

TENSIÓN ENTRE LA NORMA Y LA REALIDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

José Pedro Galvão de Sousa

1. Diversos significados de constitución

Si la idea de una ley fundamental se remonta a sociedades de muy lejanos tiempos, en que el poder ya estaba encuadrado en un ordenamiento jurídico y limitado por fuerzas sociales efectivamente actuantes, el hecho es que dicha idea pasó a tener una significación peculiar, de matiz ideológico, especialmente después de la Revolución de 1789.

Las tres revoluciones [...] –las de Inglaterra, de los Estados Unidos y de Francia– proporcionaron elementos para una elaboración doctrinal de lo que vino posteriormente a llamarse *Estado de derecho* o *régimen constitucional*.

El cuño ideológico inherente de entonces en adelante a la idea de la ley fundamental, denominada constitución, se manifiesta desde luego en aquel famoso artículo 16 de la Declaración de Derechos, haciendo de la separación de poderes una de las condiciones para que un régimen pudiera ser considerado constitucional.

Por otra parte, en un sentido amplio, toda sociedad política tiene su constitución, sea cual fuere el régimen adoptado. Ocurre con las sociedades lo mismo que con los organismos vivos. Estos *se constituyen* según las leyes biológicas, aquéllas a través de una formación histórica.

En un sentido más estricto, la constitución significa la ley fundamental del Estado, y aún en este caso el concepto se aplica a todo y cualquier Estado, aunque sea totalitario o en un régimen de absolutismo, cuando la *lex suprema* se identifica con la voluntad del príncipe. Recordemos al respecto los diversos significados de *lex fundamentalis* dados por Carl

Schmitt, entre los cuales destaca la noción kelseniana de constitución como norma última en un sistema de imputaciones normativas (1).

Finalmente en un tercer sentido, aún más estricto, la constitución designa una especie de contrato, al menos tácito, entre los gobernantes y sus gobernados, por el cual aquellos tienen limitados sus poderes y deben reconocer a éstos ciertos derechos o libertades intangibles.

En la primera de estas acepciones, la palabra *constitución* no se restringe al Estado o a las sociedades políticas, y al lado del derecho constitucional del Estado podemos así hablar del derecho constitucional de la familia o de la empresa económica. De esta acepción de mayor amplitud destácase el tercer y estrictísimo sentido, el de la constitución como ley pactada entre los gobernantes y los gobernados, idea que obedece ya a la *Carta Magna* de Juan Sin Tierra –uno de los primeros y raros textos escritos de la constitución británica– y que modernamente encuentra su expresión en la constitución como ley suprema elaborada por un poder revestido de función creadora en el ordenamiento jurídico, el poder constituyente (2).

En el primer caso tomamos la palabra constitución por analogía con la *constitutio corporis*, mientras que en este último significado se liga a la derivación de *cum statuere*, que también le puede ser atribuida. Después de la primera constitución política escrita y sistemática de los Estados modernos, la Constitución americana, promulgada precisamente a fines del siglo XVIII, vemos generalizarse el régimen constitucional a base de leyes fundamentales elaboradas por asambleas constituyentes, estableciendo la disciplina del poder en función de principios derivados de un abstraccionismo jurídico y provenientes de ideas sembradas en la época iluminista.

De esta forma surgen las constituciones como producto de la voluntad de los hombres que, en la calidad invocada

(1) Carl SCHMITT, *Verfassungslehre*, § 5, 3ª ed., Dunker & Humblot, Berlín, pág. 42.

(2) Se trata entonces de la constitución política. Sobre la moderna teoría del poder constituyente, aparte de la obra citada de Carl SCHMITT, ver Egon ZWEIG, *Die Lehre von Pouvoir Constituant: Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1909.

por ellos de representantes del pueblo, reunidos en asambleas de poderes especiales, redactan la ley fundamental del Estado. Tienen, pues, las mismas un carácter convencional, aun en el caso de las cartas otorgadas, pues éstas vienen a ser el resultado de una declaración de voluntad del titular de la soberanía reconociendo los derechos de sus súbditos y comprometiéndose a respetarlos.

