

UN BALANCE DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍA DE LAS CONSTITUCIONES MATERIAL Y FORMAL*

ALEXANDRE WALMOTT BORGES[†]
JHON WILMAR MONTOYA ZULUAGA^{††}
ANDREY LUCAS MACEDO CORRÊA^{†††}
KARINA GUIMARÃES PINHÃO^{††††}

RESUMO: El artículo aborda la trayectoria de los sistemas de control de

* Este artículo contó con el apoyo de la Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG) en el ámbito del proyecto de demanda universal financiado por este órgano de fomento, con el apoyo de lo Laboratorio Americano de Estudios Constitucionales Comparados (LAECC), vinculado al Programa de Postgrado de la Universidade Federal de Uberlândia (UFU) y al Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), también con el apoyo de la Universidade de Itaúna.

[†] Doctor en Derecho del Estado, Doctorando en Historia Social, Abogado, Profesor de los Programas de Posgrado de UFU: Derecho (Maestría), y Biocombustibles (Maestría y doctorado), Profesor Visitante del Programa de Posgrado en Derecho de Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho (UNESP) y Investigador líder del LAECC. E-mail: walmott@gmail.com.

^{††} Estudiante del Programa de Maestría en Derecho de UFU, Investigador financiado por el programa "OAS Scholarships" de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Graduado en Derecho por la Universidad Santo Tomás, Colombia, y Investigador del Grupo de Pesquisa da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst UFU 2016. E-mail: jhon2213@gmail.com.

^{†††} Estudiante del Programa Maestría en Historia Social de UFU, Licenciado en Derecho por UFU, con un período de sándwich en la Universidad de Coimbra, Portugal, Invetigador y Secretario-General del LAECC. E-mail: andreylucas93@hotmail.com.

^{††††} Maestra en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho da Universidad de Coimbra, Portugal, con período sándwich en la École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS-PARIS), Postgraduada en Derecho Civil-Constitucional en la Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Graduada en Derecho por la Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Abogada y Investigadora del LAECC. E-mail: pinhao.karina@gmail.com.

constitucionalidad verificando críticamente su efectividad como instrumento de realización y armonización de la constitución formal con el orden material constitucional. El artículo hace uso del problema expuesto por la teoría constitucional de la congruencia o discrepancia entre la constitución material y la constitución formal, verificando la eficiencia de los sistemas de control para la realización del acuerdo práctico entre estos dos órdenes. Las fuentes de investigación son materiales bibliográficos de teoría constitucional, fuentes documentales legisladas constitucionales y material de publicaciones académicas. El análisis realizado es cualitativo, de la efectividad, o no, de los sistemas de control de constitucionalidad para la realización y la congruencia entre el orden material y el orden formal de las constituciones.

PALAVRAS-CHAVE: Control de Constitucionalidad; Constitucionalismo Material; Constitucionalismo Formal.

ABSTRACT: The article deals with the judicial review systems trajectory, critically verifying their effectiveness as an instrument to realize and harmonize the formal Constitution with the material constitutional order. The article uses a problem exposed by the constitutional theory, related to the congruence or discrepancy between formal and material Constitutions, approaching judicial review systems to the practical concordance between these two orders. The research sources are bibliographical materials of constitutional theory, constitutional and legal documents and academic publications. The analysis is qualitative, about how effective are the judicial review systems for the realization and the congruence between the formal and material orders.

KEYWORDS: Judicial Review; Material Constitutionalism; Formal Constitutionalism.

SUMÁRIO:

I. INTRODUÇÃO	528
II. CONSTITUCIONES Y GARANTÍAS:	
RETENCIÓN, CONTINUIDAD Y PERSEVERANCIA	528
III. EL BALANCE DE LAS CONSTITUCIONES FORMALES.....	538
IV. SISTEMAS DE CONTROL Y GARANTÍAS DE LA CONSTITUCIÓN	548
V. CONCLUSIÓN	554
VI. REFERENCIAS.....	555

TABLE OF CONTENTS:

I. INTRODUCTION	528
II. CONSTITUTIONS AND GUARANTEES:	
RETENTION, CONTINUITY AND PERSEVERANCE.....	528
III. THE BALANCE OF FORMAL CONSTITUTIONS.....	538
IV. JUDICIAL REVIEW SYSTEMS.....	548
V. CONCLUSION	554
VI. REFERENCES	555

I. INTRODUÇÃO

El artículo se refiere al papel de los sistemas de control de constitucionalidad en la realización y armonización de la Constitución formal con el orden material constitucional. El artículo hace uso del problema expuesto por la teoría constitucional de la congruencia o discrepancia entre la constitución material y la constitución formal, verificando la eficiencia de los sistemas de control para la realización del acuerdo práctico entre estos dos órdenes. El análisis tiene como presupuesto las posibles divergencias entre lo formal y lo material en la constitución, y como tales divergencias pueden ser vistas como problemas de garantía y efectución del derecho constitucional.

El abordaje se realiza en 3 ítems: primero, la exploración de las referencias teóricas sobre las garantías de la constitución, insertando el problema de las diferencias entre garantías materiales y formales, con la posterior clasificación de los varios usos de los términos constitución formal y constitución materia; segundo, hay una exploración de la historia de las constituciones mostrando los dilemas entre el orden formal y el orden material, inclusive con la contextualización teórica de este dilema; tercero, como cierre, el abordaje de cómo los sistemas de control de constitucionalidad operan para la realización y la congruencia entre ordenes constitucionales formales y materiales.

Las fuentes de investigación son materiales bibliográficos de teoría constitucional, fuentes documentales legisladas constitucionales y material de publicaciones académicas. El análisis realizado es cualitativo, de la efectividad, o no, de los sistemas de control de constitucionalidad para la realización y la congruencia entre el orden material y el orden formal de las constituciones. También fue utilizado enfoque comparativo, pero con menor incidencia.

II. CONSTITUCIONES Y GARANTÍAS: RETENCIÓN, CONTINUIDAD Y PERSEVERANCIA

Las constituciones son normas establecidas y la positivización, imperatividad y el cumplimiento de los comandos de las instituciones debe concretarse, pasando de disposiciones abstractas o meras disposiciones textuales, a las determinaciones de comportamientos que sean ejecutados y cumplidos.¹ La concretización de la constitución

¹ Cf. GEORG JELLINEK, *TEORÍA GENERAL DEL ESTADO* (2002).

depende de sus garantías de realización de la constitución. En este texto la expresión *garantía* sirve para designar como las constituciones de manera general tienen sus normas realizadas.²

Utilizando la clasificación de Jellinek, hay tres formas de analizar lo que son las garantías de la constitución. Las garantías sociales son complejos que envuelven las fuerzas de organización social, fuerzas religiosas, culturales, y otras más.³ Son en realidad las fuentes materiales de cualquier ordenamiento y en ello reside la naturaleza dialéctica de las garantías sociales. Al mismo tiempo que son fuerzas materiales de la sociedad que imponen límites y se contraponen al descontrol del arbitrio, son también los elementos de revolución jurídica, modificación y mutación constitucional. No sin razón encarnan muchas veces el poder constituyente originario.⁴

Las garantías políticas son complejos institucionales de órganos y funciones del Estado. El arreglo institucional que mejor ejemplifica como estos complejos institucionales son garantía de la permanencia del orden constitucional es la división de poderes. No hay Estado constitucional sin división de órganos y competencias funcionales.⁵ Las garantías políticas, así como las garantías sociales encierran la característica de *Janus* del orden constitucional: al mismo tiempo que el ordenamiento institucional sirve a la preservación del orden constitucional existente, el mismo puede servir como el elemento revocador del mismo.

Las garantías jurídicas son esencialmente normativas y estas son puestas con la objetividad del derecho establecido, creadas dentro de aquel propio orden jurídico que tutelan. En este punto puede parecer que hay un argumento circular o petición de principio ya que el problema de un orden constitucional establecido es justamente la posibilidad de garantizar su propia permanencia: ¿cómo algo establecido por ese propio orden puede garantizar su positivización? Así, las garantías jurídicas son eficaces y permanecen activas, siempre y cuando no exista una solución extrema como lo es la manifestación que altera aquel orden, por fuerzas

² Aun cuando la expresión “garantía constitucional” tuvo el uso prodigado como forma concreta y específica de realizar derechos fundamentales, en este texto su abordaje es más amplio.

³ GEORG JELLINEK, *TEORÍA GENERAL DEL ESTADO* (2002), p. 677-680.

⁴ Cf. Uadi Lamego Bulos, *Da Reforma à Mutação Constitucional*, 33 *REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA* 129 (1996); EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS, *QU'EST-CE QUE LE TIERS ÉTAT?* (2002). Disponible en: <<http://www.leboucher.com/pdf/sieyes/tiers.pdf>>. Acceso en: 10 de julio de 2017; y CARL SCHMITT, *TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN* (1996).

⁵ Cf. RAFAEL DE ASSIS ROIG, *UNA APROXIMACIÓN A LOS MODELOS DE ESTADO DE DERECHO* (1999).

económicas, sociales, religiosas, y otras tantas. En ese sentido, la permanencia *dentro* de un orden constitucional es obtenido si hay instrumentos de seguimiento y control, si hay medios procesuales aptos, si hay normas que establezcan la responsabilidad por delitos, y si hay efectiva protección judicial de los derechos.⁶

El objetivo de las garantías de la constitución es que el orden constitucional gane *retención, continuidad y perseverare* en la regulación de los actos del Estado y en la obediencia a los derechos fundamentales: Aquel orden normativo constitucional (i) establece un estado de organización; (ii) debe establecer la continuidad de su designio de imposición de una organización del Estado; y además de la continuidad, (iii) debe presentar algún grado de persistencia, es decir, mantener aquel contenido de organización del Estado de manera perseverante.

