

La elasticidad del texto de la Constitución como límite para las mutaciones constitucionales¹

The elasticity of the text of the Constitution as a limit for the constitutional mutations

Adriano Sant'Ana Pedra

RESUMEN: El presente estudio tiene la finalidad de analizar los límites a los cuales son sometidas las mudanzas informales de la Constitución. No existe tratamiento sistemático relativo a las limitaciones a las que se someten las mutaciones constitucionales y hay carencia de trabajos que aborden específicamente el tema. La hipótesis propuesta es que la mutación constitucional debe ocurrir dentro de los límites trazados por la fuerza normativa y por la supremacía de la propia Constitución. El límite identificado en este trabajo es la elasticidad del texto y, a partir de allí, es analizada la experiencia constitucional latinoamericana.

PALABRAS CLAVES: derechos fundamentales; interpretación constitucional; jurisdicción constitucional; mutación constitucional.

ABSTRACT: This study aims to analyze the limitations which informal changes of the Constitution are subjected. There is no systematic treatment about these limitations and there are only few studies that specifically address the issue. The hypothesis is that the constitutional mutation must occur within the limits set by the normative force and by the supremacy of the Constitution. The limit identified in this study is the elasticity of the text and, thereafter, the Latin American constitutional experience is analyzed.

KEYWORDS: constitutional interpretation; constitutional mutation; fundamental rights; judicial review.

1 Proyecto: "Límites y posibilidades de los cambios informales de la Constitución", Facultad de Derecho de Vitória (FDV), 2011.

Introducción

*“Nadie respeta la Constitución,
pero todos creen en el futuro de la Nación”²*

El fenómeno de la mutación constitucional no está expresamente previsto en el texto constitucional, al contrario de lo que acontece con la revisión (o reforma) constitucional, y, siendo así, no existen límites expresos en el texto constitucional para la realización de una alteración informal.

Aunque la mutación constitucional sea recurrente en las constituciones, todavía se trata de un tormentoso tema poco enfrentado por la doctrina jurídica. De allí la relevancia de la profundización de los estudios de este fenómeno, especialmente en lo que concierne a la cuestión de los límites y de las posibilidades de las mudanzas informales de la Constitución, lo que se justifica ante la carencia de análisis metódico de estas limitaciones.

La hipótesis propuesta es que la mutación constitucional debe ocurrir dentro de los límites impuestos por la fuerza normativa y por la supremacía de la propia Constitución. A partir de allí es posible abordar la cuestión que este trabajo pretende responder, acerca de los límites y de las posibilidades de las mutaciones constitucionales. Tales límites a las mutaciones constitucionales son imprescindibles, pues, si por un lado, la Constitución debe ajustarse a la realidad, por el otro, debe haber la prudencia de asegurar la supremacía normativa de la Constitución.

Debido a la propia naturaleza de la mutación constitucional, como proceso informal de la alteración constitucional, se impone el texto constitucional como su límite más peculiar³. No la letra del texto, pero sí la elasticidad que ella permite. El texto normativo constituye el punto de partida de la actividad interpretativa y también señala su límite.

2 “¿Qué país es ese?”, música interpretada por la banda “*Legião Urbana*”, compuesta por Renato Russo.

3 Sin embargo, es posible identificar otros tipos de límites a las mutaciones constitucionales, que no se abordan en este estudio. Cf. *v.g.*: Pedra, 2009: 395-414.

El análisis de las mutaciones constitucionales es hecho tomándose en consideración principalmente el ordenamiento constitucional brasileño, pero sin perder de vista lo que ocurre en otros países de América Latina.

Las alteraciones informales de la Constitución

Es importante comprender que toda interpretación ocurre en un determinado contexto, que no puede ser desconsiderado. En verdad, no hay texto sin contexto. La Constitución y la realidad social siempre se buscan. La realidad fáctica y la realidad normativa se encuentran en una relación de reciprocidad, y no es posible separarlas, pues se encuentran mutuamente imbricadas.

La mutación constitucional es un proceso informal que cuida de la alteración de la Constitución. En la mutación, la norma constitucional se modifica a pesar de la permanencia de su texto, presuponiendo la no identificación entre la norma y el texto. El texto es compuesto por palabras cuyos significados no son únicos y aún son cambiantes con el pasar del tiempo.

La mutación constitucional (*Verfassungswandlungen*) consiste en un proceso informal de alteración de la Constitución, que no se encuentra previsto expresamente en el texto constitucional (Pedra, 2008: 226). Tal mudanza informal ocurre mediante el desenvolvimiento de la norma, aunque el texto constitucional permanezca el mismo (Pedra, 2005: 154).

