

TÍTULO I  
CONSTITUCIÓN Y NORMAS CONSTITUCIONALES

CAPÍTULO PRIMERO

SENTIDO Y ESTRUCTURA DE LAS CONSTITUCIONES . . .	7
I. Introducción . . . . .	7
II. Constitución en sentido sociológico . . . . .	7
III. Constitución en sentido político . . . . .	12
IV. Constitución en sentido jurídico . . . . .	15
V. Concepto estructural de Constitución . . . . .	17
VI. Constitución en sentido formal . . . . .	22
VII. Constitución rígida y normas constitucionales . . . . .	25

# TÍTULO I

## CONSTITUCIÓN Y NORMAS CONSTITUCIONALES

### CAPÍTULO PRIMERO

#### SENTIDO Y ESTRUCTURA DE LAS CONSTITUCIONES

##### I. INTRODUCCIÓN

1. La Constitución, como sistema de normas jurídicas, y que constituirá el objeto nuclear de nuestra preocupación, no como norma pura, desvinculada de la realidad social y vacía de contenido axiológico, sino como una estructura, considerada como una conexión de sentido, lo que envuelve un conjunto de valores. Pues, como señala Herman Heller, si se prescinde de la normalidad social positivamente valorada, la Constitución, como mera formación normativa de sentido, dice siempre muy poco.<sup>10</sup>

2. Pero aquí incluso ya se vislumbra un campo de profundas divergencias doctrinales: ¿en qué sentido se debe tomar la Constitución: en el sociológico, en el político o en el jurídico?<sup>11</sup>

Para fijar bien los límites de nuestra investigación y evitar una perspectiva unilateral, es importante definir nuestra posición en torno a esa indagación, pues, aunque pretendamos examinar la aplicabilidad de las normas de una Constitución concreta —la Constitución de la República Federal de Brasil— es importante saber, para la comprensión del análisis, qué sentido le damos, y eso sólo se conseguirá mediante una investigación teórica y general del problema.

##### II. CONSTITUCIÓN EN SENTIDO SOCIOLÓGICO

3. El derecho constitucional se manifiesta rico de influencia de la realidad social y política. La sociología jurídica exagera esa influencia fáctica, concibiendo a la Constitución como *facto*, antes que como *norma*.

<sup>10</sup> *Teoría del Estado*, p. 276.

<sup>11</sup> Una síntesis de la materia se puede ver en Meirelles Teixeira, *op. cit.*, pp. 44 y ss.

“El concepto sociológico de Constitución — advierte García Pelayo— es la proyección de la sociología en el campo constitucional”.<sup>12</sup>

4. La sociología, en sus variadas tendencias, expresa una posición jurídica que concibe el derecho como hecho social, “presentándolo como simple componente de los fenómenos sociales y susceptibles de ser estudiado según los nexos de causalidad no diversos de los que ordenan los hechos del mundo físico”.<sup>13</sup>

Para ella, la fuente, el origen del orden constitucional positivo debe procurarse en la propia realidad social, en sus estratos más profundos. Las Constituciones, así, no son meros productos de la razón, como dirían los racionalistas; algo inventado o creado por el hombre, o por el deducido lógicamente de ciertos principios, como pretenden los formalistas en general. Al contrario, son resultado de algo que se encuentra en relación concreta y viva con las fuerzas sociales, en determinado lugar y en determinada coyuntura histórica..., si tanto, sólo reunir y sistematizar esos datos concretos en un documento formal, que sólo tendría sentido en la medida en que correspondiese a aquellas relaciones materiales que representan la verdadera y efectiva Constitución.<sup>14</sup>

Salvadas las posiciones particulares, la sociología constitucional se fundamenta en las siguientes afirmaciones: a) la Constitución es primordialmente una forma de ser, y no de deber ser; b) la Constitución es inmanente de las situaciones y estructuras sociales del presente, que, para una gran parte del pensamiento del siglo XIX —y no solamente para Marx— se identifican con situaciones a relaciones económicas; c) la Constitución no se sustenta en una norma trascendente, pues la sociedad tiene su propia “legalidad”, que es rebelde a la pura normatividad y no se deja dominar por ella; tiene su propia estructura, de la cual emerge o a la cual debe adaptarse el deber ser; d) indefinitiva, si, en lo que respeta el derecho, la concepción racionalista gira sobre el momento de validez; la concepción sociológica lo hace sobre la vigencia,<sup>15</sup> considerada ésta como práctica y efectividad de las normas, en una realidad como eficacia social de la regla jurídica.

12 *Op. cit.*, p. 46.

13 Reale, Miguel, *op. cit.*, p. 381.

14 *Cfr.* Meirelles Teixeira, J. H., *Curso de direito constitucional*, p. 49.

15 Véase, desde luego, que nos servimos de la lección de García-Pelayo, *op. cit.*, pp. 46 y 47. Sin embargo, él concibe una sociología racional e histórica; tuvimos que atenernos, en parte, a su enseñanza, expurgando la consideración racional, aplicada al concepto sociológico, que no se compadece de nuestro texto. Nunca más fuimos fiel al pensamiento del autor.

5. Lassalle es eximio representante de la sociología constitucional. Indagando en la verdadera esencia del concepto de Constitución, afirma que el concepto jurídico, normativo, sólo dice cómo se forman las Constituciones, lo que hacen, pero no dice lo que una Constitución es; no da criterios para reconocer la exterior y jurídicamente; no nos dice ni siquiera dónde está el concepto de toda Constitución, la esencia constitucional.<sup>16</sup> Para él, Constitución de un país es, en esencia, la suma de los factores reales del poder que rigen en ese país,<sup>17</sup> y esos factores reales del poder constituyen la fuerza activa y eficaz que informan todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión haciendo como que no pueden ser, en sustancia, sino que son como son.<sup>18</sup> Los factores reales del poder se convierten en factores jurídicos, cuando, observados ciertos procedimientos, son transportados para “una hoja de papel”, reciben expresión escrita; entonces, desde ese momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales del poder, sino se convierten en derecho, instituciones jurídicas, y quien atente contra ellas atentaré contra la ley, y será castigado.<sup>19</sup> De ese modo, según Lassalle, se relacionan las dos Constituciones de un país: la real y efectiva, formada por la suma de los factores reales y efectivos que rigen en una sociedad, y la escrita, la que, para distinguirse de aquélla, él la denomina hoja de papel. Ésta —la Constitución escrita— sólo es buena y duradera cuando corresponde a la Constitución real, aquella que tiene sus raíces en los factores de poder que rigen en el país. Donde la Constitución escrita no corresponde a la real, estalla inevitablemente un conflicto que no hay manera de eludir y, tarde o temprano, la Constitución escrita, la “hoja de papel”, tiene necesariamente que sucumbir ante el empuje de la Constitución real, de las verdaderas fuerzas vigentes en el país.<sup>20</sup> Ese conflicto irreductible importará siempre en la falta de respeto y no cumplimiento de la Constitución escrita, y solamente se resolverá si ésta fuera modificada para ajustarse a la Constitución real, o, entonces, mediante la transformación de los factores reales del poder.<sup>21</sup>

16 Lassalle, Fernando, *¿Qué es una Constitución?*, pp. 47 y 48, obra que reúne la famosa conferencia pronunciada en Berlín, en abril de 1862, y la proferida en el mismo año, en noviembre, publicada con el título *Y ahora*, en la versión española, y otros trabajos polémicos. Las citas serán realizadas con remisión siempre a aquella obra.