2. Constitucionalismo histórico y constitucionalismo abstracto

La experiencia de la Unión americana nos representa las actividades de los fundadores de un nuevo Estado, al cual correspondía dar una estructura constitucional. Venían a desempeñar la tarea cuando las ideas del siglo XVIII comenzaban a ser tenidas en consideración por las élites dirigentes. Y pese a tratarse de hombres prácticos, que en su mayor parte tomaban como fuente de inspiración el derecho histórico de las primitivas cartas de colonización, no dejaban asimismo de recibir el influjo de un Locke, de un Montesquieu, o de un Rousseau (3).

El constitucionalismo de Inglaterra y de los Estados Unidos partió del reconocimiento de derechos preexistentes: libertades y privilegios que defender, observancia de ciertas prácticas consuetudinarias, derechos asegurados por textos antiguos. La Declaración de Independencia de las trece colonias americanas, en 1776, invocaba para justificar la emancipación una serie de medidas ilegales y arbitrarias del rey de Inglaterra, por las cuales el sistema de las leyes inglesas era abolido y nuevos tributos eran impuestos, con violación de las antiguas cartas y sin el consentimiento de los súbditos. El *Bill of Rights* de 1689 reafirmaba los «auténticos, antiguos e indubitables derechos del pueblo». Refiriéndose a la *Carta Magna*, a la *Petición de Derechos* y al *Bill* de 1689, Freeman observa que ninguno de los susodichos documentos políticos trajo el establecimiento de alguna cosa nueva. Venían a reforzar la protección de derechos, de los que los

(3) Así es como el *Esprit des Lois* adquirió una gran autoridad entre los hombres de la naciente república. Cfr. J. BRYCE, *La République Américaine*, trad. francesa, V. Giard & Brière, t. I, pág. 53.

ingleses gozaban desde largo tiempo. En las grandes luchas políticas, el clamor público no se levantaba propugnando nuevos principios, sino exigiendo el mejor cumplimiento de las leyes en vigor o la reparación de los agravios sufridos en razón del desprecio o del olvido de las leyes (4).

Los derechos eran considerados en su concretización histórica y no solamente en cuanto que predicados de la naturaleza abstracta del hombre. Así la constitución política resultaba de un desarrollo orgánico, es decir, histórico, del derecho. De ahí que se haya dicho de la constitución británica: *it had not been made, but had grown*. Y aunque no se pueda en rigor decir lo mismo del derecho constitucional americano, donde es mayor la intervención del elemento deliberativo y consensual en el sentido de la formación de nuevas normas de derecho, incluso ahí vemos el cuño de la historicidad contrastar con el abstraccionismo de las fórmulas constitucionales adoptadas en los países hispanoamericanos, a ejemplo, además, de la Francia revolucionaria, de las Cortes de Cádiz y de la Constituyente de Lisboa.

Fue con la revolución de 1789 cuando tal abstraccionismo comenzó a imperar en la elaboración del derecho constitucional. El orden tradicional fue abatido para construirse, en su lugar, la nueva sociedad. La constitución se volvió piedra angular del edificio a erigir, su promulgación, una especie de acto solemne de fundación del Estado y su texto la fuente última de los derechos y de las libertades de los ciudadanos. La esencia de la teoría revolucionaria del *poder constituyente* y de la *constitución*, acto de ese mismo poder, está en la idea de creación *ex nihilo* del ordenamiento jurídico positivo por el pueblo, a través de sus representantes debidamente acreditados para el ejercicio de las funciones constituyentes.

Es lo que hace ver Georges BURDEAU con las siguientes palabras: «La constitución no es la descripción de prácticas más o menos similares, no es incluso un conjunto de instituciones a las cuales un consentimiento tácito del pueblo conferiría un valor discutible, no es tampoco la traducción en normas jurídicas de un Estado de hecho antiguo, es un acto voluntario y reflexivo, por el cual el soberano define el

(4) Edward A. FREEMAN, *Le développement de la constitution anglaise*, trad. de Alexandre Dehaye, Guillaumin et Cie., París, 1871, pág. 61.

Poder que se inscribe en la institución estatal, funda por tal hecho el Estado y el poder que ha de ejercerse en su nombre, y determina las condiciones en las cuales los gobernantes estarán habilitados para usar de este poder y los gobernados obligados a someterse al mismo» (5).

