

Introducción	1
I. El tema	1
II. Límites de la indagación	4
III. Plan de la monografía	5
IV. Referencias bibliográficas	6

INTRODUCCIÓN

I. EL TEMA

1. Esta monografía se propone estudiar la aplicabilidad de las normas constitucionales.

“Aplicabilidad” significa naturaleza de lo que es aplicable. En el sentido jurídico, dicese de la norma que tiene posibilidad de ser aplicada, esto es, de la norma que tiene capacidad de producir efectos jurídicos. No se trata de saber si ella produce efectivamente esos efectos. Eso ya sería una perspectiva sociológica, y se dice respecto a su eficacia social,¹ en cuanto a que nuestro tema se sitúa en el campo de la ciencia jurídica, no de la sociología jurídica.

2. El tema no había sido tratado sistemáticamente entre nosotros antes de la primera edición de esta monografía. Fue suscitado tan sólo en la clase del profesor José Horacio Meirelles Teixeira (que citamos en diversas partes de nuestra monografía), según la formulación de Crisafulli tal y como se revela con la publicación de su *Curso de derecho constitucional*, Río de Janeiro, Forense Universitaria, 1991, organizado a partir de las apostillas de sus cursos y actualizado por la profesora María García, pp. 285 y ss. Esta monografía tuvo una repercusión nacional e internacional que nos sorprendió. Más sorprendente para nosotros fue su intensa utilización en los tribunales, que, a pesar de ser muy citada por la doctrina y la jurisprudencia, no provocó mejores estudios sistemáticos sobre el tema,

1 “Eficacia social” significa la real activación de la norma; significa que ella está efectivamente rigiendo la realidad social en ella descrita. El término “efectividad” expresa técnicamente esa cualidad de la norma jurídica. En cuanto a la efectividad de las normas constitucionales, *cf.* la excelente monografía de Barroso, Luis Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas, limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 2a. ed., Río de Janeiro, Renovar, 1993. “Efectividad [dice él] significa, por tanto, la realización del Derecho, el desempeño concreto de su función social. Ella representa la materialización, en el mundo de los actos, de los preceptos legales y simboliza la aproximación, tan íntima como sea posible, entre el *deber-ser* normativo y el *ser* de la realidad social”, p. 79.

como, además, reconoce Luis Roberto Barroso,² cuya obra trata de un tema diverso, aunque conexo. Sinceramente, esperábamos una producción más amplia y más profunda de la materia, aunque algunos textos son de buena calidad, suscitados, inequívoca y confesadamente, por nuestra monografía, tales como: Russomano, Rosah, “Das normas constitucionais programáticas”, en Bonavides, Paulo y otros, *As tendências atuais do direito público (Homenage al Prof. Afonso Arinos)*, Río de Janeiro, Forense, 1976, pp. 267-286; Justen Filho,³ Marçal, “Eficácia das normas constitucionais (Relendo José Afonso da Silva)”, *Revista do IAP*, 5/38-71, 1981; Ribeiro Bastos, Celso, y Ayres de Brito, Carlos, *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, Saraiva, 1982, con la confesada pretensión de proponer “una categorización más abarcante y con diversa nomenclatura” (p. 21, nota 7); Bandeira de Mello, Celso Antonio, “Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social”, tesis presentada en la IX Conferencia Nacional de la Orden de los Abogados del Brasil, Florianópolis, 1982; Pinto Ferreira, Luiz, “Eficácia”, *Enciclopedia Saraiva de Direito*, v. 30, 1979; Ataliba, Geraldo, “Eficácia das normas constitucionais e leis complementares”, *RDP* 13/35, 1968; Diniz, Maria Helena, *Norma constitucional e seus efeitos*, São Paulo, Saraiva, 2a. ed., 1992; Piovesan, Flavia C., “Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, 37/63/74, 1992. Todas me honran mucho con citas y referencias elogiosas. El texto de Marçal Justen Filho hace una crítica a nuestra obra; le pareció, en primer lugar, que nuestro concepto de eficacia jurídica permaneció algo oscuro e inútil si no se determinasen los requisitos de existencia de la capacidad de producir efectos jurídicos; como no dedicamos atención a esa materia y, según el crítico, nuestro concepto de eficacia era algo dudoso, el autor propuso también otra clasificación de las normas constitucionales desde el punto de vista de la eficacia y la aplicabilidad, a la que haremos referencia en otro lugar. Celso Bastos y Carlos Ayres de Brito, aun reconociendo un mérito científico a nuestra clasificación de las normas constitucionales, se propusieron “examinar nuevos caminos que iluminasen más adecuada-

2 Cfr. *op. cit.*, p. 1. Carmen Lucia Antunes Rocha tiene reflexiones importantes sobre el tema (*Constituição e constitucionalidade*, pp. 38 y ss.).

