus liturgias”. La disposición se compone de dos partes: “asegura la libertad de ejercicio de los cultos religiosos”, sin condicionamientos, “y protege los locales de culto y sus liturgias”, pero aquí, “en la forma de la ley”. Es evidente, como dijimos en otra obra,²⁷⁰ que no es la ley que va a definir los locales de culto y sus liturgias. Eso es parte de la libertad de ejercicio de culto, que no está sujeta a condicionantes. Está claro que hay locales, plazas, por ejemplo, que no son propiamente locales de culto. En ellas se realizan cultos, pero en el ejercicio de la libertad de reunión y no de la libertad religiosa. La ley podrá definir mejor esos locales no típicos de culto, sino necesarios para el ejercicio de la libertad religiosa. Y deberá establecer normas de protección de éstos y de los locales en que el culto normalmente se realiza, que son los templos, edificios con las características

266 *Le libertà nella Costituzione*, p. 47.

267 *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, p. 136.

268 *Le libertà nella Costituzione*, p. 47.

269 Sin que se quiera interpretar la Constitución según la ley ordinaria, que sería invertir principios, ya que las leyes son las que deben ser interpretadas conforme a la Constitución, se puede recordar que hay referencias legales a “buenas costumbres”, como en el artículo 17 de la Ley de Introducción al Código Civil en el artículo 395, III, del Código Civil.

270 *Nuestro Curso de direito constitucional positivo*, p. 143.

propias de la respectiva religión. De otro modo, así lo dice la Constitución, indirectamente, cuando estatuye la inmunidad fiscal sobre “templos de cualquier culto” (artículo 150, VI, b). Pero la libertad de culto se extiende a su práctica en los lugares y parques públicos, y ahí también merece protección de la ley. En definitiva, le corresponde a los poderes públicos no dificultar el ejercicio de los cultos religiosos (artículo 19, I) y protegerlos, ahí sin la forma de la ley. Ésta, pues, no es restrictiva de la libertad de culto, sino también esta libertad no tiene su eficacia dependiendo de la ley referida. Con la ley o sin ella la libertad de culto está garantizada.

8. “Necesidad” o “utilidad pública”; “interés social” o “económico”; “peligro público inminente”. Son otros conceptos que interfieren con la eficacia determinadas normas constitucionales. Con base en ellas, el poder público puede limitar situaciones subjetivas, circunscribiendo la autonomía de sujetos privados especialmente en relación con el derecho de propiedad.

El inciso XXII del artículo 5o. garantiza el derecho de propiedad, pero los incisos XXIV y XXV ofrecen los elementos de sus limitaciones, permitiendo su desapropiación por “necesidad o utilidad pública” o por “interés social”, utilizándose por la autoridad competente en caso de “peligro público inminente”.

9. “Seguridad pública”, “seguridad nacional” e “integridad nacional”. La “seguridad pública” es otro concepto del que se sirve el poder de policía, con el objetivo de “aceptar la conducta de los individuos con vista a la observancia de los límites impuestos por la ley a su libertad”.²⁷¹ La Constitución italiana, en varias disposiciones, hace expresa mención a la seguridad pública, como límite a las situaciones subjetivas de ventaja;²⁷² la nuestra no es tan explícita, pero el concepto consta del artículo 144, como fundamento del poder de policía, que es, como se sabe, un poder de límites a los derechos individuales. El artículo declara que la “seguridad pública, deber del Estado, derecho y responsabilidad de todos, es ejercida para la preservación del orden público y de la protección de las personas y del patrimonio, a través de los órganos de policía que enumera”. Como se hace ver, la “seguridad pública” consiste en una situación

271 Barile, Paolo, *Le libertà nella Costituzione*, p. 40.

272 Constituição italiana, artículos 13, 16, 17 y 41. También la Ley Fundamental de la República Federal alemana, artículo 13.