El orden constitucional establece una organización Estatal y con este establecimiento hace también la concepción de un proyecto constitucional que debe afirmarse en la sociedad.⁷ Por eso, garantizar la constitución significa estabilizar la reserva de un ordenamiento normativo. Además de estabilizarlo, el proyecto de este ordenamiento debe tener la funcionalidad conservada para que regule las situaciones del presente hasta el futuro indeterminado. Por último, este orden debe tener exclusividad, eliminando de manera perseverante ordenes que entren en conflicto con el mismo.⁸

La comprensión de los tres órdenes de garantías de Jellinek indica que las constituciones tienen la permanencia, la estabilidad y la continuidad marcadas por elementos materiales y formales. Dentro de tantos significados posibles, la utilización de las expresiones material y formal puede ser asumida de distintas maneras.⁹

La expresión *constitución material* indica las bases *del mundo del ser* de una constitución, desde elementos físicos y biológicos hasta otras condiciones imaginadas creadas por el hombre – dioses, mitos y leyendas. La constitución material puede ser usada como la forma de organización política y de protección de la libertad de un Estado, aunque no sean

⁶ Cf. RAFAEL DE ASSIS ROIG, UNA APROXIMACIÓN A LOS MODELOS DE ESTADO DE DERECHO (1999); y JORGE MIRANDA, TEORIA DO ESTADO E DA CONSTITUIÇÃO (2002).

⁷ Cf. ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, ESCRITOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES (1993).

⁸ Cf. PHILIP BOBBITT, A GUERRA E A PAZ NA HISTÓRIA MODERNA: O IMPACTO DOS GRANDES CONFLITOS E DA POLÍTICA NA FORMAÇÃO DAS NAÇÕES (2003).

⁹ Cf. EROS ROBERTO GRAU, A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: INTERPRETAÇÃO E CRÍTICA (1997); PAULO BONAVIDES, DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL (1996); y JORGE MIRANDA, TEORIA DO ESTADO E DA CONSTITUIÇÃO (2002).

consideradas las disposiciones normativas jurídicas de esta organización. En este caso, la palabra constitución se traduce en la manera como Estado es constituido políticamente sea como α , o β , en aproximación al *ser de un estado*, y no al deber ser jurídico.¹⁰ La expresión constitución material puede indicar las bases *del mundo del deber ser* de una constitución, tanto el deber ser jurídico como otros ordenes normativos de la sociedad.¹¹ La constitución material también puede ser entendida como el conjunto de normas que tratan la base de la organización política y los proyectos de libertad de un Estado, aunque estas normas no sean normas jurídicas. La constitución material puede ser entendida como el conjunto de normas jurídicas que tratan sobre la base de la organización política y la protección de la libertad de un Estado.

Constitución material puede representar el conjunto de normas de una constitución que trata sobre disposiciones referentes a los derechos fundamentales de los sujetos, o de organización del Estado y los poderes públicos, en contraste y de manera diferente a las normas que tratan sobre disposiciones procesuales (las normas formales).

La constitución material puede ser entendida como el conjunto de normas no escritas o consuetudinarias, en contraste con la constitución formal que es la norma legislada, escrita y sistematizada. *Constitución formal* se entiende como la disposición textual tenida como base de organización del Estado.¹² De forma limitada, sería una constitución no legislada, o sin organicidad, considerando los elementos consuetudinarios escritos que adquirieron alguna organicidad por su integración al texto constitucional. De manera bastante usual, significa constitución legislada u orgánica, donde la constitución es texto de edición solemne y con específicas reglas de configuración textual. La expresión constitución formal también se emplea como el conjunto de normas en el texto constitucional que tratan sobre las formas de creación de otras normas, con disposiciones formales y procesuales de producción. La expresión constitución formal se presta a la disposición textual que contrasta con los procedimientos o normas no escritas de organización

¹⁰ Cf. ARISTÓTELES, A CONSTITUIÇÃO DE ATENAS (2014). Disponible en: <<http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/12/A-constitui%C3%A7%C3%A3o-de-Atenas.pdf>>. Acceso en: 07 de julio de 2017.

¹¹ Cf. EROS ROBERTO GRAU, A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: INTERPRETAÇÃO E CRÍTICA (1997); JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, CURSO DE DIREITO ECONÔMICO (1981); y VITAL MOREIRA, A ORDEM JURÍDICA DO CAPITALISMO (1978).

¹² Cf. EROS ROBERTO GRAU, A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: INTERPRETAÇÃO E CRÍTICA (1997); VITAL MOREIRA, A ORDEM JURÍDICA DO CAPITALISMO (1978); y JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, CURSO DE DIREITO ECONÔMICO (1981).

del Estado y de las libertades (estos último, son constituciones no formalizadas).

Las garantías constitucionales descritas por Jellinek en presente texto, pueden englobar tanto elementos jurídicos como no jurídicos.¹³ En las clasificaciones de Jellinek hay tanto dimensiones materiales normativas como dimensiones materiales no normativas. Ya las garantías tienen un acentuado recorte y contenido jurídico. Engloban elementos tanto de materialidad normativa como de las disposiciones textuales y formalizadas del Estado, pero siempre con contenido normativo.

Como se ha visto hasta ahora, los sistemas de protección y permanencia de la constitución presentan varios elementos característicos. En un abordaje amplio, los sistemas de protección y garantía consideran que el orden constitucional debe ser preservado como orden constitucional tanto formal como material. La manutención, estabilidad y preservación de un orden constitucional encuentra fundamentos adicionales del deber ser jurídico legislativo, exclusivamente:

La fuerza normativa de la constitución descansa, más que en las demás normas, en el consentimiento de la sociedad, en la aceptación por parte de ésta de la Constitución con el mejor instrumento para ordenar jurídicamente los conflictos políticos que en aquella se producen.¹⁴

Así, al colocar tanto la constitución material como la constitución formal como objetos protegidos por los sistemas de protección de la constitución, la constitución formal u orgánica asume el papel de indicador textual y documental de esta protección. En complemento a ello, las constituciones legisladas adoptan indicadores procesales de superioridad jerárquica de la constitución, con lo cual quedan documentalmente asegurados, los procesos rígidos de alteración y reforma del texto constitucional.¹⁵

En esta línea de raciocinio, el objeto de protección tiene dos órdenes o niveles: el orden constitucional-material y el orden orgánico y textual. Otra conclusión provisional de esta idea del párrafo anterior, es que tanto

¹³ Cf. GEORG JELLINEK, *TEORÍA GENERAL DEL ESTADO* (2002).

¹⁴ CECILIA JUDITH MORA-DONATTO, *EL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN NORMATIVA* (2002), p. 10.

¹⁵ Cf. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza, *O Bicentenário da Constituição Americana*, 24 *REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA* 94 (1987); y HANS Kelsen, *TEORIA GERAL DO DIREITO E DO ESTADO* (2005).

la organicidad textual como la rigidez textual son formas superiores y elaboradas de protección y garantía de la constitución material. Las constituciones formales son sistemas supremos de protección constitucional, que establecen un nivel superior de respeto y cualificado de la organización material de la sociedad.¹⁶

Las características que diferencian las constituciones legisladas de otras manifestaciones de organización normativa del Estado son las formas especiales de garantía y permanencia que presentan. Las constituciones orgánicas y legisladas adoptaron formas específicas de garantías. Las garantías son esenciales para la comprensión del propio fenómeno de estabilidad de las constituciones formales.

Las constituciones formales presentan características propias de garantía de la constitución que son la objetividad y la amplia posibilidad de conocimiento del texto, permitiendo alcanzar el objetivo de permanencia de la constitución que es el curso transgeneracional¹⁷. En ordenamientos consuetudinarios, especialmente los no escritos, la permanencia constitucional se da por expectativa de permanencia por propagación entre los individuos (o por las instituciones), y no por el almacenamiento y divulgación del texto.¹⁸ En ordenamientos consuetudinarios escritos, no obstante ocurra la permanencia por el almacenamiento de los textos, no hay un acto formal y establecido a

¹⁶ “No es apenas poder económico el que la tecnología de la información confiere. La organización política armoniosa – para resistir la opresión, reivindicar impuestos reducidos, lo que quiera que sea – es una forma de interacción de suma no-cero entre personas que tienen un interés común. [...] La cuestión de hasta donde el poder político y económico finalmente extendido más allá de las clases altas fue en parte una pregunta sobre el futuro de la alfabetización”. ROBERT WRIGHT, *NÃO ZERO: A LÓGICA DO DESTINO HUMANO* (2000), p. 114-115. Robert Wright analiza como formas de comunicación escrita son indispensables a la organización societaria contemporánea, y como la diseminación de elementos como la imprenta y actualmente los medios electrónicos determinan las formas modernas de poder político contemporáneo.

¹⁷ Sistemas de control de constitucionalidad operan con la lógica de que las formalizaciones textuales son indicadores de precisión y objetividad, ya que es en el texto que son – o están – los contenidos constitucionales. En los sistemas constitucionales con ausencia de texto normativo orgánico, o en las constituciones no legisladas, todo y cualquier proceso de control ha de ser tomado teniendo, en primer lugar, la terea de estimar cuales textos o costumbres, forman la estructura orgánica del Estado.

¹⁸ Por eso algunos sistemas de constituciones no orgánicas han adoptado al menos la formalización de textos de derechos fundamentales como Canadá. Cf. Constitution Act, 1867. Disponible en: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-1.html>>. Acceso en: 10 de julio de 2017.

ciencia cierta de la creación del texto, ya que la costumbre es algo previamente existente. En las constituciones legisladas el acto de redacción es el que permite la afirmación del acto creador del ordenamiento jurídico.¹⁹

La constitución formal presenta como una garantía destacada la rigidez de la constitución. El texto es protegido por procedimientos especiales y diferentes formas procesales de alteración de la constitución, en comparación con otros textos de derecho legislado. Las alteraciones en el texto son posibles dentro de los límites establecidos por este propio orden.²⁰ Usando otras palabras, la continuidad del orden constitucional aceptado depende de ajustes que en su conjunto están regulado. Como es un texto legislado, gran parte de las alteraciones serán procesadas por la propia dinámica del texto, historicidad y contexto, es decir, el texto es actualizado por *mutación constitucional*. La mutación va hasta los confines en lo que se refiere a la exigencia de ajuste del nuevo texto. Alcanzados los límites de la mutación, la alteración debe ser procesada por reformas textuales que serán realizadas por el poder de reforma constitucional.²¹

Otra garantía del texto constitucional es el establecimiento de sistemas de control de constitucionalidad. Los presupuestos para la existencia de un sistema de control de constitucionalidad son la existencia de una constitución textual establecida y la rigidez de la constitución. Los sistemas de control dependen, por tanto, de las garantías descritas antes:

¹⁹ Cf. CECILIA JUDITH MORA-DONATTO, *EL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN NORMATIVA* (2002); y HANS KELSEN, *TEORIA GERAL DO DIREITO E DO ESTADO* (2005). El acto de creación del ordenamiento jurídico puede ser interpretado como: 1) el acto de creación de texto capaz de limitar el poder y establecer un orden justo pues será un orden de garantía de las libertades del hombre y de la mujer; 2) o puede ser un acto de creación global de un nuevo orden material y formal del superación total del antiguo. El primer caso es el acto de creación de la constitución de EUA; el segundo caso está próximo a la experiencia constitucional de Francia, después de la revolución. Cf. TONY JUDT, *PASSADO IMPERFEITO: UM OLHAR CRÍTICO SOBRE A INTELLECTUALIDADE FRANCESA NO PÓS-GUERRA* (2007); Cf. también *Constitution de la République Française* (1958). Disponible en: <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#titre_5>. Acceso em: 13 de enero de 2016; y *Constitution of the USA, 1787*. Disponible en: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html>. Acceso en: 10 de julio de 2017.