17 *Ibidem*, p. 61.

18 *Ibidem*, p. 53.

19 *Ibidem*, p. 62.

20 *Ibidem*, p. 80.

21 *Ibidem*, pp. 86 y 90.

Los problemas constitucionales —afirma Lassalle— no son, en principio, problemas de derecho, sino de poder; la verdadera Constitución es la real y efectiva; las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas, sino en la medida en que dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social.<sup>22</sup> Admite él, con todo, que la proporción de fuerzas efectivas, que comienza siendo un mero hecho, acaba por convertirse en normas,<sup>23</sup> pero no acepta la acusación que se le hace, de que profesaba la teoría de que el poder debería anteponerse al derecho, de que el poder prevalece sobre el derecho, pues, para él, el derecho prima sobre el poder, pero la teoría que estaba sustentando no se desenvolvía en el plano del deber ser, sino en el plano de lo que real y verdaderamente es.<sup>24</sup>

6. La teoría de Lassalle resalta, innegablemente, verdades que la experiencia constitucional, de la época y de ahora, confirma.

Charles A. Beard, en una investigación sobre los intereses que hay detrás de la Constitución, publicó una obra en 1913, que causó un enorme impacto en la literatura constitucional norteamericana.<sup>25</sup> Procede él a una interpretación económica de la Constitución de los Estados Unidos, para demostrar los intereses económicos subyacentes a toda forma constitucional, y para demostrar “que es completamente falso el concepto de que la Constitución es una pieza de la legislación abstracta, donde no se refleja ningún interés del grupo y no se reconoce ningún antagonismo económico. Al contrario, fue un documento de esta índole, hecho con extraordinaria destreza por hombres que tenían, en la balanza, sus derechos de propiedad, y que, en razón de lo mismo, invocaron, directa y certeramente, los intereses análogos del país en general”.<sup>26</sup> En las conclusiones de su libro, Beard destaca que está documentalmente comprobado que la mayor parte de los miembros de la Convención de Filadelfia reconocía que la propiedad tenía derecho especial en la Constitución, así como ésta no fue creada “por todo el pueblo”, como afirman los juristas, ni tampoco “por los Estados”, como sustentaron, por mucho tiempo los que, en el Sur, deseaban

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>24</sup> *Derecho y poder*, en apéndice a la edición española de *¿Qué es una Constitución?*, pp. 152 y ss.

<sup>25</sup> *Una interpretación económica de la Constitución de los Estados Unidos*, Buenos Aires, 1953, con respecto de la cual dice un ex presidente de los Estados Unidos: “El profesor parece haber cogido los hechos ciertos, pero por qué diablos ese idiota de una... había de publicarlos” (Cf. Wilfred E. Brinkley, *Partidos políticos americanos*, p. 14, prefacio, Río de Janeiro, 1961).

<sup>26</sup> *Op. cit.*, p. 183.

anularla. Fue obra de un grupo compacto, cuyos intereses no reconocían fronteras estatales y que eran realmente de ámbito nacional.<sup>27</sup>

7. Laski en cierto modo participa de esa opinión, cuando sustenta que “la Constitución británica, bajo la forma que conocemos, es una simple expresión, en términos políticos, de un paralelogramo particular de fuerzas económicas”.<sup>28</sup> Más allá, en otro trabajo, expresa él la misma concepción en términos generales y más profundos, al admitir “que cada régimen económico crea, a su vez, un orden político que representa los intereses de aquellos que dominan el régimen, que poseen los instrumentos esenciales del poder económico”.<sup>29</sup> Entre nosotros, Pinto Ferreira observa que es evidente la actuación de la realidad social (económica y cultural) sobre los textos constitucionales, y que el ideal de Constitución está condicionado históricamente, mediante la presión de factores socioculturales y espirituales, como también de la infraestructura económica de las sociedades,<sup>30</sup> y cree que los “textos legislativos constitucionales son una fotografía en miniatura del paisaje social... riguroso de las contradicciones dialécticas de la sociedad que se consustancia en una fórmula de compromiso de armonía de la sociedad, que es la Constitución”.<sup>31</sup> El propio Ruy Barbosa ya decía que las Constituciones son consecuencia de la irresistible evolución económica del mundo.<sup>32</sup>

8. Sociológica es también la concepción marxista de la Constitución. Para los marxistas, el Estado y el derecho son partes esenciales de la superestructura que se erige sobre las relaciones de producción de la sociedad dividida en clases. Son producto de la división de la sociedad en clases antagónicas, y constituyen un instrumento en las manos de la clase dominante dentro del tipo dado de relaciones de producción. Cualquier Estado es, ante todo, la organización política de la clase dominante, que garantiza sus intereses de clase mientras que todo derecho representa la voluntad de esta clase, “constituida en ley”, y determinada por las condiciones de existencia material.<sup>33</sup> Guiándose por las tesis del materialismo histórico, que es la aplicación del materialismo dialéctico al estudio de la

27 *Ibidem*, pp. 320 y 321, conclusiones 7 y 8.

28 *Le gouvernement parlementaire en Angleterre*, p. 12.

29 *La crisis de la democracia*, p. 42.

30 *Cfr. Da constituição*, pp. 20 y 33.

31 *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, t. 1, p. 65.

32 *Cfr. Comentários à Constituição Federal brasileira*, v. 1, p. 35.

33 *Cfr. N. G., Alexandrov y otros, Teoría del Estado y del derecho*, p. 4; Lenin, *El Estado y la revolución*, p. 11.

sociedad, la teoría marxista-leninista del Estado y del derecho considera los fenómenos estatales y jurídicos, sobre todo, en su interconexión con el régimen económico de la sociedad dividida en clases. Estudia el Estado y el derecho en su desarrollo, siendo el origen de éste en las contradicciones entre las relaciones de producción y el desarrollo de las fuerzas productivas, en las contradicciones entre las clases, en la lucha entre lo nuevo y lo viejo, entre los elementos de la vida social que nacen y se extinguen. La teoría marxista del Estado y del derecho considera el cambio revolucionario de un tipo histórico de Estado y de derecho, por otro lado, como un fenómeno sujeto a leyes, como un cambio cualitativo (“salto”) preparada por los cambios cuantitativos anteriores, que se sucedieron gradualmente.<sup>34</sup> De ahí se puede concluir que en la concepción marxista, la Constitución es un producto de las relaciones de producción y vistas a asegurar los intereses de la clase dominante, representando la norma suprema de la organización estatal, determinada por las condiciones de existencia material.