de preservación o restablecimiento de aquella convivencia social (orden público), de la protección de las personas y del patrimonio público y privado, de tal manera que permita que todos gocen de sus derechos y ejerzan sus actividades sin perturbación de otros, salvo en los límites de goce y reivindicación de sus propios derechos y defensa de sus legítimos intereses. Ésta es una actividad de vigilancia, prevención y represión de conductas delictuosas. El ejercicio de esa actividad importa, muchas veces, o casi siempre, en la restricción de derechos y garantías individuales, como es la hipótesis del inciso XI del artículo 5o. de la Constitución, que, estatuyendo la inviolabilidad del domicilio, permite, sin embargo, que en ella se penetre la noche, incluso sin consentimiento del morador, en caso de flagrante delito o desastre, o para prestar auxilio. Pero el abuso de esa actividad genera motivos para la interposición de *habeas corpus* y responsabilidad de la autoridad abusiva.

No se confunde la seguridad pública con la “seguridad nacional”, concepto hoy reducido a la expresión menos incluyente, que como en el sistema constitucional revocado en que el principio de la seguridad nacional parada sobre la eficacia de casi todas las normas constitucionales. La idea que prevalece ahora es la de la defensa nacional (artículo 91), defensa de la patria (artículo 142) y seguridad del territorio nacional (artículo 91, § 1o., III). Todos esos conceptos constituyen base de limitaciones (contención) de derechos constitucionales.

Otro concepto correlativo con aquéllos es el de “integridad nacional”. Con base en él, la Unión puede intervenir en los estados (artículo 34, I), derogando las normas consagradoras de la autonomía estadual, que ocurre en el caso de que un estado o parte de él pretenda desligarse de la Federación, ya sea para constituirse en país independiente, ya sea integrarse en otro país. Integridad nacional, por tanto, es una noción correspondiente a la integridad del territorio nacional. No hiere la integridad nacional el acto del gobernador y el pueblo de un estado si se oponen políticamente al gobierno de la Unión. Tal hecho no significa ni la intervención en el estado ni medidas especiales en el caso de estado de sitio o estado de defensa.

10. Finalmente, medidas de protección y defensa de *salud pública, de la higiene y sanitaria* también autorizan la actuación del poder de policía (policía sanitaria) con restricciones a las libertades públicas, así como medidas de defensa contra las calamidades públicas.

III. RAZÓN DE LA POSIBILIDAD DE LIMITACIÓN DE EFICACIA DE ESAS NORMAS

11. El sistema de contención de eficacia de las normas constitucionales expuesto arriba tiene su razón de ser fundada en los fines generales y sociales del Estado moderno. Pero éste, al limitar la autonomía de los sujetos privados, viene, esencialmente, a tutelar la libertad de todos, de modo que el ejercicio de los derechos por unos no perjudique los derechos de los demás.

12. Si al Estado compete, como uno de sus fines históricamente ínsitos en su existencia, asegurar el orden público, tutelar la seguridad pública y la protección de las personas y del patrimonio de los individuos, proveer la defensa nacional contra invasiones o amenazas de invasiones externas, mantener la integridad de su territorio, procurar realizar el bienestar social, o bien común, posibilitando la igualdad de oportunidades a todos, ya que para la consecución de esos objetivos tiene que estar autorizada por la Constitución (en los estrictos términos de sus normas), bien por conceptos generales (como los vistos), bien por ley, al regular el ejercicio de los derechos y autonomías, conferidos a los individuos y entidades por las normas constitucionales, cuya eficacia y aplicabilidad quedan delimitadas al equilibrio perseguido por el Estado, en la búsqueda de la efectivación de la prosperidad de la comunidad.

13. El Estado tiende, cada vez más, a ser social, dando prevalencia a los intereses colectivos, antes que a los individuos. Y es exactamente en esa adopción de fines sociales prevalentes a la protección de los fines individuales donde el Estado democrático de derecho se distingue del Estado liberal individualista.