²⁰ Cf. CECILIA JUDITH MORA-DONATTO, *EL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN NORMATIVA* (2002).

²¹ Cf. Uadi Lamego Bulos, *Da Reforma à Mutação Constitucional*, 33 *REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA* 129 (1996); y CECILIA JUDITH MORA-DONATTO, *EL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN NORMATIVA* (2002).

rigidez y formalización en el texto legislado.²² Aun así, existen aspectos materiales y formales de control de constitucionalidad. Los aspectos materiales operan con la lógica de que los contenidos constitucionalizados son objeto de control por estimación de los contenidos políticos existenciales de un Estado, y de las normas fundamentales de derechos de las personas. Los aspectos formales también se refieren a la obediencia a estos mismos contenidos y formas estipulados en el texto constitucional. El incumplimiento de un orden constitucional es la producción de actos, conductas, comportamientos, o normas, que sean contrarios, contradictorios, o violadores de la constitución. Con este argumento central, ha de establecerse la hipótesis de que todos los sistemas constitucionales presentan algunos tipos de sistemas de control y preservación de su ordenamiento constitucional, aun cuando algunos se orienten más por garantías sociales, y algunos de manera más pronunciada se orienten hacia las garantías políticas de la constitución. En otras palabras, en algunos ordenamientos constitucionales existe protección constitucional a pesar de no existir un sistema de control de constitucionalidad.

²² La teoría constitucional, al abordar el fenómeno de la protección constitucional, si había una alta concentración de la utilización de esta expresión en los casos en los cuales algunos aspectos caracterizadores estén presentes. La expresión control de constitucionalidad es presentada como garantía jurídica eficaz de la constitución y solo puede ser utilizada esta expresión desde que se verifique la positivización de una constitución legislada y rígida. Esta concentración de las garantías en el control de constitucionalidad debe ser relativizada con la observación de algunos ordenamientos constitucionales históricos. Por ejemplo, el sistema constitucional británico presenta un destacado grado de estabilidad a pesar de la inexistencia de un texto orgánico, y también a pesar de la inexistencia de una estructura de superioridad formal jerárquica de la constitución. En el sistema británico, la materialidad constitucional se afirma como un conjunto social y político de garantía de la constitución. O, analizado de otra manera, con estimativas medidas de contenidos superiores del ordenamiento constitucional y no por determinación formal de superioridad. Eso es prueba de que sistemas constitucionales sin constituciones legisladas y rígidas no son desenfrenados ni inestables. Fuera de este contexto los sistemas de constituciones consuetudinarias y flexibles son sistemas “sin control”. Se debe entender que decir que son sistemas “sin control” significa decir que no hay un marco específico de un órgano y de un sistema procesal que sea capaz de establecer la validez/invalidéz, la compatibilidad/incompatibilidad de actos y de normas con la constitución. Sin rigidez la dinámica de alteración de la constitución es de flujo libre, sin formas diferenciadas. No existiendo formas diferentes, se altera la constitución por las transformaciones históricas, en las constituciones consuetudinarias, o por acción del legislador ordinario, en las constituciones legisladas sin rigidez.

Sin embargo, solo existe control de constitucionalidad, en sentido estricto y específico, con constituciones legisladas/orgánicas y con rigidez. Existe pues el presupuesto de que una constitución legislada es indispensable para que haya un orden textual y sistemática de la constitución, diferenciando esta norma de las demás, ya que solamente así el objeto del control es delimitado. Sin un orden formal de diversos textos normativos, organizando la constitución en un documento destacado, no es posible realizar un control de constitucionalidad. Está presente entonces el presupuesto de que la rigidez constitucional es el indicativo formal y procesal de distinción del texto constitucional en relación a los demás textos legislados. Una de las consecuencias de la rigidez es el establecimiento de una verdadera garantía constitucional jurídica para la preservación constitucional. Adicionalmente, la rigidez es presentada como presupuesto del sistema de control de constitucionalidad pues, sin texto destacado con una posición sistemática superior no hay como realizar control de constitucionalidad.²³

La anteriormente expuesta maximización de garantías constitucionales dada por las constituciones formales está también marcada por otro problema constatado en los tres siglos de existencia de constituciones legisladas: el grado de cohesión entre el texto y la materialidad. Las incongruencias entre lo formal y lo material son objeto de observación y problematización de la teoría y la historia constitucional, sirviendo como ilustración de esta discusión el texto clásico de Ferdinand Lassalle sobre la realidad de la constitución y los *factores reales de poder* y no necesariamente en el texto, que podría ser una mera *hoja de papel*.²⁴

El dilema entre la constitución formal y la constitución material también es expuesto por Konrad Hesse.²⁵ Es importante ver que la obra de Hesse parte de un problema: realmente hay posibilidades de

²³ Cf. LUÍS ROBERTO BARROSO, O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO: EXPOSIÇÃO SISTEMÁTICA DA DOUTRINA E ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA (2016); JORGE MIRANDA, TEORIA DO ESTADO E DA CONSTITUIÇÃO (2002); y GILMAR FERREIRA MENDES, DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (2012).

²⁴ Ferdinand Lassalle acuñó la expresión que sintetiza el dilema de la constitución formal al huir de la realidad de la constitución material en *Qué es una constitución: constitución como hoja de papel*, en sentido peyorativo, situación en la cual el texto no refleja lo material de la regulación de la sociedad. Cf. Iacir de Aguiar Vieira, *A essência da constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse*, 35 REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA 139 (1998); y FERDINAND LASSALLE, QUE É UMA CONSTITUIÇÃO? (1933).

²⁵ Cf. KONRAD HESSE, A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO (1991).

escisiones entre lo material y lo formal. La propuesta de Hesse es de superación de las escisiones, y no la negación de su existencia. El autor busca superar en la obra *Fuerza Normativa de la Constitución* el dilema entre lo formal y lo material, resaltando que no se puede despreciar el valor y la fuerza lógica de los textos normativos constitucionales, al mismo tiempo que no se puede prescindir de la materialidad en la que se contextualizan estos textos.²⁶

La posible incongruencia, diferencia o indiferencia entre lo formal y lo material es materia de estudio de la teoría constitucional de varias maneras: como un problema de eficacia, como un problema estructural del sistema constitucional, o inclusive como un problema de superioridad y determinación de lo material sobre lo formal. En condiciones ideales de realización del proyecto constitucional, lo formal y lo material deberían tener absoluta concordancia práctica. La realidad de dos siglos de constitución no confirma este planteamiento.

Las relaciones entre la constitución formal y la constitución material son multimodales y múltiples, propias de las relaciones entre el texto y la realidad y de todas las creaciones imaginadas del hombre y de la mujer. Las constituciones formales guardan autonomía y son actos de emancipación en relación a los órdenes materiales no escritos, o esencialmente orales, o inclusive escritos mas no legislados sin embargo no autónomas y ni autosuficientes. La demostración de esta realidad de las relaciones entre lo material y lo formal fue realizada, como se ha indicado anteriormente, tanto por las observaciones de la historia constitucional, como por la teoría constitucional. Y esta observación fue realizada con una serie de consideraciones críticas y que dan muestra de tensiones existentes entre las dos realidades. Más allá de ello, la realización de la congruencia entre lo formal y lo material da lugar a las preguntas: ¿Hay realización de la normatividad constitucional en los textos legislados, y en qué medida? ¿Hay una brecha entre el orden formal y el orden material, asumiendo incluso, en algunos casos, carácter antinómico entre lo formal y lo material? ¿Adicionalmente a los posibles casos de antinomia entre lo formal y lo material, la prevalencia del orden material genera ineficacia del texto legislado? Y específicamente, en el propósito de este artículo, ¿Cómo los sistemas de control se han ocupado de la función de garantía y congruencia entre lo formal y lo material?

²⁶ Cf. Iacir de Aguilar Vieira, *A essência da constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse*, 35 REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA 139 (1998); y KONRAD HESSE, *A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO* (1991).

III. EL BALANCE DE LAS CONSTITUCIONES FORMALES

La observación del hecho constatado por Ferdinand Lassalle y Konrad Hesse, la posible brecha entre la constitución formal y la constitución material, puede ser realizada por análisis histórico del constitucionalismo.²⁷ Simultáneamente, el análisis de esta ruptura puede ser realizado por la contextualización de las teorías de la constitución en estos dos siglos. Así, en esta sección del texto se parte del análisis de las primeras constituciones legisladas de los siglos XVIII, EUA, Polonia, Francia²⁸, y se continúa hacia los textos del siglo XX, con algunas intersecciones sobre la producción teórica de esta evolución.

Una observación histórica relevante, ahora observando las constituciones legisladas y orgánicas, es que el surgimiento del constitucionalismo legislado y rígido se hace con textos de ruptura con ordenamientos anteriores. Estas rupturas se caracterizan por enunciados de surgimiento de un nuevo orden en contraposición a los ordenamientos normativos anteriores. Este carácter de ruptura puede ser detectado al pasar por algunos de los preámbulos de declaraciones y constituciones, como la Declaración de los Derechos del Hombre de Virginia, la Constitución de los EUA, la Constitución de Polonia de 1791, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y la Constitución Francesa de 1791:

A DECLARATION OF RIGHTS made by the representatives of the good people of Virginia, assembled in full and free convention which rights do pertain to them and their posterity, as the basis and foundation of government.²⁹

We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union,

²⁷ Cf. FERDINAND LASSALLE, *QUE É UMA CONSTITUIÇÃO?* (1933); y KONRAD HESSE, *A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO* (1991).