3 Entonces incluso de estudiante ya revelaba el publicista que vendría a ser, como prueban sus comentarios a la ley de licitaciones.

mente el tema de la aplicabilidad de las normas constitucionales” (p. 2); especialmente se dedicaron a formular “una categorización más abaricante y con diversa nomenclatura”. Nos quedamos siempre pensando que ese trabajo se resintió un poco de mayor investigación y meditación, no pareciéndonos que la nueva nomenclatura haya corregido la eventual falla de la nuestra. Pero ciertamente fue un texto que, como otros, propicia a los lectores una fuente más de reflexión sobre lo hermoso del tema. Manuel Gonçalves Ferreira Filho dedica casi todo su parecer en “O sistema financeiro nacional. Limitação de juros. Comentários ao artículo 192”, São Paulo, Saraiva, 1990, pp. 130-152, a exponer nuestra doctrina y a contestar la validez. Sintetiza con fidelidad nuestra clasificación, y finalmente observa: “A pesar del merecido respeto del que disfruta el Prof. José Afonso da Silva, su libro, a propósito de la clasificación de las normas constitucionales en cuanto a la eficacia y a la aplicabilidad, es errónea, científicamente hablando. No puede ser seguida”. Hace otras observaciones descalificadoras de nuestra doctrina, que serán recordadas en los lugares propios en esta nueva edición de nuestro texto. Aquí debemos decir que el ilustre profesor y amigo quería sustentar, en el referido comentario, la tesis de que el 3o. apartado del artículo 192 de la Constitución de 1988 era de eficacia limitada y de aplicabilidad dependiente de la ley complementaria prevista en el *caput* del artículo. Según la doctrina sustentada en esta monografía, esa tesis sería imposible, de suerte que el ínclito profesor, para llegar a la conclusión pretendida, tenía necesariamente que buscar descalificar la validez de nuestra clasificación de las normas constitucionales en cuanto a la eficacia y aplicabilidad. Aceptarla sería un obstáculo a la tesis pretendida. Otras críticas del profesor serán analizadas en el texto en el momento adecuado.

Pero, si el tema no ha sido tratado sistemáticamente entre nosotros, también no era nuevo. La jurisprudencia y la doctrina norteamericanas comprueban lo suscrito, sobre el concepto de *self-executing provisions* y *not self-executins provisions* y el *mandatory provisions* y *directory provisions*, después de que la Constitución de los Estados Unidos comenzó a ser aplicada. Pero esa doctrina, que tuvo una enorme repercusión en Brasil a través de Ruy Barbosa y Pontes de Miranda, hoy está superada, y el debate científico en la materia encontró, en la teoría constitucional italiana, nueva formulación, provocada por los decidios suscitados por la aplicación de la Constitución de 1948.

Esa reelaboración doctrinal, con todo y ello, no había alcanzado todavía una solución satisfactoria, ni siquiera esta obra hubiera tenido, entonces, la veleidad de conseguirla, pero procurará contribuir, con algunas ideas originales, para esos estudios, sirviendo como instrumento de análisis, la Constitución de Brasil de 1967, después, en la 2a. edición, a su Enmienda Constitucional número 1, de 17 de octubre de 1969, y ahora se actualiza de cara a la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, de aquí en adelante llamada *Constitución Federal*.

II. LÍMITES DE LA INDAGACIÓN

3. Nuestra investigación tendrá, pues, como punto de apoyo, la Constitución, considerada como fuente formal del derecho constitucional. Pero no podemos aislar las normas constitucionales del orden social en el que están insertas, ni de los precedentes históricos que la informan, ni del sistema de valores que tenemos en vista realizar. Procuraremos tener siempre en mente la lectura según la cual “la regla de derecho debe tener vigencia para actualizar efectivamente éste o aquel valor”.⁴

4. Tampoco olvidaremos que no hay experiencia jurídica en donde la fuerza normativa de los hechos desempeñen tan relevante papel como en la actuación del derecho constitucional,⁵ muchas veces, a despecho incluso de las normas escritas. Es una paradoja que las normas supremas del orden jurídico, el derecho dotado de supremacía y de suprallegalidad, sean las de eficacia menos efectiva y más sujetas a la falta de respeto y a la inaplicabilidad ¿Cuántas normas constitucionales quedan como letra muerta? ¿Y cuántos preceptos de la Constitución disponen un sentido, y la práctica constitucional resuelve en otro!⁶ Tal es la fuerza de la costumbre, convenciones y usos constitucionales, incluso en los países de Constitución escrita.⁷ Afonso Arinos resalta bien ese aspecto, cuando afirma que “en los países de Constitución escrita como Brasil, el campo del de-