### III. CONSTITUCIÓN EN SENTIDO POLÍTICO

9. En el fondo, la concepción política de la Constitución revela cierta faceta de la sociología, según la formulación de Carl Schmitt, que la considera como decisión política fundamental.

Para decantar ese concepto de Constitución, Schmitt investigó, en la literatura político-jurídica, todos los sentidos del vocablo *Constitución*, clasificándolos en cuatro grupos: a) sentido absoluto; b) sentido relativo; c) sentido *positivo*; d) sentido ideal.

10. En sentido absoluto, la Constitución es considerada como un todo unitario, significando: el propio Estado, el Estado es la Constitución, quien es la concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenamiento social de un cierto Estado;<sup>35</sup> la forma de gobierno, modo concreto de supra y subordinación, forma especial de dominio;<sup>36</sup> principio que viene a ser dinámico de la unidad política, como formación renovada y erección de esa unidad, a partir de una fuerza y energía subyacente u operante

<sup>34</sup> Alexandrov, *op. cit.*, p. 5.

<sup>35</sup> *Teoría de la Constitución*, pp. 3-4. Madrid, s.d. En ese sentido, advierte Schmitt, la palabra *Constitución* fue empleada por los filósofos griegos: Aristóteles, Isócrates; también por Georg Jellinek (*Allgemeine Staatslehre*, p. 491): “una ordenación, según la cual se forma la voluntad del Estado”.

<sup>36</sup> *Op. cit.*, p. 5.

en la base;<sup>37</sup> finalmente, deber ser, regulación legal fundamental, es decir, un sistema de normas supremas; normas de normas, normatividad total de la vida del Estado, ley de las leyes.<sup>38</sup>

11. En sentido relativo, la Constitución aparece como una pluralidad de leyes particulares; el concepto de Constitución se fija, aquí, según características externas y accesorias, formales, correspondiendo al concepto de ley constitucional concreto. En ese caso, se tiene la Constitución en sentido formal, Constitución escrita, igual a una serie de leyes constitucionales, identificada con el concepto de Constitución rígida.<sup>39</sup>

12. En sentido ideal, la Constitución se identifica con cierto contenido político y social, tenido como ideal; en ese caso, sólo existirá Constitución cuando un documento escrito se corresponde con acierto ideal de organización política, adoptando determinadas ideologías y soluciones, consideradas como las únicas legítimas. Para el constitucionalismo del siglo pasado, ese ideal era el de la Constitución liberal-democrática: escrita, rígida, que asegurase un sistema de garantía de la libertad burguesa y la separación de los poderes, conforme declaraba el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789: “Toda sociedad donde no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, no tiene Constitución”.<sup>40</sup>

13. En sentido positivo, la Constitución es considerada como decisión política fundamental, decisión concreta de conjunto sobre el modo y forma de existencia de la unidad política, sólo siendo posible un concepto de Constitución cuando se distinguen Constitución y ley constitucional. Sólo entran en el concepto de Constitución aquellos dispositivos constitucionales de gran relevancia política, que dicen respeto a la propia existencia política concreta de la nación: estructura y órganos del Estado, derechos de los ciudadanos, vida democrática, etcétera; los otros, que no contienen esa importancia, aunque figuran en el texto constitucional, son simples leyes constitucionales.<sup>41</sup>

37 *Ibidem*, pp. 6 y 7.

38 *Ibidem*, pp. 8 a 10. Es el concepto de Kelsen.

39 *Ibidem*, pp. 13 y ss.

40 *Op. cit.*, pp. 41 a 47. Karl Loewenstein incluso sustenta ese concepto de Constitución, cuando afirma que la Constitución de Etiopía no es auténtica, “ya que prescinde de institucionalizar la distribución y la limitación del ejercicio del poder” (*Teoría de la Constitución*, p. 151).

41 Schmitt, Carl, *op. cit.*, pp. 20 y ss. El autor ejemplifica con la Constitución de Weimar (pp. 27-30).

Eso, para Schmitt, es el único y verdadero concepto de Constitución, y ahí se revela inequívocamente un aspecto de la sociología jurídica-constitucional. Por otro lado, tendremos oportunidad de ver que ese es un concepto de Constitución en sentido material.

14. La Constitución en sentido positivo surge a través de un acto del poder constituyente; en ese sentido, la Constitución sólo contiene la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política. La Constitución no se da a sí misma, pero es dada por una unidad política concreta, anteriormente existente, y ella vale en virtud de esa voluntad política existencial de aquel (poder constituyente) que la da.<sup>42</sup> En eso se caracterizan el decisionismo y el voluntarismo de Carl Schmitt: Constitución como decisión política fundamental, válida solamente en razón de la *voluntad* del poder que la establece.<sup>43</sup> Todas las demás normas son relativas y secundarias ante aquellas decisiones fundamentales. Excepto estas, todas las demás disposiciones constitucionales son simples leyes constitucionales, cuya validez presupone una Constitución, pues toda ley, como regulación normativa, incluye si ve una ley constitucional, necesita, para su validez, en última instancia, de una decisión política previa, adoptada por un poder o autoridad políticamente existente.

15. De acuerdo con esos conceptos de Carl Schmitt, en la carta magna de Brasil, Constitución serían sólo aquellas disposiciones que contienen lo que él llama una decisión política fundamental, o sea, el artículo 1o., donde se declara que Brasil es una República federal, formada por la unión indisoluble de los estados y municipios y del Distrito Federal; el párrafo único del artículo 1o., donde se estatuye que todo poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes electos o directamente, fundamento de la democracia representativa y participativa; el artículo 2o., que consagra el principio de la división, armonía e independencia de los poderes (división funcional u horizontal de los poderes), base de la organización del sistema presidencialista, bien como los artículos 5o., 12 y 14, que contienen la declaración de los derechos democráticos y fundamentales del hombre; las disposiciones básicas referentes al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo o al Poder Judicial (artículos 44 al 125); los artículos 18 a 43 y 145 a 162 sobre la organización federal y repartición

42 Estamos resumiendo el pensamiento de Schmitt, *op. cit.*, pp. 24 y 25.

43 *Op. cit.*, pp. 10-12.

de competencias entre las órbitas de gobierno de la Federación (división territorial o vertical de los poderes). Asimismo, entre muchas de las disposiciones mencionadas, hay reglas que, en el concepto schmittiano, no podrán ser consideradas como de Constitución. Ésos y los demás preceptos de nuestra ley mayor serían simples leyes constitucionales, y fueron inscritas en ellas para quedar al abrigo de modificaciones por las leyes ordinarias.