²⁸ Consideradas las tres como las primeras constituciones legisladas, Cf. Kim Lane Scheppele, *Perspectives on the Constitution: Constitutions around the World*, HISTORICAL DOCUMENTS – NATIONAL CONSTITUTION CENTER (2016). Disponible en: <<https://constitutioncenter.org/learn/educational-resources/historical-documents/perspectives-on-the-constitution-constitutions-around-the-world>>. Acceso en: 10 julio de 2017.

²⁹ Cf. Virginia Declaration of Rights, 1776. Disponible en: <<http://constitutioncenter.org/learn/educational-resources/historical-documents/the-virginia-declaration-of-rights>>. Acceso em: 14 de junio de 2016.

establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.³⁰

In the name of God, One in the Holy Trinity. Stanisław August, by the grace of God and the will of the people King of Poland and Grand Duke of Lithuania, Ruthenia, Prussia, Mazowsze, Zmudź [Samogitia], Kiev, Wołyń [Volhynia], Podole, Podlasie, Livonia, Smolensk, Severia and Chernihiv, together with the confederated estates in dual number representing the Polish people. Recognizing that the destiny of us all depends solely upon the establishment and perfection of a national constitution, having by long experience learned the inveterate faults of our government, and desiring to take advantage of the season in which Europe finds itself and of this dying moment that has restored us to ourselves, free of the ignominious dictates of foreign coercion, holding dearer than life, than personal happiness the political existence, external independence and internal liberty of the people whose destiny is entrusted to our hands, and desiring to merit the blessing and gratitude of contemporary and future generations, despite obstacles that may cause passions in us, we do for the general welfare, for the establishment of liberty, for the preservation of our country and its borders, with the utmost constancy of spirit ordain this Constitution and declare it to be entirely sacred and inviolable until the people, at the time by law prescribed, by their clear will recognize a need to alter any of its articles. To which Constitution the further statutes of the present Sejm shall apply in everything.³¹

Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs; afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés; afin que les réclamations des

³⁰ Cf. Constitution of the USA, 1787. Disponible en: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html>. Acceso en: 10 de julio de 2017.

³¹ Cf. Poland Constitution of May 3, 1791. Disponible en: <<http://www.polishconstitution.org/index1.html>>. Acceso en: 10 de julio de 2017.

citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous. En conséquence, l'Assemblée Nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l'Être suprême, les droits suivants de l'Homme et du Citoyen.³² L'Assemblée nationale voulant établir la Constitution française sur les principes qu'elle vient de reconnaître et de déclarer, abolit irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits. - Il n'y a plus ni noblesse, ni pairie, ni distinctions héréditaires, ni distinctions d'ordres, ni régime féodal, ni justices patrimoniales, ni aucun des titres, dénominations et prérogatives qui en dérivent, ni aucun ordre de chevalerie, ni aucune des corporations ou décorations, pour lesquelles on exigeait des preuves de noblesse, ou qui supposaient des distinctions de naissance, ni aucune autre supériorité, que celle des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions. - Il n'y a plus ni vénalité, ni hérédité d'aucun office public. - Il n'y a plus, pour aucune partie de la Nation, ni pour aucun individu, aucun privilège, ni exception au droit commun de tous les Français. - Il n'y a plus ni jurandes, ni corporations de professions, arts et métiers. - La loi ne reconnaît plus ni vœux religieux, ni aucun autre engagement qui serait contraire aux droits naturels ou à la Constitution.³³

Estas rupturas se concretizan por enunciados de surgimiento de un nuevo ordenamiento y con una correspondiente nueva funcionalidad normativa para el nuevo ordenamiento que se instala. Así, las constituciones legisladas del siglo XVIII y del siglo XIX son revolucionarias en relación al antiguo régimen, y son anunciadoras de un nuevo orden en al referido a la organización del Estado.³⁴ Una prueba de la eficacia y de la realización de las constituciones formales puede ser hecha por el análisis de los textos de inauguración del constitucionalismo, del siglo XVIII, pasando por los textos de teoría constitucional de los siglos XIX y XX, analizando como a propuesta del programa de creación de un nuevo orden jurídico efectivamente se realizó. El dato es que los

³² Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Disponible en: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>>. Acceso em: 18 de junio de 2016.

³³ Constitution de 1791, France. Disponible en: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html>>. Acceso em: 12 de junio de 2016.

³⁴ Cf. CECILIA JUDITH MORA-DONATTO, EL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN NORMATIVA (2002).

ordenamientos normativos constitucionales rompieron con los ordenamientos antecesores. El punto crítico es saber si esta ruptura fue acompañada de la efectuación de la nueva funcionalidad constante de los textos.

El punto crítico de esta naturaleza dual de las constituciones abordada en la parte anterior, de anuncio de ruptura y al mismo tiempo, programa de nueva era, es explorado con la indagación de si los textos realmente consolidaron este programa de un nuevo orden de organización del Estado. Algunos de los fundamentos teóricos de las constituciones legisladas que surgen a partir del siglo XVIII toman como patrón de organización del Estado la constitución material inglesa.³⁵ La adopción de este modelo muestra que la fuerza normativa de las constituciones era vista como algo que estaba asentado en fuerzas políticas y sociales más allá de la constitución legislada. La normatividad constitucional tenía un presupuesto simbólico documental que era la constitución legislada pero se afirmaba en una organización de órganos estatales, y en el funcionamiento de estos órganos estatales, que eran concebidos por fuerzas materiales del parlamento y el ejecutivo.³⁶

Montesquieu fue el teórico de la partición funcional de los órganos estatales, modelo adoptado por las constituciones legisladas a partir del siglo XVIII.³⁷ El modelo que él describe como la forma ideal de participación de poderes en *El espíritu de las leyes*, los dos órganos del ejecutivo, el judicial y el ejecutivo propiamente dicho, y el legislativo, toma por base el modelo de una constitución no legislada, no rígida: la constitución inglesa.³⁸ Montesquieu sustenta que las garantías de libertad política están establecidas en las leyes inglesas y que esta libertad política en ellas estampada tiene naturaleza material y teleológica. La finalidad de la constitución inglesa es la propia libertad política y esta libertad no está enunciada en el texto legislado.

Las consecuencias del pensamiento de Montesquieu para las constituciones legisladas son la adopción del modelo de divisiones funcionales pero con los siguientes matices: las constituciones legisladas anuncian en el texto el nuevo sistema de órganos estatales como una ruptura con el orden absolutista anterior; el funcionamiento de estos órganos se hará por determinados objetivos que son, en gran medida dictados por elementos materiales de conformación y no por aquello que

³⁵ Cf. JOHN LOCKE, DOIS TRATADOS SOBRE O GOVERNO (1998); y CHARLES HOWARD MCILWAIN, CONSTITUTIONALISM: ANCIENT AND MODERN (1958).

³⁶ Cf. CECILIA JUDITH MORA-DONATTO, EL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN NORMATIVA (2002).

³⁷ Cf. CHARLES LOUIS DE SECONDAT, BARÓN DE MONTESQUIEU, O ESPÍRITO DAS LEIS (2001).

³⁸ Cf. CHARLES LOUIS DE SECONDAT, BARÓN DE MONTESQUIEU, O ESPÍRITO DAS LEIS (2001).

está en la constitución formal. Otro aspecto a ser destacado es que el elemento teleológico de la constitución inglesa descrito por Montesquieu es una idea material de constitución, antes que una suposición de que el texto formal dé la naturaleza de un orden estatal. Es la teleología del ordenamiento estatal, de la sociedad y de sus órganos políticos, lo que dictará la organización política.³⁹

Benjamin Constant también describe la forma ideal de organización política del Estado y otra vez, el modelo adoptado es aquel de la constitución inglesa.⁴⁰ La preocupación de Constant de que la soberanía legisladora del parlamento no violase las libertades del hombre conduce al autor a la sugestión de una cuarta sección funcional del Estado, el poder moderador. Constant se inspira en la monarquía británica, en el modelo de constitución material inglesa para describir y sugerir la forma ideal de organización del Estado con esta cuarta sección de garantía. Nuevamente, el elemento que debe presidir la conformación del orden constitucional, según Constant, es el elemento material, de preservación de las libertades del hombre en confrontación con la acción del estado.

La preocupación de Benjamin Constant con relación al poder de las mayorías parlamentarias fue, contrario a su querer, realizado en gran parte del siglo XIX. El siglo XIX fue el siglo de afirmación de las *constituciones legales*. La práctica de funcionamiento de las instituciones era que el legislador del ejecutivo y del legislativo concretizaban y colocaban en ejecución la constitución. Esta práctica indicaba el vaciado de contenido del texto legislado de la constitución como fuerza normativa que incorporaba la voluntad del legislador ordinario para *decir aquello que la constitución decía*. El funcionamiento de este mecanismo de legislar para realizar la constitución da muestra de que la constitución material era fuerte para determinar cuáles direcciones normativas el proyecto político debería seguir y no así la constitución formal.⁴¹ Las constituciones revolucionarias de finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX fueron impregnadas del ideal político iusnaturalista de superación del pasado absolutista. Realmente, las constituciones formales de los siglos XVIII y XIX afirmaban su naturaleza política en prejuicio de su naturaleza

³⁹ Cf. M.J.C. VILE, *CONSTITUTIONALISM AND SEPARATION OF POWERS* (1998). Disponible en: <<http://oll.libertyfund.org/titles/vile-constitutionalism-and-the-separation-of-powers>>.

Acesso en: 10 de julio de 2017.

⁴⁰ Cf. BENJAMIN CONSTANT, *PRINCIPES DE POLITIQUE, APPLICABLES À TOUS LES GOUVERNEMENTS REPRÉSENTATIFS ET PARTICULIÈREMENT À LA CONSTITUTION ACTUELLE DE LA FRANCE* (1815).