Si las leyes poco valen *sine moribus*, sin que estén asentadas en la realidad social y en el derecho histórico, esto también es cierto tratándose de la ley fundamental del Estado, incluso en la hipótesis de un nuevo régimen político que estructurar, cuando importa ajustar instituciones a un determinado medio, tomando en cuenta los hábitos sociales, las tradiciones locales y regionales, el carácter general del pueblo, en fin, todo un *background* psico-sociológico, político y económico. En esta subestructura se encuentra lo que hay de más fundamental o constitucional en una nación, su *constitución social*, el soporte de la *constitución política*. Esta última no debe ser un producto concebido apriorísticamente o fabricado como un artefacto, pues no es obra de ingenio mecánico, sino de prudencia legislativa, y el legislador prudente sabe auscultar los condicionalismos sociales.

3. Voluntarismo jurídico y absolutismo democrático en la moderna teoría del poder constituyente

Según la concepción democrática de la Constituyente francesa y de las que en ella se inspiraron, la voluntad del pueblo, creadora del orden político, tiene en sí misma la *ratio iuris*, independientemente de cualesquiera condiciones. En dicha voluntad colocaba Sieyès el origen de toda legalidad, enseñanza contenida en el panfleto *Qu'est-ce-que le Tiers Etat?*, al reproducir la tesis de Rousseau afirmando que la voluntad del pueblo siempre es recta. Los diputados constituyentes Camus y Teilhard, en la sesión de 1º de junio de 1790, afirmaban que la Asamblea tenía el poder de cambiar la religión. Y así la teoría revolucionaria confería al poder constituyente –lo observa el historiador Albert Mathiez– una dictadura ilimitada en todos los dominios. «Todo el poder a la Constituyente» era el pensamiento que precedía en más

(5) G. BURDEAU, *Traité de Science Politique*, t. III, *Le statut du pouvoir dans l'Etat*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, pág. 42.

de un siglo al dicho de Lenin «todo el poder a los soviets». Poder que ambicionaba el ser realmente creador, según la expresión de Marcel de la Bigne de Villeneuve: «*Créar*, el término es muy significativo, pues una creación consiste en sacar una cosa de la nada. Antaño esta facultad era atribuida a Dios. Los diputados no dudan en evocarla. A sus ojos el texto constitucional que dan a luz es más de lo que es una ley por elevada y venerable que se quiera hacer esta noción, más incluso que una disposición hiperlegislativa o superlegislativa del más alto grado que sea positivamente imaginable. Es una revelación que participa de la naturaleza divina». El mismo pensamiento, con mayores arrobamientos, será el de los miembros de la Convención. «He ahí –exclamaba Barrière– esa Constitución tan deseada que, como las Tablas de Moisés, únicamente puede salir de la Montaña Santa en medio de rayos y relámpagos. Y no se diga que es obra de algunos. En pocos días se ha recogido la luz de todos los siglos» (6).

Con tal concepción el poder legislativo se cree infalible y todopoderoso, se encierra orgullosamente en su autosuficiencia y no siente las limitaciones que el legislador prudente forzosamente percibe a su alrededor y dentro de sí mismo. La verdad, norma de acción, deja de ser la adecuación entre el entendimiento y la realidad, llegándose, en un extremo de idealismo, a transformar lo ideal en lo real. Todo esto, fruto de aquella mentalidad impregnada de sub-

(6) Marcel DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, *L'activité étatique*, R. Sirey, París, 1954, págs. 398-399. Sobre el mismo tema véase Egon ZWEIG, *op. cit.* Observando la influencia de la atmósfera del siglo de las «luces», en las primeras constituciones escritas, dice Karl LOEWENSTEIN: «Se esforzó por trasladar las ciencias mecánicas a la ciencia del gobierno. Una constitución bien ordenada con una serie de controles y contrapesos (*checks and balances*) destinados a garantizar las libertades, permitir obtener, por una separación funcional de poderes, el equilibrio ideal de las fuerzas sociales». Y prosigue: «En su optimismo ingenuo, los teóricos políticos y los propios políticos acreditaron que bastaría una Constitución bien ordenada, es decir, bien equilibrada, para obtener una sociedad igualmente bien ordenada. Ignorando las tentaciones demoníacas del poder político, la Constitución escrita ofrecería automáticamente la solución de todos los males sociales y aseguraría la felicidad de los pueblos regidos por ella» («Réflexions sur la valeur des Constitutions», en *Revue Française de Science Politique*, vol. II, núm. 1, enero-marzo 1952, pág. 10). Del mismo autor: *Volk und Parlament nach der Staatstheorie der französischen Nationalversammlung von 1789*, Munich, 1922.

jetivismo abstraccionista, que viene dominando desde el siglo XVIII hasta nuestros días. Las leyes pasan, así, a ser elaboradas sin el previo cuidado de un debido conocimiento del medio social e histórico para el que se legisla.