16. En resumen, para Schmitt, la esencia de la Constitución no se encuentra en una ley, o norma, sino en el fondo o por detrás de toda normatividad está una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del pueblo, en una democracia, y del monarca en una monarquía auténtica.<sup>44</sup>

#### IV. CONSTITUCIÓN EN SENTIDO JURÍDICO

17. En la concepción jurídica, que interesa al jurista como tal, la Constitución se presenta esencialmente como norma jurídica, norma fundamental, o ley fundamental de organización del Estado y de la vida jurídica de un país. La Constitución será, entonces, “un complejo normativo establecido de una sola vez, en el cual, de una manera total, exhaustiva y sistemática, se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellas. La Constitución es, pues, un sistema de normas”.<sup>45</sup>

18. Esa concepción nació con el constitucionalismo moderno, y está vinculada a la idea del Estado liberal y al racionalismo, para los cuales la actividad jurídica es, en mayor o menor grado, mero producto de la razón, algo deducido de ciertos principios más o menos inmutables, capaces de moldear, disciplinar, modificar la realidad social, y la Constitución es la garantía de esos principios.

“En consecuencia, todo lo que asegura ese principio es constitucional y, por consecuencia, también, nada tiene de constitucional aquello que no lo asegura”.<sup>46</sup> Sólo sería, pues, Constitución, aquello que realizase el ideal del Estado liberal, traducido en un documento escrito, que contuviese la organización del poder político, estructurado según la teoría de la

<sup>44</sup> *Op. cit.*, p. 27.

<sup>45</sup> García-Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, p. 34.

<sup>46</sup> Constant, Benjamín, *Cours de politique constitutionnelle*, p. 55, citado por García-Pelayo, *op. cit.*, p. 39.

separación de los poderes, y una declaración formal de los derechos fundamentales del hombre. No se trata, tan sólo, de una concepción formal, sino de un concepto ideal de Constitución.<sup>47</sup>

19. La concepción jurídica de la Constitución se coloca en posición antagónica a la concepción sociológica. Kelsen lo llevó a las últimas consecuencias. La Constitución es, entonces, considerada como norma, y norma pura, en coherencia con su normativismo metodológico, que concibe el derecho sólo como derecho positivo, como puro *deber ser*, sin ninguna pretensión de fundamentación sociológica, política o filosófica,<sup>48</sup> lo que claramente se opone a los conceptos sociológico, político e ideal de Constitución.

Kelsen, sin embargo, no desconoce que en la base de todo derecho existen indicios sociales, es decir, una realidad social compleja, que lo explica y a la cual él se destina, y también que el derecho está inspirado por teorías y principios filosóficos, relacionados con la norma positiva; pero estos son problemas metajurídicos, según dice, y su estudio no le compete al jurista como tal, pero sí al sociólogo y al filósofo. Su teoría pura del derecho viene a expurgar a la ciencia jurídica de toda clase de juicio de valor moral o político, social o filosófico.<sup>49</sup>

20. La palabra “Constitución” es tomada por Kelsen en dos sentidos: en el lógico-jurídico y en el jurídico-positivo.<sup>50</sup> De acuerdo con el primero, Constitución significa la norma fundamental hipotética, cuya función es servir de fundamento lógico trascendental de la validez de la Constitución jurídico-positiva.<sup>51</sup> Para mantenerse fiel a su normativismo puro, Kelsen no puede admitir, como fundamento de la Constitución positiva, algo de real, cualquier indicio, dato o elemento sociológico, político o filosófico, como la voluntad popular, o derecho natural o el bien común. Fue obligado a buscar un fundamento también normativo para la Constitución, y, como ésta ya es, por definición, norma positiva suprema, tuvo que conocer de una norma fundamental, norma hipotética, meramente pensada, que existe sólo como un presupuesto lógico de la validez de las normas constitucionales positivas, que consistiría en un mandato más o

47 En ese sentido, cf. Schmitt, Carl, *op. cit.*, pp. 41 y ss.

48 Cfr. *Teoría pura do direito*, v. I, pp. 1 y 2, 7 y ss.

49 Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 5 y ss.

50 Cfr. *Teoría pura do direito*, v. II, p. 12.

51 *Ibidem*, pp. 19 y ss., nota 1, p. 22.

menos de este tipo: “condúzcase en la forma ordenada por el autor de la primera Constitución”.<sup>52</sup>

21. La Constitución jurídico-positiva, en la concepción kelseniana, equivale a una norma positiva suprema, conjunto de normas que regulan la creación de otras normas, ley nacional en su más alto grado; o cierto documento solemne, conjunto de normas jurídicas que solamente pueden ser alteradas, observándose ciertas prescripciones especiales.<sup>53</sup> Concepto que bien revela la preocupación normativista de la teoría pura del derecho.

22. La teoría de Kelsen tuvo el mérito de revelar la naturaleza del deber ser de la norma jurídica, pero cayó en una exageración del normativismo que reduce el objeto de la ciencia jurídica a poco más que una lógica jurídica. Su formalismo no se compadece con la experiencia jurídica, especialmente en el campo del derecho constitucional, donde se verifica tanta influencia de la realidad social, política e ideológica, a su vez exacerbada por la sociología, según ya expusimos.

## V. CONCEPTO ESTRUCTURAL DE CONSTITUCIÓN

23. Pecan por la unilateralidad las concepciones sociológicas, política y normativa pura. Se han realizado varios intentos para superar esa parcialidad al configurar ese concepto de Constitución.

24. García-Pelayo, desde luego, destaca que el derecho constitucional vigente, como todo derecho, no es pura norma, pero en la síntesis de tensión entre normas y realidad con que se enfrenta,<sup>54</sup> y concibe la Constitución como parte integrante del orden jurídico, del orden estatal y de la estructura política. “Además, toda Constitución [añade] representa, de manera racional, o trasnacional, absoluta o de compromiso, una concreción de valores políticos, y, cualquiera que sea la expresión de sus normas, legal o consuetudinario, sistemática o asistemático, cabe descubrir en su base unos ‘principios’ políticos sustentadores”.<sup>55</sup> Advierte, ensegui-

52 Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 135: “Se prescribe que debe uno conducirse en la forma en que lo ordenaron el individuo o los individuos que establecieron la primera Constitución”. *Teoría pura do direito*, p. 21, vol. II: “Debemos obedecer a las órdenes del autor de la Constitución”. Es patente la influencia de Kant, que, más allá, también habla en *Direito puro* “al que no se ha mezclado ningún precepto ético” (*Introducción a la teoría del derecho*, p. 84).

53 Cfr. *Teoría pura do direito*, pp. 65 y ss., 2a. ed., vol. II, y *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 147.