⁴¹ Cf. CECILIA JUDITH MORA-DONATTO, *EL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN NORMATIVA* (2002).

jurídico-normativa.⁴² La materialidad del nuevo orden político era la constitución del legislador y esta resultó en el avance de la constitución como producto de la mayoría parlamentaria, o de las monarquías constitucionales y con la consecuente mitigación del papel normativo y jurídico de las constituciones.⁴³

El positivismo constitucional en la mitad final del siglo XIX realzó el papel de la constitución legislada pero tomó como presupuesto la constitución como norma editada por el Estado, de autolimitación de los poderes.⁴⁴ No obstante aunque el positivismo constitucional realzara el papel de la constitución formal, buscaba el fundamento de la legitimación en un elemento material de la constitución: un orden jurídico soberano históricamente situado.⁴⁵ Los esquemas teóricos de Jellinek superaban el contractualismo iusnaturalista abstracto, y hacían reposar el derecho constitucional puesto en la historia de un pueblo, lo que obviamente supone que el elemento material que determina los derechos fundamentales y la organización del Estado.⁴⁶ El derecho es creación cultural que gana expresión en el texto legislado por el Estado. Como resultado, las constituciones asumen un sentido jurídico-normativo más pronunciado y un decrecimiento de la naturaleza anterior de mera enunciación política desprovista de normatividad vinculante.

En el final del siglo XIX, Lassalle acentúa esta visión de constitución como algo dado, objetivo, históricamente situado, pero contrario a Jellinek que encuentra fundamentos históricos como base de la constitución formal.⁴⁷ Lasalle coloca la constitución formal como mera

⁴² Esta realidad puede ser una explicación parcial del porqué el sistema mixto de la constitución brasilera de 1824 empleaba la garantía de rigidez solamente en la parte da constitución. A la parte restante, de naturaleza igual a la de norma ordinaria: “Art. 178. É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias”.

⁴³ Cf. Maurizio Fioravanti, *As Doutrinas da Constituição em Sentido Material*, 4 REVISTA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS, HERMENÊUTICA E TEORIA DO DIREITO 2 (2012); JOHN STUART MILL, *O GOVERNO REPRESENTATIVO* (2006); y GUSTAVO ZAGREBELSKY, *EL DERECHO DÚCTIL: LEY, DERECHOS, JUSTICIA* (2008).

⁴⁴ Cf. GEORG JELLINEK, *TEORÍA GENERAL DEL ESTADO* (2002).

⁴⁵ Cf. Maurizio Fioravanti, *As Doutrinas da Constituição em Sentido Material*, 4 REVISTA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS, HERMENÊUTICA E TEORIA DO DIREITO 2 (2012).

⁴⁶ Cf. GEORG JELLINEK, *TEORÍA GENERAL DEL ESTADO* (2002).

⁴⁷ Cf. FERDINAND LASSALLE, *QUE É UMA CONSTITUIÇÃO?* (1933); y GEORG JELLINEK, *TEORÍA GENERAL DEL ESTADO* (2002).

determinación textual de la organización material. La constitución formal es el reflejo luminoso del orden material de los factores reales de poder. Como la constitución formal es una manifestación compacta del orden material, esta es un mero indicio o vestigio del orden material, inclusive pudiendo ser una *mera hoja o pedazo de papel*. La imagen que la constitución formal refleja puede ser una imagen más amplia que la original, como la de un espejo convexo, o una imagen más reducida que la original, como un espejo cóncavo. Para que la constitución formal sea un espejo que ofrezca un reflejo no tergiversado de lo que refleja, la constitución formal deberá abandonar la pretensión programática y conformarse con la naturaleza de ser la descripción del orden material.⁴⁸

Las constituciones formales surgieron como producto de las revoluciones liberales, sustentadas en concepciones iusnaturalistas de los textos constitucionales. El racionalismo abstracto del iusnaturalismo representó la superación del orden anterior, en parte todavía marcado por formas de organización política sustentadas por elementos comunitarios y familiares. La asunción de nuevas formas políticas, el Estado moderno, es armonioso con el constitucionalismo legislado. El constitucionalismo supone que el orden formal de las situaciones fuese capaz de acomodar la vida de los individuos (el individuo y ya no el clan, la tribu, la familia, la aldea) a la organización social que contemplaba otras dos instancias: el mercado y el Estado.⁴⁹ Las constituciones legisladas de los siglos XVIII y XIX procuraban garantizar la protección de la esfera de derechos del individuo, especialmente delante de la nueva fuerza soberana del Estado. La visión del papel de las constituciones como reguladoras del mercado se tornó en la gran laguna de las constituciones de los siglos pasados: el mercado era regulado por organización material que dispensaba de regulación constitucional; el poder económico no era objeto de regulación y normativización constitucional. Así, enormes campos de la vida social se mantuvieron al margen de la regulación jurídica como si fuese la economía un orden material intangible a la fuerza de las normas constitucionales.⁵⁰

Las ideas de contrato social abstracto como base de la constitución, las ideas del poder constituyente como expresión de nación, las ideas del

⁴⁸ Cf. FERDINAND LASSALLE, *QUE É UMA CONSTITUIÇÃO?* (1933). Esta concepción tendrá fuerte impacto y será el fundamento teórico del constitucionalismo en los regímenes marxistas leninistas.

⁴⁹ Cf. YUVAL NOAH HARARI, *SAPIENS: UMA BREVE HISTÓRIA DA HUMANIDADE* (2015).

⁵⁰ Cf. WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA, *TEORIA DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA* (2002); y ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *ESCRITOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES* (1993).

poder constituyente como expresión de un pueblo históricamente construido en la nación, son superadas por el nomativismo de Kelsen.⁵¹ El normativismo kelseniano refuerza la naturaleza formal del texto, como fundamento jurídico de un sistema normativo del derecho. Sin embargo, justamente la escisión del deber ser y de ser, de la teoría pura del derecho, resalta la naturaleza material de la constitución. El corte entre la ciencia del derecho y el derecho como propuesta de Kelsen, acentúa que el proceso de creación de normas, la creación de la constitución, son acciones marcadas por disputas, intereses, consensos y disensos. El proceso de creación de la constitución es coloidal, con grupos e intereses que en determinado momento asumirán la potencia de edición de la norma constitucional.

En los capítulos sobre la interpretación del texto de Kelsen, es que se refuerza la idea de que la interpretación se hace en el sistema de la constitución formal con la consciencia de que el texto fue producido por dispersión de fuerzas que se solidificaron en este mismo texto. El intérprete aplica el derecho establecido, la constitución formal, con el conocimiento de que el ordenamiento normativo establecido tiene antecedentes políticos y sociológicos, aun cuando haga una aplicación con racionalidad distinta a aquella de los elementos sociológicos y políticos, asumiendo el ordenamiento normativo como una imposición de la autoridad competente: el poder constituyente.⁵²

En el siglo XX, así como Kelsen, Carl Schmitt, abandona los postulados del racionalismo abstracto del constitucionalismo iusnaturalista, también abandona el positivismo constitucionalista estatal y acentúa el carácter material de la constitución como decisión política fundamental. En Schmitt, la constitución formal es resultado de diferentes elecciones y decisiones políticas. Esto es tan cierto que la constitución formal puede presentar dos segmentos diferentes, según Schmitt: aquella parte que expresa las decisiones políticas fundamentales, la constitución *en sentido positivo*; aquella parte que presenta contenidos ordinarios, distantes del contenido de decisión política fundamental y *son*

⁵¹ Cf. THOMAS HOBBS, LEVIATHAN (1909). Disponible en: <<http://oll.libertyfund.org/titles/hobbes-leviathan-1909-ed>>. Acceso en: 10 de julio de 2017; JEAN-JACQUES ROUSSEAU, DO CONTRATO SOCIAL E DISCURSO SOBRE A ECONOMIA POLÍTICA (1981); HANS KELSEN, TEORIA GERAL DO DIREITO E DO ESTADO (2005); HANS KELSEN, A DEMOCRACIA (1993); y Maurizio Fioravanti, *As Doutrinas da Constituição em Sentido Material*, 4 REVISTA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS, HERMENÊUTICA E TEORIA DO DIREITO 2 (2012).

⁵² Cf. HANS KELSEN, TEORIA GERAL DO DIREITO E DO ESTADO (2005).

leyes constitucionales.⁵³ La decisión política fundamental no es necesariamente aquello puesto en las codificaciones constitucionales legisladas pero reposa, según Schmitt, en elementos que van más allá de formalización parlamentaria del derecho y si en decisión política soberana.⁵⁴

Durante el siglo XX la discrepancia entre las constituciones formales y materiales aparece con varios otros síntomas en la historia constitucional: la rigidez constitucional no fue capaz de mantener la estabilidad constitucional. En el siglo XX, las constituciones formales fueron sustituidas por muchas revoluciones jurídicas lo que significa que la permanencia de los textos no era realizada por el propio sistema de garantías de las constituciones, que sería el sistema de reforma constitucional. A cada nueva orden funcional del sistema político, económico y social, las respuestas fueron, en muchos Estados, la revolución jurídica y no la reforma de los textos. En muchos otros casos la revolución jurídica se dio por manutención de textos constitucionales con el funcionamiento simultáneo de normas paralelas o de suspensión de la vigencia de parte o de todo el texto constitucional. Los Estados excepcionales fueron expedientes de larga ocurrencia durante el siglo XX representando una buena parte de la experiencia constitucional.⁵⁵

Las materias constitucionales de derechos fundamentales presentaron un déficit significativo en las experiencias constitucionales del siglo XX: incapacidad de la tutela efectiva de los derechos fundamentales en varios estados de constitución legislada; incapacidad de efectución y del establecimiento de derechos económicos y de protección material en varios Estados y también de un programa mundial de derechos humanos económicos y sociales.⁵⁶ De otra manera la distancia entre lo material y lo formal puede ser ilustrado de la siguiente manera: las normas de regulación del poder económico, típicas de los textos constitucionales del

⁵³ Cf. CARL SCHMITT, *POLITICAL THEOLOGY: FOUR CHAPTERS OF THE CONCEPT OF SOVEREIGNTY* (1985); y CARL SCHMITT, *TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN* (1996).

⁵⁴ Cf. CARL SCHMITT, *TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN* (1996).