4 Cfr. Reale, Miguel, *Filosofía do direito*, p. 525.

5 Cfr. García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, p. 31, destacando, con razón, que “quizá también en ninguna esfera jurídica sea tan grande el abismo como es posible que lo sea en Derecho constitucional, entre la validez y la vigencia del Derecho, pues en ninguno desempeña tan amplio papel el poder normativo de lo fáctico y de las decisiones extralegales (aunque no necesariamente antilegales)”. Sobre la costumbre en el derecho constitucional, cfr. Carbone, Carmelo, *La consuetudine nel diritto costituzionale*, Pádua, 1948.

6 Basta citar, como ejemplo, el desarrollo de las delegaciones legislativas contra norma expresa, como sería en Francia y hasta en los Estados Unidos de América del Norte.

7 Cfr. García-Pelayo, *op. cit.*, p. 63.

recho constitucional es mucho más extenso que el del derecho consignado en la Constitución. Así como no hay Constitución verdaderamente consuetudinaria, tampoco las hay verdaderamente escritas”.⁸

5. La sociología jurídica realiza, con vigor, la falta de coincidencia entre la Constitución formal y la Constitución efectiva o material, pues “una cosa es la Constitución vigente, solemnemente promulgada; otra es la Constitución eficaz, es decir, desde luego aplicable, exigible, con fuerza obligatoria; otra, al final, la Constitución aplicada, efectivamente cumplida, aplicada y eficaz”.⁹

6. Sin desconocer y, mucho menos, sin desprestigiar esas implicaciones sociopolíticas, no situaremos nuestro estudio en el campo de la sociología jurídica. Pretendemos circunscribirnos en los límites de la ciencia del derecho, examinando la aplicabilidad de las normas constitucionales en el sentido indicado en el inicio de esta introducción.

III. PLAN DE LA MONOGRAFÍA

7. La problemática del tema exige que sean colocados y definidos, como presupuestos previos, ciertos conceptos fundamentales de la ciencia del derecho constitucional, como los de Constitución, normas constitucionales y cuestiones conexas, lo que he hecho en el título I.

8. Como la aplicabilidad es la cualidad de lo que es aplicable, y la norma constitucional sólo es aplicable en la medida en la que es capaz de producir efectos jurídicos, en los límites de esa capacidad, en el título II se analizará esta cuestión de la eficacia jurídica de las normas constitucionales, procurando dilucidar el tema, según las disposiciones de la Constitución federal, básicamente.

9. Descubrir, en el título II, que existen normas constitucionales de eficacia limitada, cuya aplicabilidad postula una normativa integrativa ulterior. Por eso, el título III trata de los medios integrativos de la eficacia de las normas constitucionales, terminando con el estudio de las leyes complementarias de la Constitución.

10. Así, la obra se desarrolla de conformidad con el plan presentado en el sumario que antecede estas páginas.

8 *Curso de direito constitucional brasileiro*, vol. I, p. 27.

9 *Cfr.* Meirelles Teixeira, *op. cit.*, pp. 308 y 309. Oliveira Viana, *O idealismo da Constituição*, p. 93, hablando sobre el fracaso de la Constitución de 1911, concluye que la causa fue “el desacuerdo entre el idealismo de la Constitución y la realidad nacional”.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

11. Es importante, finalmente, decir dos palabras sobre la utilización de la bibliografía. Intentamos basarnos en trabajos jurídicos de reconocido valor. En ocasiones, recurrimos a manuales, especialmente de los autores extranjeros, los cuales son, no obstante, de innegable autoridad. Citamos, también, trabajos menores, como artículos y comentarios de sentencias, pero sólo aquellos estrictamente vinculados con el tema de la monografía.

12. Las citas del texto, en cuanto a los autores extranjeros, fueron hechas en versión portuguesa, casi siempre de nuestra autoría, cuando una obra citada no tenga traducción en el vernáculo. En las notas de pie de página utilizamos más frecuentemente el original.

13. Las obras están indicadas en las notas de pie de página, precedidas del nombre del autor, cuando éste ya no haya sido mencionado en el texto. Se citan, además del autor, el título de la obra, seguida de la página. Los demás elementos: edición, casa editora y fecha, se encuentran en la bibliografía general al final del volumen. Usamos abreviaturas tradicionales (*op. cit.*, *id.*) siempre que eso no perturbe la inmediata identificación de la obra.