4. La crítica de Rosmini al abstraccionismo constitucionalista

La pretensión de infalibilidad y omnipotencia de los legisladores fue denunciada, en el siglo pasado, por Rosmini.

El gran pensador italiano, que contribuyó poderosamente a la restauración de la metafísica y vivió la crisis espiritual de su época enteramente consagrado a la filosofía especulativa y a las cuestiones religiosas, tuvo también una inclinación muy acentuada hacia la ciencia política, participando de las preocupaciones de sus contemporáneos en relación con la agitación revolucionaria. Gran metafísico, no cayó sin embargo al tratar temas políticos, en el vicio de la «política metafísica», según la expresión de Augusto Comte con referencia a Rousseau y los restantes hombres de 1789. Impugnó la ideología que, proveniente de Francia, inspiraba en muchos países de Europa y de América la implantación del nuevo orden constitucional. En sus proyectos de Constitución para el Estado romano, en sus ensayos sobre la «constitución natural de la sociedad civil» y sobre la «constitución según la justicia social», Rosmini procuraba apartar a los legisladores del lirismo revolucionario, trayendo a su consideración el hecho político según criterios de objetividad sociológica.

Hacía ver que hay dos modalidades de constitución política: una, formada gradualmente, sin un plan preconcebido, bajo el impulso de las fuerzas sociales o de las aspiraciones populares; otra, nacida de un golpe, producto de una ideología, saliendo de la mente del legislador como Minerva de la cabeza de Júpiter (7). Las constituciones anteriores al 89 pertenecen al primer tipo, por ejemplo, la de la República de Venecia y la de Inglaterra. Las otras tienen su filiación en la Francia revolucionaria.

(7) A. ROSMINI, *Progetti di Costituzione. Saggi editi e inediti sullo Stato*, Fratelli Bocca Edit., Milán, 1952. *La Costituzione secondo la giustizia sociale* (págs. 67 y sigs.).

Hasta el momento en que escribía Rosmini Francia había tenido diez constituciones, algunas en vigor durante menos de un año. Esta inestabilidad fue también la de constituciones de otros países derivadas del modelo parisiense. El mismo autor, en las páginas de su trabajo *Alcune parole sopra diverse cose che pasano intorno a noi*, enumera las constituciones de países europeos desde el 3 de mayo de 1791 hasta el 24 de agosto de 1829, es decir, en un período de treinta y ocho años y algunos meses. Llegaban a 152, de las cuales 12 nunca habían sido aplicadas. Las que permanecían en vigor no sobrepasaban, en 1829, dieciséis años de existencia.

En su lenguaje de polemista, el filósofo itálico concluía que las abstracciones políticas de la Revolución francesa eran insuficientes para fundamentar un gobierno durable y reducían la vida de los Estados a la corta existencia de los insectos.

5. Derecho constitucional y realidad constitucional en el Brasil y en los países iberoamericanos

La elaboración de las constituciones políticas en un plano ideológico y según una técnica meramente formalista, suscitó la oposición entre el derecho constitucional y la realidad constitucional (8).

Un tal antagonismo resulta patente en la formación constitucional del Brasil y, aún más, en la de los pueblos vecinos y hermanos de Iberoamérica. Nos muestra la historia de estos pueblos un desprecio de todo un patrimonio institucional rico en elementos aptos para permitir la estructuración de un régimen auténticamente popular, cuyos caminos se perderían con el trasplante de fórmulas democráticas sin sentido para nosotros, recogidas en la experiencia de otros países, principalmente en la de los Estados Unidos.