⁵⁵ Cf. PAULO BONAVIDES & PAES DE ANDRADE, *HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DO BRASIL* (2000); e Maurizio Fioravanti, *As Doutrinas da Constituição em Sentido Material*, 4 *REVISTA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS, HERMENÊUTICA E TEORIA DO DIREITO* 2 (2012).

⁵⁶ Cf. LUIGI FERRAJOLI, *Derechos Fundamentales*, in *LOS FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES* (Luigi ferrajoli et al. eds., 2009); LUIGI FERRAJOLI, *LOS FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES* (2001); y Fábio Lima Quintas, *Juízes-Administradores: a Intervenção Judicial na Efetivação dos Direitos Sociais*, 53 *REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA* 209 (2016).

siglo XX, no son efectivas o en muchos casos, las normas de tutela del poder económico son tutelares del poder económico del Estado y no de los derechos fundamentales de los hombres.⁵⁷ Por eso, por ejemplo, Carvalhosa hace distinción entre Estados con fines sociales y Estados con fines económicos.⁵⁸ Los segundos tienen la política económica de la constitución orientados a la realización de los fines del Estado y no a la tutela de derechos fundamentales económicos.⁵⁹

Constantes violaciones de derechos políticos, inclusive con frustraciones del texto legislado en la garantía de las libertades políticas, fueran registradas en varios Estados durante los siglos XIX y XX. El modelo representativo solo se afirma a partir de la década de los 90 en el siglo XX.⁶⁰ Distanciamiento crítico entre el texto y el contexto constitucional ocurrió con la proliferación de constituciones analíticas y con la prolijidad de los textos constitucionales. El recrudescimiento del carácter analítico de las constituciones se hace sentir con la mayor producción de reformas constitucionales, tocando asuntos que no dicen respecto a las premisas de organización del Estado con reformas de leyes constitucionales o de normas constitucionales formales y no materialmente constitucionales.⁶¹ Este aspecto no es contradictorio con el escenario descrito en los ítems anteriores, ya que el límite de la proliferación de enmiendas es el límite de sobrevivencia de aquel orden constitucional a la política, económica y social. Lo que muestra la experiencia constitucional del siglo XX es que este límite de sobrevivencia fue transpuesto por revoluciones jurídicas con relativa facilidad en la

⁵⁷ Cf. Almir de Oliveira, *Os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Direito Brasileiro*, 22 REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA 88 (1995); y Washington Peluso Albino de Souza, *Repressão ao Abuso do Poder Econômico e Direitos Humanos*, 28 REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA 112 (1991).

⁵⁸ Cf. MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA, *DIREITO ECONÔMICO: OBRAS COMPLETAS* (1973).

⁵⁹ Mark Mazower hace el mismo análisis de los sistemas económicos del este europeo, las democracias populares resultantes del marxismo leninismo. Una política económica vaciada a los fines del Estado y no a los derechos fundamentales. Cf. MARK MAZOWER, *CONTINENTE SOMBRIO: A EUROPA NO SÉCULO XX* (2001).

⁶⁰ Cf. PHILIP BOBBITT, *A GUERRA E A PAZ NA HISTÓRIA MODERNA: O IMPACTO DOS GRANDES CONFLITOS E DA POLÍTICA NA FORMAÇÃO DAS NAÇÕES* (2003).

⁶¹ La experiencia brasilera de reformas constitucionales es ilustrativa: 97 enmiendas constitucionales, entre enmiendas comunes y enmiendas de revisión, de 1988 a mayo de 2016. En 27 años y 8 meses de vigencia constitucional la media es de una enmienda cada 3.42 meses.

historia de muchos Estados.⁶²

Los modelos alternativos al constitucionalismo liberal, inclusive al constitucionalismo social del siglo XX, que procuraron la moda diversa a la superación del dilema entre constitución material y constitución formal, no presentaron solución de continuidad. El modelo de constitucionalismo soviético y derivados presentaba la propuesta de una constitución descriptiva de la organización material – económica – de la sociedad, sin discrepancias entre el texto y la base material. El modelo se agotó justamente con el ocaso de los regímenes políticos que sustentaban este modelo.

Otro modelo fue el del constitucionalismo dirigente. En el caso del constitucionalismo dirigente y programático que postulaba un concierto dirigente entre la constitución formal y la transformación material de la sociedad⁶³, el agotamiento se mostró ejemplar en la extinción del Estado Yugoslavo y en los desdoblamientos adaptativos de la constitución portuguesa del 1976. La constitución portuguesa perdió el acento programático y dirigente inicial, sea por mudanzas de reforma constitucional, o por un funcionamiento del orden material diverso a aquel planteado en la disposición formal.

IV. SISTEMAS DE CONTROL Y GARANTÍAS DE LA CONSTITUCIÓN

En la sección anterior fue posible evidenciar la evolución de las constituciones en los siglos XVIII, XIX y XX, y la brecha entre propuesta formal y realización del orden material. Cabe ahora analizar el punto crítico de, si los sistemas de control de constitucionalidad son formas de protección y de realización de la constitución, en los nuevos tiempo de la existencia de este sistema. Todavía como complemento, es viable analizar si este sistema fue eficiente en la superación de la distancia entre lo formal y lo material.

Los sistemas de control de constitucionalidad solo se afirmaron en el siglo XX. Durante el siglo XIX la experiencia de sistemas de control de constitucionalidad con medios jurídicos efectivos para la protección constitucional fue algo dividido. La experiencia de los EUA fue precoz

⁶² Cf. EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS, QU'EST-CE QUE LE TIERS ÉTAT? (2002). Disponible en: <<http://www.leboucher.com/pdf/sieyes/tiers.pdf>>. Acceso en: 10 de julio de 2017; y CECILIA JUDITH MORA-DONATTO, EL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN NORMATIVA (2002).

⁶³ Cf. Gilberto Bercovici, *A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*, 36 REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA 142 (1999).

(*Marbury v. Madison*, 1803⁶⁴) y también solitaria, durante buena parte de la experiencia del llamado periodo de las constituciones legales.⁶⁵ El advenimiento de los sistemas de control a lo largo del siglo XIX se dio por adopción mimética, y muchas veces poco productiva, del sistema de control de los EUA a sistemas jurídicos bastante diferentes del estadounidense.⁶⁶ Y esta adhesión es más profunda a partir de la mitad final del siglo XIX, y no después de *Marbury v. Madison*.⁶⁷ El sistema europeo de control de constitucionalidad es posterior al sistema de los EUA y tuvo una construcción paulatina, con mayor destaque en el siglo XX. La creación europea se dio por acción constituyente originaria y recayó la preferencia por sistemas abstractos y concentrados de control, con alguna distancia del sistema de los EUA.⁶⁸

En el caso de los EUA, ha de decirse que el propio control judicial surgió por desdoblamiento materiales, antes de que cualquier previsión normativa textual de la constitución. No obstante exista una concurrida discusión sobre la previsión general de un control de constitucionalidad, ya en los escritos federalistas, la verdad es que en el texto constitucional nada se dice sobre esto. O sobre la Corte Suprema como órgano de control.⁶⁹ La producción de *Marbury v. Madison* es desarrollo dado más por enfrentamientos de fuerzas políticas que una previsión del constituyente originario.⁷⁰ Se puede decir que el control surge de la definición política de algunos grupos, de evitar la prominencia del legislador en la concretización de la constitución. La definición del control judicial fue una forma de evitar la asunción del legislativo y también del

⁶⁴ Cf. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

⁶⁵ Cf. GUSTAVO ZAGREBELSKY, EL DERECHO DÚCTIL: LEY, DERECHOS, JUSTICIA (2008).

⁶⁶ El sistema de control de los EUA encontró buena recepción mimética en los países americanos en función de la ascendencia de este modelo constitucional en las repúblicas de América.

⁶⁷ Cf. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

⁶⁸ Cf. Universidade Gama Filho, Grupo de Estudos a Jurisdição Constitucional e a Democracia, *Da Vontade do Legislador ao Ativismo Judicial: os impasses da Jurisdição Constitucional*, 40 REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA 160 (2003); y Andreo Aleksandro Nobre Marques, *Evolução do Instituto do Controle de Constitucionalidade no Brasil: da Constituição Imperial à Emenda Constitucional nº 45/2004*, 43 REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA 170 (2006).

⁶⁹ Cf. ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON & JOHN JAY, THE FEDERALIST PAPERS (1952).

⁷⁰ Cf. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803); Marcelo Casseb Continentino, *História do Judicial Review: o Mito de Marbury*, 53 REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA 209 (2016); y David Engdahl, *John Marshall's "Jeffersonian" Concept of Judicial Review*, in JUDICIAL REVIEW AND JUDICIAL POWER IN THE SUPREME COURT (Kermit Hall ed., 2000).

ejecutivo de Jefferson, en la concretización de la constitución. De manera sintética, el control de constitucionalidad de los EUA es creación del orden material, antes que del orden constitucional formal.⁷¹

Uno de los dilemas de los sistemas de control de constitucionalidad se encuentra en la definición sobre cual órgano realizará el control. El modelo de los EUA realizó la judicialización del sistema de control⁷², experiencia que no fue adoptada igualmente en otros estados.⁷³ Hay sistemas que mantienen el control en órganos de composición legislativa o ejecutiva, o más comúnmente de ambos.⁷⁴ La razón es el hecho de que la invalidación de una norma por una supuesta inconstitucionalidad ha de ser producida por un órgano con una legitimidad equivalente a la de aquel que produjo la norma inconstitucional.

En el siglo XX, tuvo lugar la restauración en algunos sistemas de órganos de control con combinación de características o fórmulas mixtas.⁷⁵ En los aspectos formales de procesamiento, los sistemas tienden a adoptar los parámetros de caso/litigio, con las reglas esenciales del proceso judicial y no de los procesos políticos de debate, convencimiento y deliberación, por otro lado, los sistemas han adoptado la estructura orgánica de las entidades de control como estructura diferente a la del órgano judicial. Así, los órganos son formados por figuras juzgadoras con un modo de proceder similar al modo de proceder judicial, pero, simultáneamente, los juzgadores de estos órganos son detentores de mandato e investidos de su poder con posterioridad de la aprobación de

⁷¹ Cf. PHILIP BOBBITT, *THE FATE OF CONSTITUTION: THEORY OF THE CONSTITUTION* (1982); y Marta Suzana Lopes Vasconcelos, *O Estado de Direito e o Poder Judiciário*, 50 *REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA* 200 (2013).