Pero eso es todavía una aspiración. Las Constituciones modernas continúan siendo instrumentos de compromiso, donde prevalecen los dictámenes liberales individualistas. En el caso brasileño, una comparación entre la Constitución de 1946, la de 1967 y la de 1969 revela, desde luego, que ésta era políticamente más autoritaria y socialmente menos liberal que aquéllas. Merece la pena decir, con relación a la carta magna de 1946, incluso a la Constitución de 1967, la de 1969 no configuró prácticamente ninguna democracia política (tantas restricciones opuestas a los derechos fundamentales y garantías constitucionales) y restringió más las concesiones a la democracia social. Ésta era una característica de aquel periodo: el miedo del socialismo o de una simple democracia socializante iba debili-

tando a la democracia política, sofocando las libertades públicas o reduciéndolas a una expresión insignificante, formulando autoritarismo bajo el eslogan de que la democracia necesitaba restringirse para defenderse. Si así continuase, no tardaría en que se suicidase con los instrumentos de la propia defensa. La Constitución de 1988 cambió ese panorama, a pesar de que el orden económico en ella implícito no es sino una forma de economía capitalista, porque ella se apoya enteramente en la apropiación privada de los medios de producción y en la iniciativa privada (artículo 170). Eso caracteriza el modo de producción capitalista, que no deja de ser tal por la eventual injerencia del Estado en la economía ni por la circunstancial exploración directa de la actividad económica por el Estado y posible monopolización de alguna área económica, porque esa actuación estatal todavía se inserta en el principio básico del capitalismo, que es la apropiación exclusiva por una clase de los medios de producción. Con todo, en ella el elemento socioideológico revelador del compromiso entre el Estado liberal y el Estado social intervencionista es más acentuado, con bastante realce a los derechos sociales.

IV. NATURALEZA Y CONCEPTO

14. Las normas de eficacia contenida, de las que estamos tratando en este capítulo, tienen naturaleza de normas imperativas, positivas o negativas, limitadoras del poder público, valiendo decir, consagradoras, en regla, de derechos subjetivos de los individuos o de entidades públicas o privadas. Y las reglas de contención de su eficacia constituyen limitaciones a esos derechos y autonomías; o, según una teoría moderna, que trataremos, son reglas y conceptos limitativos de las situaciones subjetivas de ventaja.²⁷³

15. Normas de eficacia contenida, por tanto, son aquellas en que el legislador constituyente reguló suficientemente los intereses relativos a determinada materia, pero dejó margen de actuación restrictiva por parte de

²⁷³ Cfr. Crisafulli, Vezio, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, p. 60, nota 11: “Uso le espressioni ‘situazioni di vantaggio’ e rispettivamente ‘di svantaggio’ per evitare equivoci, dal momento che recenti indagini hanno indotto parte della dottrina ad attribuire un significato diverso da quello tradizionale alle espressioni più comuni, ‘situazioni attive’ e ‘passive’”. Cfr. también Barile, Paolo, que, en su obra *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, empleaba invariablemente la expresión *situación attiva*, “Sezione seconda”: *I limiti delle situazione attive* (pp. 75 y ss.), pero, ya en *Le libertà nella Costituzione*, publicada posteriormente, pasó a usar frecuentemente la expresión *situazioni di vantaggio*.

la competencia discrecional del poder público, en los términos que la ley establece o en los términos de conceptos generales en ellas enunciados.

V. CONDICIONES GENERALES DE APLICABILIDAD

16. Son ellas normas de aplicabilidad inmediata y directa. Teniendo eficacia independiente de la interferencia del legislador ordinario, su aplicabilidad no queda condicionada a una normativa ulterior, pero queda dependiente de los límites (de ahí: eficacia contenida) que posteriormente se le establezcan mediante ley, o de que las circunstancias restrictivas, constitucionalmente admitidas, ocurran (actuación del poder público, para mantener el orden, la seguridad pública, la defensa nacional, la integridad nacional, etcétera, en la forma permitida por el derecho objetivo).