De aquí que haya escrito el profesor Goffredo Telles Junior: «¿Para qué pueblo, para qué país habían sido escri-

(8) Georges DASKALAKIS, «Droit constitutionnel et réalité constitutionnelle», tesis presentada al Congreso Internacional de Juristas de Atenas, en junio de 1955, *Compte-rendu du Congrès International de Juristes*, La Haya, págs. 41-45. Karl LOEWENSTEIN, artículos citados en *Revue Française de Science Politique*, vol. II, núms. 1 y 2.

tas las Constituciones republicanas del Brasil? ¿Para los Estados Unidos de América? ¿Para Inglaterra? ¿Para Francia? ¿O tal vez, para el Congo, Camboya o Tanganica? Lo cierto es que ellas no tienen ninguna apariencia de leyes confeccionadas a medida para nuestra tierra» (9).

Desde las primeros líderes, en la época de la independencia –como Miranda en Venezuela y José Joaquín da Maia en el Brasil–, hasta los hombres de gobierno, los reformadores y los creadores de constituciones, todos se hallaban, en mayor o menor dosis, impregnados de las fórmulas anglosajonas sin un conocimiento suficiente de la vida del pueblo en el interior del país (10).

Las constituciones venían a ser así obra de hombres instruidos en el sabor de influencias extranjeras, desenraizados de su tierra y vinculados a los intereses de la clase social dominante. Eran las «élites marginales» de que nos habla Oliveira Vianna en los volúmenes de *Instituições políticas brasileiras*. La constitución como carta ideológica, redactada en función de ciertas concepciones políticas, dejaba de ser un instrumento pragmático destinado a preservar las libertades concretas, y de esta forma perdíamos el sentido de aquel constitucionalismo incipiente que habíamos heredado de los portugueses y españoles con el régimen de fueros.

El abstraccionismo de la ideología liberal y del formalismo jurídico dificultaban la visión de las fuentes reales del derecho. Y así se acentuaba, en el campo del derecho constitucional, la tensión entre la norma y la realidad.

En presencia de la distinción entre fuentes formales y fuentes reales del derecho, la constitución política significa propiamente la constitución formal. Se trata de la constitución jurídica de la sociedad política (*Polis, Civitas, Estado-nación*). Cuando es elaborada tomando debidamente en

(9) Goffredo TELLES JUNIOR, *op. cit.*, pág. 5.

(10) El contraste entre las ciudades más importantes del litoral, donde dominaban los hombres de la “república de las letras”, y la zona rural del interior –señalado entre nosotros por Euclides DA CUNHA– proporcionó, en la Argentina, amplia materia de discusiones a propósito del tema «civilización o barbarie». Ver Fermín CHÁVEZ, *Civilización y barbarie. El liberalismo y el mayismo en la historia y en la cultura argentina*, Editorial Trafac, Buenos Aires. Ver también, en cuanto a Argentina, Arturo Enrique SAMPAY, *La filosofía del iluminismo y la Constitución argentina de 1853*, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1944.

cuenta los datos reales del país al que pretende regir, la dicha tensión no se manifiesta de modo particularmente acentuado. Pero cuando la constitución formal no corresponde a la realidad constitucional histórico-política, entonces se ve aparecer lo que George Daskalakis llama la *paraconstitución* y la *contraconstitución*. En la primera hipótesis (*paraconstitución*) la constitución permanece en vigor, pero se ve modificada, en sus aplicaciones, por reglas de derecho escrito, por las costumbres, por la interpretación, por los usos constitucionales. En la segunda hipótesis (*contraconstitución*), la constitución se vuelve un *chiffon de papier* y las prácticas políticas son radicalmente contrarias al espíritu y a las instituciones fundamentales del régimen constitucional formalmente establecido (11).

Esta distinción ya era esbozada por ARISTÓTELES, en el libro V de la *Política*, donde el estagirita hace resaltar que las democracias pueden ser más o menos democráticas y las oligarquías, más o menos oligárquicas. Así la constitución puede ser democrática y el gobierno oligárquico.

Si en el Brasil y en los países iberoamericanos la *contraconstitución* ha prevalecido con frecuencia, esto se debe al abstraccionismo anti-histórico de sus leyes fundamentales, inspiradas en el «idealismo utópico» de las élites dirigentes, al cual las realidades sociales y las prácticas políticas dan un mentís sin apelación (12). El caudillaje y el predominio de las oligarquías o de los grupos manipuladores de la opinión pública, en la realidad constitucional hispanoamericana, son ejemplos que ilustran bien la hipótesis de Aristóteles: conflicto entre la constitución real, oligárquica y la constitu-

(11) Georges DASKALAKIS, *op. cit.*, págs. 41-45. A su vez, Karl LOEWENSTEIN (*R.F.S.P.*, vol. II, págs. 20-22) se refiere a las constituciones «nominales» y a las constituciones «semánticas».