⁷² Cf. Jack Norman Rakove, *The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts*, 49 *STANFORD LAW REVIEW* 5 (1997).

⁷³ Disponible en:

<<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/le-conseil-constitutionnel.96564.html>>. Acceso em: 14 de junio de 2016.

⁷⁴ Disponible en:

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Homepage/homepage_node.html>. Acceso em: 14 de junio de 2016.

⁷⁵ Cf. Pasquale Pasquino, *Le Contrôle de Constitutionnalité: Généalogie et Morphologie*, *LES CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL*, N° 28 (Dossier "L'Histoire du Contrôle de Constitutionnalité", 2010). Disponible en: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-28/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-28.45854.html>>. Acceso en: 10 de julio de 2017.

órganos políticos y no por el resultado de una carrera judicial.⁷⁶

Los sistemas de control todavía están en proceso de formación de entendimiento sobre el alcance del concepto de invalidación de norma. Hay situaciones en las que la simple declaración de invalidez es suficiente para la protección del orden constitucional. Así, surgen decisiones con carácter propositivo o casi legislador lo que genera otro problema⁷⁷: la crisis del sistema de división funcional, encargándose el órgano de control de función legislativa, con el perjuicio del legislador original – ejecutivo y legislativo.⁷⁸ En otras situaciones, el control establece mitigaciones de invalidez con la definición de efectos temporalmente limitados, desde la sentencia o en una fecha futura.

Otro aspecto interesante de los sistemas de control es el de los límites de actuación como órganos controladores de normas. Muchos sistemas adoptan la posibilidad de que actos o conductas comportamentales también sean objeto de control en alguna medida.⁷⁹ Esto se da con la ampliación de la competencia del sistema de control, que deja de ser un órgano de control de normas para ser también un órgano fiscalizador de acciones.⁸⁰

Se entrevisté la capacidad de los sistemas de control de constitucionalidad en garantizar el orden material y el orden formal de

⁷⁶ Disponible en:

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Homepage/homepage_node.html>.

Acesso em: 14 de junio de 2016; CORTE COSTITUZIONALE, CHE COSA È LA CORTE COSTITUZIONALE (2012). Disponible en:

<http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Cc_Checosa_2012.pdf>.

Acesso en: 10 de julio de 2017.

⁷⁷ Cf. Geraldo Ataliba, *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, 31 REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA 121 (1994).

⁷⁸ Cf. M.J.C. VILE, CONSTITUTIONALISM AND SEPARATION OF POWERS (1998). Disponible en:

<<http://oll.libertyfund.org/titles/vile-constitutionalism-and-the-separation-of-powers>>.

Acesso en: 10 de julio de 2017.

⁷⁹ La argumentación de incumplimiento del precepto fundamental y la representación interventora, en el sistema brasileiro, son dos ejemplos. Las dos admiten que el control se haga sobre conductas o actos, y no necesariamente sobre normas. Con esto, se controla si el acto o conducta está de acuerdo con la constitución y no si la norma es con ella compatible.

⁸⁰ Cf. Pasquale Pasquino, *Le Contrôle de Constitutionnalité: Généalogie et Morphologie*, LES CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, N° 28 (Dossier “L’Histoire du Contrôle de Constitutionnalité”, 2010). Disponible en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-28/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-28_45854.html>. Acesso en: 10 de julio de 2017.

las constituciones. Con la ocurrencia de varias revoluciones jurídicas, los sistemas de control de constitucionalidad ganan consistencia incluso para tutelar el posible conflicto que pueda presentarse entre las normas constitucionales e infra constitucionales, ya que el texto parámetro de un orden constitucional no consigue una existencia por tiempo suficiente que dé cabida a la formación de jurisprudencia constitucional. La verdad es que los órganos de control, en las experiencias de revolución jurídica, no consiguen ejercer prerrogativas y su funcionalidad es prácticamente nula, lo cual no aprovecha en nada su fuerza jurídica o política de contención, resistencia o tentativa de preservación del orden que sucumbe.

Los sistemas de control se encuentran en maduración de los aspectos macrojurídicos o microjurídicos de la vigilancia de la constitucionalidad.⁸¹ El sistema original de los EUA operó con la declaración de inconstitucionalidad en un caso concreto, que por ascensión gracias a recurso, es de conocimiento de la Corte Suprema, o inclusive puede ser el caso mismo de su competencia originaria. En el sistema estadounidense, el carácter de paradigma del caso sirve a la configuración de la decisión del caso concreto, la *ratio decidendi*, como norma general a los demás casos. El caso opera como norma general a partir de la decisión. En los sistemas europeos continentales la decisión sobre el alcance de los efectos se hace por determinación legal y no por característica estructural del sistema.⁸² Así, las decisiones de control pueden ser limitadamente microjurídicas, alcanzando solamente a los litigantes, o macrojurídicas por efectos a todos, por determinación legal, como por ejemplo, en la determinación de que sentencias de casos concretos produzcan efectos a los otros casos semejantes. Otra solución fue determinar el carácter abstracto tanto del sistema de acceso y conocimiento de control, como del juzgamiento del caso. Así se crean demandas que hacen el juicio en abstracto, tienen tesis de norma y determinan la realización de efectos en abstracto de lo que ha sido

⁸¹ Cf. Pasquale Pasquino, *Le Contrôle de Constitutionnalité: Généalogie et Morphologie*, LES CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, N° 28 (Dossier "L'Histoire du Contrôle de Constitutionnalité", 2010). Disponible en: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-28/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-28.45854.html>>. Acceso en: 10 de julio de 2017.

⁸² Cf. CECILIA JUDITH MORA-DONATTO, *EL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN NORMATIVA* (2002); y ELIVAL DA SILVA RAMOS, *CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: PERSPECTIVAS DE EVOLUÇÃO* (2010).

juzgado.⁸³ De cualquier manera, no hay una fórmula óptima de control con variedad de sistemas operando en el control de constitucionalidad.⁸⁴ Esta situación conduce más a la discusión sobre el área de actuación del control de constitucionalidad ya que las estipulaciones macrojurídicas de una sociedad, especialmente aquellas determinaciones que son normas de organización política y de derechos fundamentales, son de competencia original del legislador.⁸⁵

La palabra clave para que los parámetros de control sean actualizados de acuerdo con las transformaciones de la base material de la constitución es la *mutación constitucional*.⁸⁶ No hay parámetros claros sobre cuál es el alcance y la amplitud de una mutación. Se invocan elementos más variados, desde argumentos sobre formas de interpretación teleológica o sociológica de la constitución, el uso de los valores constitucionales, o la exploración o creación de vaguedades y ambigüedades semánticas (algunas veces mucho más míticas que concretas). Esto despierta nuevamente el problema del avance del control sobre la competencia innovadora del ordenamiento jurídico.⁸⁷ Esta competencia es del poder de reforma o, en algunas situaciones, del legislador ordinario y no propiamente del sistema de control.

Aun cuando haya discusión sobre el recrudescimiento del papel del judicial en la concretización de la constitución, discusión que es tratada por expresiones como activismo o judicialización de la política, las formas utilizadas por el poder judicial no son eficientes para la realización del proyecto material de las constituciones. En constituciones prolijas, con largos textos, la introducción de varios contenidos, además de ser objeto de control también es objeto de procesamiento típico de la jurisdicción ordinaria. Tanto en el control de constitucionalidad como en la aproximación a la jurisdicción ordinaria la experiencia es de poca efectividad. En los casos similares a la jurisdicción ordinaria, la tutela de

⁸³ Cf. Javier García Roca, *El Tribunal Constitucional como Tribunal de Conflictos: los Conflictos Constitucionales*, REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL, N° 1 (2003).

⁸⁴ Cf. ELIVAL DA SILVA RAMOS, *CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: PERSPECTIVAS DE EVOLUÇÃO* (2010).

⁸⁵ Cf. Diego Bacha e Silva, *Os Contornos do Ativismo Judicial no Brasil: o Fetiche do Judiciário Brasileiro pelo Controle dos demais Poderes*, 50 REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA 199 (2013).

⁸⁶ Cf. Uadi Lamego Bulos, *Da Reforma à Mutação Constitucional*, 33 REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA 129 (1996); y CECILIA JUDITH MORA-DONATTO, *EL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN NORMATIVA* (2002).

⁸⁷ Cf. Luciana Costa Poli, *Por um Ativismo Pró-Sustentabilidade*, 18 NOVOS ESTUDOS JURÍDICOS 2 (2013).

derechos constitucionales se hace preferencialmente por el juzgamiento de demandas individuales, contra el Estado o contra particulares, sin destaque de originalidad o de realización del programa constitucional. Poco se ve de interferencia de los órganos de control en políticas públicas, a no ser en las formas de control esencialmente negativo, o de invalidación de actos. En tales casos, los resultados del control o son la imposibilidad práctica del propio control de constitucionalidad, o la ineficacia de derechos textualmente consagrados. La ineficacia o negación de la tutela del control aparece por medio de argumentos como “margen propia del legislador”, o “imposibilidad de análisis de la discrecionalidad del legislador”, o de capitulación explícita a los condicionamientos materiales “a las condiciones de lo materialmente posible”.

El tema del activismo o judicialización es bastante destacado en el ámbito de los derechos que envuelven prestaciones estatales, como derechos sociales o derechos de Estado de bienestar. Todavía no se encontró una fórmula absolutamente eficiente sobre el control de la realización de estos derechos.⁸⁸ Las estrategias de suceso dependían mucho más de la estructura material del Estado de que la programación de los textos legislados, y obviamente, sin soluciones óptimas en el control. Los estados de crisis económica o de excepción económica son recurrentes en el abordaje de la teoría constitucional, tal cual las construcciones teóricas son sobre la realización de derechos del Estado de bienestar. Los estados de excepción son invocaciones materiales usadas con bastante regularidad para justificar la eliminación de derechos sociales.⁸⁹

V. CONCLUSIÓN

El sistema de protección o garantía de las constituciones cuenta con el control de constitucionalidad como forma privilegiada de preservación de las constituciones legisladas. Las experiencias de los dos siglos de constituciones orgánicas y formales y del todavía más reciente sistema de control de constitucionalidad, muestran algunas rupturas entre el proyecto de control de constitucionalidad y las garantías de la constitución.