54 Cfr. *Derecho constitucional comparado*, p. 20.

55 *Ibidem*, pp. 100 y 101.

da, que no quiere decir eso que se trate de tres objetos independientes entre sí; se trata de tres momentos de una misma realidad, que, como tales, no sólo se suponen, sino se condicionan mutuamente.<sup>56</sup> Responde a la validez de la teoría de Carl Schmitt, que limita la Constitución a decisiones políticas fundamentales, ya que tales decisiones no serían nada si no se insertasen en un sistema de normas y entidades concretas, y, si es cierto que tales normas y entidades carecen de sentido, si no se vinculan en relación teleológica con dichas decisiones, no es menos cierto que ésta sólo tiene sentido en su vinculación con aquéllas.<sup>57</sup>

25. Heller también persigue un concepto unitario de Constitución. Contesta al normativismo kelseniano, que priva a las normas de su sentido ser-deber ser, y entiende que no cabe mantener la usual rigidez entre las leyes del ser y las del deber ser, tanto que Kelsen no puede desarrollar su teoría enteramente, viéndose inmediatamente obligado a poner de relieve la importancia que tiene el momento de la “observancia ordinaria” para el positivismo, o sea, para la validez y existencia de las normas jurídicas.<sup>58</sup>

Procura mostrar también el error opuesto de Carl Schmitt, que subestima completamente la normatividad, exaltando, al contrario, la existencialidad, de tal modo que viene a concebir la Constitución, no como norma, sino sólo como decisión. Añade Heller que no existe Constitución que, cabalmente, como *status real*, no sea, al mismo tiempo, un ser formado por normas; es decir, una forma de actividad normada, más allá de una forma de actividad meramente normal.<sup>59</sup>

26. Para Heller, la Constitución estatal forma un todo, en la cual aparece, complementándose recíprocamente, la normalidad y la normatividad, así como la normatividad jurídica y la extrajurídica.<sup>60</sup> Buscando superar aquellas concepciones parciales, dice que es necesario “distinguir, en toda Constitución estatal, y, como contenidos parciales de la Constitución política total, la Constitución no normada y la normada; y, dentro de ésta, la norma extrajurídicamente y la que lo es jurídicamente”.<sup>61</sup>

56 *Ibidem*, p. 101.

57 *Ibidem*, p. 111.

58 *Teoría del Estado*, p. 271.

59 *Ibidem*, p. 272.

60 *Ibidem*, p. 273.

61 *Ibidem*, p. 269.

“No se puede separar [dice él] la normalidad y la normatividad, el ser y el deber ser, en el concepto de Constitución”.<sup>62</sup> La no normada y la normada son contenidos de la Constitución total. En ésta se integran el ser y el deber ser constitucional. La Constitución no normada, a su vez, se constituye de “una normalidad puramente empírica originada de modo constante y regular de las motivaciones naturales como la tierra, la sangre, el contagio psíquico colectivo, la imitación, más allá de la comunidad histórica y cultural”;<sup>63</sup> sobre esa infraestructura de la Constitución no normada se erige la Constitución normada, que constituye una normalidad de conducta normada jurídica o extrajurídicamente (costumbre, moral, religión, urbanidad, moda, etcétera).<sup>64</sup> Véase, pues, que la Constitución normada se integra de normas constitucionales jurídicas y normas constitucionales no jurídicas. Heller no es bastante claro al establecer esa distinción. Pero se puede definir la Constitución normada jurídicamente como la conscientemente establecida y organizada,<sup>65</sup> manifestándose en forma consuetudinaria o legislada,<sup>66</sup> siendo también expresión de las relaciones de poder, tanto físicas como psíquicas.<sup>67</sup>

Condena, sin embargo, la teoría dogmática, que considera la Constitución jurídica como una formación normativa de sentido, mero deber ser, separada y emancipada de la realidad social.<sup>68</sup> En ese contexto, inserta él la Constitución escrita de los Estados modernos, la cual no se caracteriza propiamente por su forma escrita, sino por el hecho de pretender regular la estructura total del Estado en un documento escrito único. Intento frustrado, porque en tal documento no pueden figurar todos los preceptos jurídicos de la organización estatal, sino sólo algunos, fundamentales y supremos, sobre la estructura básica del Estado, al respecto de los cuales todas las demás normas jurídicas deben tener, tan sólo, una importancia subordinada y jurídicamente derivada.<sup>69</sup>

27. Nótese que Heller procura salvar el concepto unitario de Constitución, pero considera la autonomía de las partes integrantes en una especie de unión hipostática, en que la Constitución real, como relaciones reales

62 *Ibidem*, p. 269.

63 *Ibidem*, p. 270. Concepto que se confunde con la idea de nación.

64 *Ibidem*, p. 271.

65 *Ibidem*, p. 269.

66 *Cfr.* García-Pelayo, *op. cit.*, p. 88.

67 Heller, *op. cit.*, p. 279.

68 *Ibidem*, p. 279.

69 *Ibidem*, p. 290.

de poder, forma la infraestructura de la Constitución normativa jurídica,<sup>70</sup> en una vinculación sin interpenetración identificadora propiamente, entendiendo que la normatividad del derecho constitucional sólo se puede concebir, en última instancia, partiendo de la compleja conexión que existe entre el derecho como norma objetiva, y la realidad total.<sup>71</sup> “Si se prescinde de la normalidad social positivamente valorada [advierte] la Constitución, como mera formación normativa de sentido, dice siempre muy poco”.<sup>72</sup>

En suma, para Heller, hay una compleja conexión entre la Constitución y la realidad social total, siendo ella expresión de las relaciones de poder, tanto físicas como psíquicas, pero desempeñando también una función directora y una función preceptiva, que tiene carácter autónomo y que, con frecuencia, deciden contra lo tradicional.<sup>73</sup> Así, la Constitución no normada (realidad sociocultural)<sup>74</sup> y la Constitución normada (normativa, jurídica y extrajurídicamente)<sup>75</sup> son contenidos parciales de la Constitución política total,<sup>76</sup> configurando elementos estáticos y dinámicos, normalidad y normatividad, ser y deber ser.

Se expresa, ahí, sin duda, un concepto estructural de Constitución. La verdad, no obstante, es que nuestro autor no consiguió la unidad conceptual requerida, pareciendo nada más que tener hecho la hipostasia de los diversos conceptos parciales de Constitución, quedando siempre una idea de camadas más o menos unidas, tanto que se pueden notar, con claridad, en su concepción, tres conceptos distintos de Constitución: Constitución política como realidad social, Constitución jurídica destacada y Constitución escrita.

28. Entre nosotros, cabe especialmente a Pinto Ferreira intentar la formulación de un concepto de Constitución total, “mediante el cual se procesa la integración dialéctica de los distintos contenidos de la vida colectiva, en la unidad de un ordenamiento fundamental y suprema”.<sup>77</sup>

70 *Ibidem*, p. 270, donde revela una nítida influencia de Lasalle, al decir: “En última instancia, siempre veremos confirmarse la tesis de que la Constitución real consiste en las relaciones reales del poder”.

71 *Op. cit.*, p. 280.

72 *Ibidem*, p. 276.

73 *Ibidem*, p. 271.

74 *Ibidem*, p. 270.

75 *Ibidem*, p. 271.

76 *Ibidem*, p. 269.

77 *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, p. 68, t. I.