(12) En cuanto al Brasil, ver principalmente OLIVEIRA VIANNA, *O idealismo na evolução política do Império e da República*, 1922, Biblioteca do Estado de S. Paulo, núm. 1; *O idealismo da Constituição*, 2.^a ed. aumentada, Companhia Editora Nacional (Brasileña, número 141), e *Instituições políticas brasileiras*, Livraria José Olympio Editora, 1949; Alberto TORRES, *A Organização Nacional*, Río de Janeiro, Imprensa Nacional, 1914; Victor NUNES LEAL, *Coronelismo, enxada e voto (O município e o regime representativo no Brasil)*, Río de Janeiro, 1948; COSTA PORTO, *Pinheiro Machado e seu tempo*, Livraria José Olympio Editôra, 1951; J. P., GALVÃO DE SOUSA, *Introdução à História do Direito Político Brasileiro*, 2.^a ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1962 y la citada obra de Goffredo TELLES JUNIOR, *A democracia e o Brasil*.

ción formal, que es generalmente una carta ideológica democrática.

6. Paraconstitución y contraconstitución

Por otra parte, en las democracias modernas, la realidad de los grupos más o menos esotéricos y del poder económico, que hace del poder político su instrumento, es la fuente de la contraconstitución, en cuanto al principio del origen popular del gobierno y a la expresión teórica de la constitución formal. Y hay que considerar aún la importancia del poder militar, cuya influencia política no es apenas relevante en la historia, pero resalta en nuestros días, dando margen a que se comience a hablar de Estado militarista (13).

El prisma por el cual los juristas estudian el derecho es el de las fuentes formales. Este formalismo, legítimo en sí mismo, debe ser completado por una visión sociológica del fenómeno jurídico, particularmente necesaria al legislador. En lo tocante a las constituciones, hemos visto que, elaboradas según los preceptos de la técnica jurídica seguidos por los legisladores constituyentes, se subordinan a directrices ideológicas y dependen también de las circunstancias históricas que condicionan los movimientos políticos, las revoluciones y las reformas legislativas. De ahí que diga Manuel García Pelayo que «el derecho constitucional vigente, como todo derecho, no es pura norma, y sí la síntesis de la tensión entre la norma y la realidad con la que se enfrenta» (14).

La paraconstitución es una consecuencia del desarrollo del derecho constitucional cuando se quiere hacer de la constitución jurídico-formal un sistema completo, una carta ideológica abarcando toda la sistemática del Estado en lo concerniente a organización de los poderes públicos y garantía de las libertades. Ambos aspectos del problema son convergentes, presentándose la constitución al mismo tiempo como una técnica de poder y una técnica de libertad. En

(13) Fred J. COOK, *The Warfare State* (en traducción de Fernando Castro Ferro: *O Estado militarista*, Editôra Civilizaçãõ Brasileira, Río de Janeiro, 1964).

(14) M. GARCÍA PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, 2ª ed., Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, pág. 20.

su significado original, la constitución es precisamente un instrumento de estructuración pragmática del poder político y de defensa de las libertades. Pero tiende a transformarse en una carta ideológica en la cual estos dos aspectos forman parte de un encuadramiento más amplio, sometido al proceso de cierta dialéctica. Puede suceder, entonces, que la constitución sea completada o modificada, en su aplicación, por nuevas normas derivadas de la legislación, de la jurisprudencia o simplemente de la interpretación del texto constitucional. Además de estas reglas jurídicas, ciertas prácticas políticas pueden completar la estructura constitucional, hipótesis esta verificada, por ejemplo, con el régimen de partidos formado en muchos pueblos cuya constitución no lo prevé. Así, en el Brasil, la Constitución de 1946 estableció el principio de la pluralidad de partidos, mientras que las Constituciones anteriores callaban al respecto de esta materia. Otro ejemplo que puede ser recordado entre nosotros, es el pretendido parlamentarismo del Imperio, típicamente paraconstitucional, por haberse formado al margen de cualquier disposición que lo hubiese instituido en la Carta de 1824.