En algunas situaciones, la realidad material de la organización del

⁸⁸ Cf. Fábio Lima Quintas, *Juízes-Administradores: a Intervenção Judicial na Efetivação dos Direitos Sociais*, 53 REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA 209 (2016).

⁸⁹ Cf. GIORGIO AGAMBEM, *ESTADO DE EXCEÇÃO* (2004).

Estado se sobrepone al proyecto de constitución formal. Así, el control de constitucionalidad no realiza el programa formal rindiéndose en muchos casos, al ordenamiento normativo material. En otras situaciones, el sistema de control de constitucionalidad no desarrolló instrumentos jurídicos materiales y formales capaces de hacer eficaz el texto constitucional. El dilema entre constitución material y formal no fue superado con el advenimiento y la diseminación de sistemas de control de constitucionalidad.

VI. REFERENCIAS

ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON & JOHN JAY, *THE FEDERALIST PAPERS* (1952).

Almir de Oliveira, *Os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Direito Brasileiro*, 22 *REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA* 88 (1995).

Andreo Aleksandro Nobre Marques, *Evolução do Instituto do Controle de Constitucionalidade no Brasil: da Constituição Imperial à Emenda Constitucional nº 45/2004*, 43 *REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA* 170 (2006).

ARISTÓTELES, *A CONSTITUIÇÃO DE ATENAS* (2014). Disponible en: <<http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/12/A-constitui%C3%A7%C3%A3o-de-Atenas.pdf>>. Acceso en: 07 de julio de 2017.

BENJAMIN CONSTANT, *PRINCIPES DE POLITIQUE, APPLICABLES À TOUS LES GOUVERNEMENTS REPRÉSENTATIFS ET PARTICULIÈREMENT À LA CONSTITUTION ACTUELLE DE LA FRANCE* (1815).

CARL SCHMITT, *POLITICAL THEOLOGY: FOUR CHAPTERS OF THE CONCEPT OF SOVEREIGNTY* (1985).

CARL SCHMITT, *TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN* (1996).

CECILIA JUDITH MORA-DONATTO, *EL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN NORMATIVA* (2002).

CHARLES HOWARD MCILWAIN, *CONSTITUTIONALISM: ANCIENT AND MODERN* (1958).

CHARLES LOUIS DE SECONDAT, BARÓN DE MONTESQUIEU, *O ESPÍRITO DAS LEIS* (2001).

CORTE COSTITUZIONALE, *CHE COSA È LA CORTE COSTITUZIONALE* (2012).

Disponibile en:

<http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Cc_Checosa_2012.pdf>. Acceso en: 10 de julio de 2017.

David Engdahl, *John Marshall's "Jeffersonian" Concept of Judicial Review*, in *JUDICIAL REVIEW AND JUDICIAL POWER IN THE SUPREME COURT* (Kermit Hall ed., 2000).

Diego Bacha e Silva, *Os Contornos do Ativismo Judicial no Brasil: o Fetiche do Judiciário Brasileiro pelo Controle dos demais Poderes*, 50 *REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA* 199 (2013).

ELIVAL DA SILVA RAMOS, *CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: PERSPECTIVAS DE EVOLUÇÃO* (2010).

EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS, *QU'EST-CE QUE LE TIERS ÉTAT?* (2002).

Disponibile en: <<http://www.leboucher.com/pdf/sieyes/tiers.pdf>>. Acceso en: 10 de julio de 2017.

ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *ESCRITOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES* (1993).

EROS ROBERTO GRAU, *A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: INTERPRETAÇÃO E CRÍTICA* (1997).

FERDINAND LASSALLE, *QUE É UMA CONSTITUIÇÃO?* (1933).

Fábio Lima Quintas, *Juízes-Administradores: a Intervenção Judicial na Efetivação dos Direitos Sociais*, 53 *REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA* 209 (2016).

GEORG JELLINEK, *TEORÍA GENERAL DEL ESTADO* (2002).

Geraldo Ataliba, *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, 31 *REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA* 121 (1994).

Gilberto Bercovici, *A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*, 36 *REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA* 142 (1999).

GILMAR FERREIRA MENDES, *DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE* (2012).

GIORGIO AGAMBEM, *ESTADO DE EXCEÇÃO* (2004).

GUSTAVO ZAGREBELSKY, *EL DERECHO DÚCTIL: LEY, DERECHOS, JUSTICIA* (2008).

HANS KELSEN, *A DEMOCRACIA* (1993).

HANS KELSEN, *TEORIA GERAL DO DIREITO E DO ESTADO* (2005).

Iacir de Aguiar Vieira, *A essência da constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse*, 35 *REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA* 139 (1998).

Jack Norman Rakove, *The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts*, 49 STANFORD LAW REVIEW 5 (1997).

Javier García Roca, *El Tribunal Constitucional como Tribunal de Conflictos: los Conflictos Constitucionales*, REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL, Nº 1 (2003).

JEAN-JACQUES ROUSSEAU, DO CONTRATO SOCIAL E DISCURSO SOBRE A ECONOMIA POLÍTICA (1981).

JOHN LOCKE, DOIS TRATADOS SOBRE O GOVERNO (1998).

JOHN STUART MILL, O GOVERNO REPRESENTATIVO (2006).

JORGE MIRANDA, TEORIA DO ESTADO E DA CONSTITUIÇÃO (2002).

JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, CURSO DE DIREITO ECONÔMICO (1981).

Kim Lane Scheppele, *Perspectives on the Constitution: Constitutions around the World*, HISTORICAL DOCUMENTS – NATIONAL CONSTITUTION CENTER (2016). Disponible en: <<https://constitutioncenter.org/learn/educational-resources/historical-documents/perspectives-on-the-constitution-constitutions-around-the-world>>. Acceso en: 10 julio de 2017.

KONRAD HESSE, A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO (1991).

Luciana Costa Poli, *Por um Ativismo Pró-Sustentabilidade*, 18 NOVOS ESTUDOS JURÍDICOS 2 (2013).

LUIGI FERRAJOLI, *Derechos Fundamentales*, in LOS FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (Luigi ferrajoli *et al.* eds., 2009).

LUIGI FERRAJOLI, LOS FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (2001).

LUÍS ROBERTO BARROSO, O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO: EXPOSIÇÃO SISTEMÁTICA DA DOCTRINA E ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA (2016).

Marcelo Casseb Continentino, *História do Judicial Review: o Mito de Marbury*, 53 REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA 209 (2016).

MARK MAZOWER, CONTINENTE SOMBRIO: A EUROPA NO SÉCULO XX (2001).

Marta Suzana Lopes Vasconcelos, *O Estado de Direito e o Poder Judiciário*, 50 REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA 200 (2013).

Maurizio Fioravanti, *As Doutrinas da Constituição em Sentido Material*, 4 REVISTA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS, HERMENÊUTICA E TEORIA DO DIREITO 2 (2012).

M.J.C. VILE, CONSTITUTIONALISM AND SEPARATION OF POWERS (1998).
Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/vile-constitutionalism-and-the-separation-of-powers>>. Acesso em: 10 de julho de 2017.

MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA, DIREITO ECONÔMICO: OBRAS COMPLETAS (1973).

Pasquale Pasquino, *Le Contrôle de Constitutionnalité: Généalogie et Morphologie*, LES CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, N° 28 (Dossier "L'Histoire du Contrôle de Constitutionnalité", 2010). Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-28/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-28.45854.html>>. Acesso em: 10 de julho de 2017.

Paul Weber, *The Birth Order Oddity in Supreme Court Appointments*, in THE SUPREME COURT IN AMERICAN SOCIETY: EQUAL JUSTICE UNDER LAW (Kermit Hall ed., 2001).

PAULO BONAVIDES, DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL (1996).

PAULO BONAVIDES & PAES DE ANDRADE, HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DO BRASIL (2000).

PHILIP BOBBITT, A GUERRA E A PAZ NA HISTÓRIA MODERNA: O IMPACTO DOS GRANDES CONFLITOS E DA POLÍTICA NA FORMAÇÃO DAS NAÇÕES (2003).

PHILIP BOBBITT, THE FATE OF CONSTITUTION: THEORY OF THE CONSTITUTION (1982).

RAFAEL DE ASSIS ROIG, UNA APROXIMACIÓN A LOS MODELOS DE ESTADO DE DERECHO (1999).

Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza, *O Bicentenário da Constituição Americana*, 24 REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA 94 (1987).

ROBERT WRIGHT, NÃO ZERO: A LÓGICA DO DESTINO HUMANO (2000).

THOMAS HOBBS, LEVIATHAN (1909). Disponible en: <<http://oll.libertyfund.org/titles/hobbes-leviathan-1909-ed>>. Acesso em: 10 de julio de 2017.

TONY JUDT, PASSADO IMPERFEITO: UM OLHAR CRÍTICO SOBRE A INTELLECTUALIDADE FRANCESA NO PÓS-GUERRA (2007).

Uadi Lamego Bulos, *Da Reforma à Mutação Constitucional*, 33 REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA 129 (1996).

Universidade Gama Filho, Grupo de Estudos a Jurisdição
Constitucional e a Democracia, *Da Vontade do Legislador ao Ativismo
Judicial: os impasses da Jurisdição Constitucional*, 40 REVISTA DE
INFORMAÇÃO LEGISLATIVA 160 (2003).

VITAL MOREIRA, *A ORDEM JURÍDICA DO CAPITALISMO*. CENTELHA (1978).

Washington Peluso Albino de Souza, *Repressão ao Abuso do Poder
Econômico e Direitos Humanos*, 28 REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA
112 (1991).

WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA, *TEORIA DA CONSTITUIÇÃO
ECONÔMICA* (2002).

YUVAL NOAH HARARI, *SAPIENS: UMA BREVE HISTÓRIA DA HUMANIDADE*
(2015).

**Un Balance de los Sistemas de Control de Constitucionalidad
como Instrumento de Garantía de las Constituciones Material y Formal
A Balance of Judicial Review Systems
as Instrument to Guarantee the Material and Formal Constitution
Submetido em: 2017-04-24
Aceito em: 2017-07-29**