“Sería, pues, oportuno [destaca] conceder una visión comprensiva y sintética de la Constitución total, intrínseca en sus aspectos económico, sociológico, jurídico y filosófico, con el fin de abarcar su concepto en una perspectiva unitaria”.<sup>78</sup>

A partir de ahí, el maestro pernambucano concibe:

La Constitución total sería, así, como un edificio de cuatro pisos: abajo la infraestructura de las relaciones económicas, la técnica de producción y de trabajo, como símbolos de una economía individualista y colectivista; luego enseguida las representaciones colectivas de la sociedad, los sentimientos e instituciones dominantes de la comunidad humana, como reflejos de la conciencia comunal; después, el sistema de normas jurídicas que, inspiradas en los antecedentes económicos e histórico-sociales, translucen esa conciencia social, corporizándola en una carta política; y, arriba del todo, los principios de la justicia, derecho natural y seguridad colectiva, como el ideal del régimen constitucional perfecto.<sup>79</sup>

Ese concepto, hermoso en su expresión verbal y esencial, no nos da todavía una visión unitaria de la Constitución, sino sólo presenta extractos o camadas de naturaleza constitucional superpuestas, lo que caracteriza bien la idea de “pisos de un edificio”, símil del que se sirve el ínclito constitucionalista.

29. La Constitución ha de ser considerada en su aspecto normativo, no como norma pura, sino como norma en su conexión con la realidad social, que le da el contenido fáctico y el sentido axiológico. Se trata de un complejo, no de partes que se adicionan o se suman, sino de elementos y miembros que se enlazan en un todo unitario. El sentido jurídico de Constitución no se obtendrá si la consideramos desgarrada de la totalidad de la vida individual, sin conexión con el conjunto de la comunidad como interferencia de las conductas entre sujetos e instituciones sociales<sup>80</sup> y políticas. Pues bien, ciertos modos de actuar en sociedad se transforman en conductas humanas valoradas históricamente y se constituyen en el fundamento de existir de la comunidad, formando los elementos constitucionales del grupo social que el constituyente intuye y revela como preceptos normativos fundamentales.<sup>81</sup>

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 69; también, *Da Constituição*, p. 24.

<sup>80</sup> Sobre esas ideas, *cfr.* Aftalión, Olano y Vilanova, *Introducción al derecho*, pp. 27 y ss. (“Sentido y estructura”).

<sup>81</sup> Nuestro *Recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, pp. 12 y 13.

Pero la Constitución no se confunde con el régimen político, como cierta corriente doctrinal pretende. Ella es siempre normativa. Comprende los elementos jurídicos estructurales de la sociedad estatal. Puede ocurrir un desajuste entre las reglas escritas de un documento constitucional y una proyección ideal de Constitución. Pero en aquel instante rigen las normas escritas como norma de interpretación de los elementos estructurales, cuando menos, imponiendo y asegurando determinado valor que el poder entiende como más adecuado, aunque no el más justo.

La Constitución sería, pues, algo que tiene, como forma, un complejo de normas (escritas o consuetudinarias); como contenido, la conducta motivada por las relaciones sociales (económicas, políticas, religiosas, etcétera); como fin, la realización de los valores que apuntan al existir de la comunidad; y, finalmente, como causa creadora y recreadora, el poder. No puede ser comprendido e interpretado, si no se tuviera en mente esa estructura, considerada como conexión de sentido, como es todo aquello que integra un conjunto de valores.<sup>82</sup> Eso no impide que el estudioso dé preferencia a dicha perspectiva. Puede estudiarla bajo el ángulo predominantemente formal, o del lado del contenido, o de los valores asegurados o de la interferencia del poder.

30. El tema de esta monografía considerará la Constitución según la perspectiva formal, buscando responder a la cuestión jurídica de la actuación de sus normas, de su aplicabilidad. Problema, como se puede ver, que envuelve vigencia y eficacia jurídica de las normas constitucionales, su valor jurídico, su significado en el orden jurídico presente; que no desprecia la influencia de los factores reales del poder, pero da prevalencia a su sentido formal como reglas de conducta en su interferencia intersubjetiva, frente a los valores políticos y jurídicos que ellas apuntan para el vivir y convivir social.

## VI. CONSTITUCIÓN EN SENTIDO FORMAL

31. La perspectiva arriba apuntada circunscribe nuestro campo de indagación a la Constitución formal, no en un sentido puramente conceptual y abstracto, sino concreto —la Constitución de la República Federal de Brasil—, cuyas normas serán el objeto de nuestro estudio.

82 *Cfr.* Aftalión, *op. cit.*, p. 30.

Percatémonos, no obstante, de una posible objeción. Si arriba manifestamos una concepción unitaria de Constitución, parece impropio hablar, ahora, de una Constitución en sentido formal, que envuelve el concepto opuesto de Constitución en sentido material. Véase, no obstante, en el transcurso de estas consideraciones, que no existe tal incoherencia.

32. Vista, así, la objeción, reconocemos que la teoría constitucional distingue los conceptos formal y material de Constitución.

La Constitución en sentido material es concebida, en la doctrina, en una acepción amplia y en otra restringida. En sentido amplio, se identifica con la organización del Estado, como régimen político; significa la situación total de la unidad y ordenación política, o la concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de determinado Estado, para usar la expresión de Carl Schmitt,<sup>83</sup> que, en ese caso, presenta uno de los conceptos absolutos de la Constitución. En ese sentido real, se dice que todo Estado tiene una Constitución, “simbolizada en las tradiciones, usos y costumbres políticos, que regulan la transmisión del poder, la creación y funcionamiento de sus órganos”.<sup>84</sup> Así es como Heller habla de Constitución no normada,<sup>85</sup> lo que equivale a decir Constitución material, o Constitución real y efectiva en la terminología de Lassalle.<sup>86</sup>

En suma, si todo Estado existe de cierto modo, bajo cierta forma, ese modo de existir, cualquiera que sea, es su Constitución.<sup>87</sup> Si el Estado se manifiesta como unidad de poder, éste debe ser ejercido por alguien, según ciertas reglas, métodos y límites, apuntando a determinados fines. Ese modo de existir del Estado es lo que se llama Constitución en sentido material, en la acepción amplia.

33. Más restringidamente, la Constitución material designa las normas constitucionales escritas que regulan la estructura del Estado, la organización de sus órganos y los derechos fundamentales del hombre, como bien

83 *Teoría de la Constitución*, pp. 3 y 4. “Entonces la palabra [dice Schmitt] no designa un sistema o una serie de preceptos jurídicos y normas con relación a los cuales se rige la formación de la voluntad estatal y el ejercicio de la actividad del Estado, y en consecuencia de los cuales establezca el ordenamiento, pero principalmente el Estado particular: Alemania, Francia, Inglaterra en su concreta existencia”. “... el Estado es la Constitución..., un *status* de unidad y ordenamiento”. Cfr. Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, p. 294.

84 Pinto Ferreira, *Da Constituição*, pp. 24 y 25.

85 *Op. cit.*, pp. 270 y 271, incluso de un concepto material de Constitución en sentido lato, que difiere de su concepto de Constitución no normada (*op. cit.*, p. 294).