Si la constitución es más un instrumento pragmático que una carta dogmática, entonces las normas complementarias de la ley fundamental se adicionan generalmente a su texto mediante un crecimiento orgánico en la línea del derecho histórico, sin una ruptura con lo que ya estaba establecido y sin oponerse a las disposiciones constitucionales. La Constitución de los Estados Unidos nos proporciona un ejemplo significativo de esta hipótesis, con el sistema de los *amendments* añadidos al texto constitucional. De ahí el decirse que, en el caso en cuestión, la constitución no es un edificio completo, sino el cimiento o sostén de un edificio.

Cuando la ley constitucional y la ley ordinaria no se distinguen por una diferencia sustancial –así el caso de Inglaterra– no se puede hablar de paraconstitución, pues la elaboración en materia constitucional permanece siendo proceso normal en los trabajos del Parlamento. En los países de constitución escrita y rígida, por el contrario, la diferenciación entre constitución y ley ordinaria se hace más acentuada, siendo la primera un acto del Poder Constituyente, cuyas funciones desde luego, pueden corresponder al

Legislativo ordinario, pero únicamente en las hipótesis expresamente previstas por la propia constitución.

El principio del control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos del Poder Ejecutivo por el Poder Judicial es una barrera levantada a las prácticas contraconstitucionales, que, sin embargo, pueden existir de hecho escapando a tal control.

Finalmente, debe notarse que las constituciones políticas del tipo de una carta ideológica abarcan todo el derecho constitucional, sea su materia amplia o estricta. Tienen a hacer con el derecho constitucional lo que se intentó hacer en Francia con el derecho civil en la época de la codificación. El derecho civil transbordó los diques dentro de los cuales procuraron encerrarlo, paulatinamente fue siendo modificado y fragmentado por leyes que alteraron el Código napoleónico. Semejante fragmentación es más difícil en las constituciones, en virtud del principio de la intangibilidad constitucional, viniendo de ahí los conflictos entre la constitución jurídica y la realidad constitucional. La realidad sobrepasa el esquematismo de las constituciones ideológicas y suscita normas de tipo paraconstitucional o contraconstitucional (15).

7. El problema constitucional de la hora presente

En una conferencia de amplia resonancia pronunciada en 1930, René Capitant sostenía que la costumbre no era solamente un dato complementario, sino un dato primordial de la organización constitucional de la III República francesa, cuyas instituciones esenciales no figuraban en los textos escritos e incluso se encontraban en oposición a los textos. Así, de las catorce atribuciones iniciales del Presidente de la República solamente subsistían dos, por las cuales pudiese manifestar personalmente su autoridad:

(15) En las épocas revolucionarias, cuando se mantiene una estructura constitucional, la intangibilidad y la estabilidad de la constitución ceden ante las facultades del poder revolucionario, que se inviste en el ejercicio del Poder Constituyente. Es lo que explica, entre nosotros, los Actos Institucionales y Complementarios cara a las Constituciones de 1946 y 1967.

la elección del presidente del Consejo y el derecho de gracia (16).

Los estudios de derecho constitucional comparado nos permiten comprender la relatividad de los textos y de las fórmulas. Es la lección de Mirkiné-Guetzévitch haciendo ver que tales estudios deben ser dirigidos en especial a observar las prácticas constitucionales (17).

Las transformaciones operadas en la vida política de los pueblos después de la segunda guerra mundial, el desajuste entre los poderes del Estado, la crisis de la representación y de los sistemas electorales, las exigencias de la seguridad nacional y las nuevas modalidades de organización internacional, todo esto viene a realzar dicha relatividad. Constituciones antes juzgadas perennes caen como un castillo de naipes, y principios jurídicos a los cuales se daba un valor dogmático no resisten la presión de los acontecimientos. Para la mayoría de las naciones la cuestión no está tan sólo en una revisión constitucional por medio de enmiendas que alteren en poco la estructura del régimen. El problema de la reforma del Estado precisa ser planteado en términos más amplios, teniéndose presente la adecuación entre la constitución formal y la constitución histórico-social.

(16) Apud Marcel PRELOT, prefacio a B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *Les Constitutions européennes*, Presses Universitaires de France, París, t. I, pág. X.

(17) MIRKINE-GUETZÉVITCH, *op. cit.*, t. I, pág. 13.