86 *¿Qué es una Constitución?*, p. 69.

87 Peregrino Rossi ya consignaba tal concepto de Constitución; véase en Arinos, Afonso, *Curso de direito constitucional brasileiro*, p. 59, t. I, donde también está la del autor.

lo ilustra el artículo 178 de la Constitución del Imperio: “Es sólo constitucional lo que dice respecto a los límites y atribuciones respectivas de los poderes políticos, y los derechos políticos e individuales de los ciudadanos; todo lo que no es constitucional puede ser alterado, sin las formalidades referidas, por las legislaturas ordinarias”.

34. La distinción de Carl Schmitt entre Constitución y leyes constitucionales, aparentemente original, nada más habla de Constitución en sentido material, y Constitución en sentido formal, en la forma admitida por la doctrina en general. Cuando él concibe la Constitución como decisión política fundamental, en realidad se está refiriendo a aquello que la doctrina llama, en sentido estricto, Constitución material. Cuando se refiere a leyes constitucionales, está concibiendo la noción de Constitución en sentido formal. Para él, la Constitución en sentido positivo, único verdadero, surge de un acto del poder constituyente, que contiene la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia; en ese caso, la Constitución sólo consustancia la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política.<sup>88</sup> Por consiguiente, solamente las prescripciones constitucionales que consagran esas decisiones políticas fundamentales entran, para él, en el concepto de Constitución. Eso, como señalamos, equivale al concepto de Constitución en sentido material restringido, y ya así lo dijo nuestra Constitución imperial en su artículo 178. Para él, incluso, las demás normas de las Constituciones escritas son simples leyes constitucionales. “En todos los países con Constituciones escritas (concluye) se tiene hoy, en realidad, sólo una pluralidad de leyes constitucionales escritas”.<sup>89</sup> Así, la Constitución en sentido formal no es otra cosa sino una serie de leyes constitucionales escritas, porque contiene numerosas prescripciones particulares que sólo fueron escritas en ellas, para quedar al abrigo de las cambiantes mayorías parlamentarias, y porque los partidos que determinan el contenido de la Constitución aprovechan la ocasión para ceder el carácter de leyes constitucionales a sus postulados.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> *Op. cit.*, p. 24.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 17. Es notable que Sampaio Dória emplea el término de *leyes constitucionales* en sentido exactamente contrario al de Schmitt. “Son leyes constitucionales todas las que se refieren a la estructura y al funcionamiento del Estado, y nada más” (*Direito constitucional*, p. 251, t. 1). “Son, en suma, leyes constitucionales: 1o.) las que atañen a la estructura del Estado; 2o.) las que determinan las competencias de los poderes; 3o.) las que definen los derechos fundamentales del hombre, e instituyen garantías a estos derechos” (*op. cit.*, p. 253).

<sup>90</sup> *Op. cit.*, pp. 17 y 18.

Schmitt, sin embargo, condena ese concepto formal de Constitución, considerado relativo, pluralidad de leyes particulares, leyes constitucionales.

35. No obstante eso, el concepto formal de Constitución es de suma importancia para la fijación de la eficacia jurídica de las normas constitucionales. El concepto formal, aquí considerado, se opone al concepto de Constitución en sentido material, *lato sensu*. Constitución formal será, por tanto, la peculiar forma de existir del Estado, reducida, bajo forma escrita, a uno o más documentos solemnemente establecidos por el poder constituyente y solamente modificables por procesos y formalidades especiales previstos en el texto constitucional. Todas las normas insertas en este documento-acto del poder constituyente son constitucionales, importando poco su contenido. Jurídicamente, no hay distinción entre prescripciones constitucionales escritas, con el fin de considerarse unas como de Constitución y otras, no.

Es verdad que muchas disposiciones, que figuran en las Constituciones modernas, no tienen naturaleza estricta de reglas constitucionales. Pero por el hecho de constar de ellas, reciben el concepto de normas constitucionales en razón del documento al que se adhieren.<sup>91</sup>

Por consiguiente, en nuestras consideraciones, en esta obra, todas las disposiciones de la Constitución federal, sin distinción en cuanto al contenido específico, serán concebidas como constitucionales. Vale, pues, decir que el concepto, aquí adoptado, de Constitución formal, corresponde al concepto de Constitución escrita y rígida, Constitución como norma objetiva, legislada.

## VII. CONSTITUCIÓN RÍGIDA Y NORMAS CONSTITUCIONALES

36. El concepto de rigidez, consustanciado en la inmutabilidad relativa de la Constitución, es de fundamental importancia en la teoría del derecho constitucional contemporáneo. Funciona como presupuesto: a) del propio concepto de Constitución en sentido formal; b) de la distinción entre normas constitucionales y normas complementarias y ordinarias; c) de la supremacía formal de las normas constitucionales. Constituye, también, soporte de la propia eficacia jurídica de las normas constitucionales.

91 Cfr. Campos, Francisco, *Direito constitucional*, vol. I, p. 392.

Si éstas pudieran ser modificadas por la legislación ordinaria, su eficacia quedaría irremediabilmente comprometida.

37. Ya verificamos que la Constitución en sentido formal es un conjunto de normas y principios contenidos en un documento solemne establecido por el poder constituyente y solamente modificable por procesos especiales previstos en su propio texto.<sup>92</sup>

Concepto ése, como desde luego se ve, equivalente a Constitución legislada, escrita y rígida. Eso no excluye el reconocimiento de normas constitucionales materiales, dentro, como fuera, del documento supremo.

38. Repárase, por otro lado, que no se está, aquí, confundiendo Constitución escrita con Constitución rígida, ni, a la inversa, Constitución no escrita con Constitución flexible. Se afirma, solamente, que una Constitución, en el concepto formal, tiene que ser escrita y rígida, y lo máximo que se puede extraer de ahí es que las Constituciones jurídicamente rígidas son necesariamente escritas. Pero no toda Constitución escrita es rígida.

Rigidez constitucional significa inmutabilidad de la Constitución por procesos ordinarios de elaboración legislativa. Bajo ese aspecto, se trata de un problema de naturaleza puramente formal, jurídica: sólo las Constituciones escritas entran en ese concepto.

Pero hay Constituciones escritas flexibles. Se tiene flexibilidad constitucional, cuando ninguna forma especial está prevista para su revisión, sin que se considere su carácter escrito o consuetudinario.<sup>93</sup> Hay ejemplos de Constituciones escritas flexibles, como fueron las Constituciones francesas de 1814 y 1830 y la imperial italiana (Estatuto Albertino) de 1848.

92 No hay mejor divergencia doctrinal en cuanto al concepto de Constitución en sentido formal. Para Hermann Heller significa la totalidad de los preceptos jurídicos fijados por escrito en el texto constitucional (*Teoría del Estado*, p. 295); concepto ése que no deja de ser un poco tautológico. Para Pinto Ferreira: “Es la totalidad de preceptos jurídicos fundamentales delimitados por escrito por el poder constituyente” (*Da Constituição*, p. 31); asíéntese que es el concepto de Heller sin tautología, sino, como aquél, no vinculado a la rigidez. Néelson de Souza Sampaio hace esa vinculación al indicar la superioridad jerárquica de cara a las demás normas legales como una de las notas conceptuales de la Constitución formal, pero, en seguida, afirma no ser ese un trazo esencial, por ser posible hablar de Constitución en sentido formal, incluso de cara de una Constitución flexible (*O Poder de reforma constitucional*, p. 22). Cfr. Arinos, Afonso, *Curso de direito constitucional brasileiro*, vol. 1, p. 60; Hans Kelsen, para quien la Constitución, en sentido formal, es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas (*Teoría general del derecho y del Estado*, p. 147); como se hace ver, fue ese, en esencia, el concepto que adoptamos en el texto.

93 Cfr. Burdeau, Georges, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, p. 75.

La Constitución del Imperio brasileño era en parte rígida y en parte flexible, conforme estatúa su artículo 78 ya citado.

39. Georges Burdeau sustenta que la Constitución es la ley suprema del Estado, ya sea escrita, ya sea consuetudinaria.<sup>94</sup> Desde el punto de vista sociológico, la afirmación es procedente, y puede ser admitida una supremacía material de la Constitución, como el autor destaca, resultante del hecho de que el ordenamiento jurídico reposa sobre ella, en ella se origina y sólo en ella obtiene validez; del hecho de ser la Constitución la que organiza las competencias resulta su superioridad material; creando competencias, ella es innecesariamente superior a las autoridades en ella investidas, por lo que esas autoridades no podrían ir en contra de la Constitución, sin despojarse, en consecuencia, de su título jurídico.<sup>95</sup> Esa doctrina de Burdeau es plenamente válida en el plano sociológico. Pero, desde el punto de vista formal, la supremacía de la Constitución está íntimamente ligada al concepto de su rigidez jurídica.

40. Herman Finer llega incluso a decir que “la esencia de una Constitución es su rigidez en comparación con las leyes ordinarias. Podemos definir una Constitución como el proceso de su enmienda, porque enmendar es desconstituir o reconstituir”.<sup>96</sup> Considera la cláusula de enmiendas tan fundamental, “que casi se diría que es la propia Constitución”.<sup>97</sup> Exageró, sin duda, pero con mucha verdad, formalmente hablando, y destaca bien la importancia del asunto, especialmente porque hace sobresalir la eficacia superior de las normas constitucionales.

El propio Burdeau, más allá, realza que es solamente en el caso de rigidez constitucional cuando se puede hablar de supremacía formal de la Constitución,<sup>98</sup> añadiendo que “la previsión de un modo especial de revisión constitucional da nacimiento a la distinción de dos categorías de leyes: las leyes ordinarias y las leyes constitucionales”.<sup>99</sup>

41. Es, pues, del consenso general de la doctrina que las “reglas constitucionales están dotadas de una superioridad evidente con respecto a las demás normas jurídicas de la colectividad estatal”.<sup>100</sup> Superioridad que es corolario de la rigidez de la Constitución, conceptuada como inmutabili-

94 *Op. cit.*, p. 73.

95 *Ibidem*, pp. 73 y 74.

96 *Teoría y práctica del gobierno moderno*, p. 164.

97 *Ibidem*, p. 199.

98 *Op. cit.*, p. 76.

99 *Ibidem*, p. 76. Ahora, también, las complementarias.

100 Pinto Ferreira, *Da Constituição*, p. 171.

dad relativa o estabilidad de las reglas constitucionales. De eso fluye la distinción entre normas constitucionales, normas complementarias y normas ordinarias, pero tal cuestión no implica declarar que todas las normas constitucionales se hallen inscritas en un documento solemne y rígido. Muchas existen fuera de ella. Basta la observación, hoy admitida por la doctrina unánime de los autores, de la especial relevancia de las costumbres y usos constitucionales, de eficacia más acentuada de lo que las normas escritas, y muchas veces, la falta de respeto de las normas escritas.

Pero la Constitución rígida, por su carácter fundamentalmente sintético, no puede descender a pormenores, asuntos tenidos como de menor importancia, o que deben constituir sólo desdoblamientos de normas y principios constitucionales. No puede, ni debe, regular todos los asuntos, todas las instituciones políticas, por eso deja muchos de ellos a las leyes ordinarias, o complementarias. Es lo que ocurre, por ejemplo, con normas fundamentales que regulan los derechos electorales y partidos políticos. Constituyen contenido de leyes ordinarias: el Código Electoral y el Estatuto de los Partidos. De ellas, la Constitución apenas consigna los principios básicos.

Por otro lado, muchas materias no constitucionales por naturaleza, sino simplemente materias de derecho civil, administrativo, procesal, etcétera, son incluidas en una Constitución formal, como las que figuran en párrafos del artículo 226 de la Constitución Federal sobre el matrimonio, y la mayoría de las constantes de los artículos 37 a 42, sobre la administración y la función pública. Pero éstas, inscritas en la Constitución, adquieren la naturaleza de normas constitucionales en virtud del instrumento a la que se adhieren.

Según Georges Burdeau, es un error considerar esas normas como extrañas al contenido lógico de la Constitución, porque ésta, en nuestros días, no se destina sólo a definir el estatuto orgánico del Estado, sino, también, a expresar la idea de derecho como directiva de la actividad estatal,<sup>101</sup> y Pontes de Miranda, destacando el carácter social y la rigidez de las Constituciones contemporáneas, donde las normas de carácter programático aparecen frecuentemente, refiere el fracaso del liberalismo económico que se agotó de fines precisos al Estado, para concluir: la “dirección nueva se reflejó en la propia técnica constitucional, y las Constituciones contemporáneas recibieron la sugerencia de la necesidad, por todo senti-

101 *Op. cit.*, p. 67.

da, de insertar en los textos constitucionales alguna cosa que dijera para dónde y cómo se va”,<sup>102</sup> lo que, en *ultima ratio*, significa lo mismo que aquella idea del derecho como directiva de la actividad estatal, afirmada por Burdeau. Pero Pontes de Miranda no se olvida de añadir: “Están lejos, con todo, tales diplomas fundamentales de los Estados de hoy de la adopción de fines precisos, lo que exigiría más imperatividad en la caracterización de los fines del Estado que la simple programaticidad de algunas reglas, a veces oscuras y vagas, de las variantes Constituciones”.<sup>103</sup>

42. La cuestión se refiere, de lleno, al tema que pretendemos desarrollar en esta monografía. Sólo queremos dejar claro, en este instante, que por normas constitucionales entendemos, en sentido formal, todas las que se hallan inscritas en una Constitución rígida. Así consideraremos todas las disposiciones de la Constitución Federal, que serán objeto particular de nuestro estudio.

102 *Comentários à Constituição de 1967*, t. I, p. 127.

103 *Ibidem*, p. 127.