El fenómeno de la mutación constitucional es una constante en la vida de los Estados y ocurre porque la significación de la Constitución no es dada de antemano, ya que depende del contexto en el cual es concretizado. El sentimiento constitucional presente en cada momento vivido pasa a permear la realización de la Constitución, y la naturaleza dinámica de la Constitución, como organismo vivo que es, permite que ella pueda acompañar la evolución de las circunstancias sociales, políticas y económicas.

Actualmente apartada de su pasado preponderantemente político, la mutación constitucional dejó de funcionar como una influencia del mundo fáctico sobre la Constitución y se tornó legítima en la medida en

que se mantienen en los marcos normativos establecidos por la Constitución.

A pesar de las circunstancias fácticas integren la concepción de la norma, esto no significa afirmar que la Constitución deba sucumbir a las fuerzas de las circunstancias de la realidad (Pedra, 2008: 12). La idea de Constitución normativa exige que las normas constitucionales sean responsables por conformar la realidad. En ese sentido, es indispensable aproximar el mundo fáctico y el mundo normativo a fin de que no haya cualquier mitigación a la supremacía de la Constitución, tomando en cuenta que lo fáctico no puede superar lo normativo.

La supremacía normativa de la Constitución

Las transformaciones de la Constitución constituyen un tema que nos lleva a establecer ponderaciones acerca de sus necesarias limitaciones a fin de que sean aseguradas su supremacía y su fuerza normativa y, con ellas, sean protegidos los valores de certeza y seguridad jurídica. Se torna imperioso, así, superar el antiguo entendimiento acerca de las mudanzas informales.

Laband, a pesar de resaltar y destacar la gran cantidad de cambios informales a la Constitución afirmó la imposibilidad de controlarlos jurídicamente. En este sentido, sostuvo que “la regla según la cual las leyes ordinarias deben estar siempre en armonía con la Constitución y no deben ser incompatibles con ésta, constituye un postulado de política legislativa, pero no un axioma jurídico”. Lo anterior indica que Laband atribuía a la Constitución fuerza normativa pero no superioridad jerárquica sobre las leyes del Parlamento (Urrutia, 2000: 110).

Es necesario, sin embargo, que sea preservado el principio de la supremacía constitucional, que indica que la Constitución es la norma mayor del ordenamiento y que por encima de ella ninguna norma de existencia concreta existe. Esto ocurre porque, como indica Pedro de Vega, el reconocimiento de la existencia de las mutaciones constitucionales no pueden poner en duda la característica de *Ley Superior* de la Constitución (Vega, 1999: 214–215).

El principio de la supremacía de la Constitución significa que ésta se coloca en el vértice del sistema jurídico del país, a que confiere validez, y que todos los poderes estatales son legítimos en la medida en que ella los reconozca y en la proporción por ella distribuidos (Silva, 2002: 45). De este principio procede la jerarquía de las normas, a partir de la norma constitucional, y el control de la constitucionalidad, que garantice la compatibilidad de las normas que componen el sistema jurídico.

Las mutaciones constitucionales pueden coexistir con el principio de la supremacía constitucional, sin que haya detrimento de este. Pedro de Vega (1999: 215) destaca que el problema de los límites de la mutación constitucional surge cuando la tensión entre lo fáctico y lo normativo se convierte social, política y jurídicamente en un conflicto que pone en riesgo la propia noción de supremacía. De allí la difícil tarea del intérprete, como anota José Horácio Meirelles Teixeira (1991: 152), que tendrá como garantía, de un lado, el respeto a la Constitución, como expresión máxima y solemne de la soberanía nacional y, por otro, esa necesidad de constante adaptación de sus principios y cláusulas de las supremas exigencias de la paz social, de la justicia y del bien común.

Además de la supremacía, debe observarse la fuerza normativa de la Constitución. Como recuerda Konrad Hesse (1991: 25), la Constitución jurídica no significa simple pedazo de papel, tal como lo caracteriza Lassalle. Más aún según la lección del autor alemán (Hesse, 1998: 503), la existencia de la Constitución es, en primer lugar, una cuestión de fuerza normativa. Y, todavía, mayor será la disposición de reconocer los contenidos de la Constitución como obligatorios en la medida en que el orden constitucional corresponda a las realidades de la situación histórica. Y, cuanto más firme es la determinación de actualizar esos contenidos, mayor es la posibilidad de que las amenazas sean evitadas.

Cuanto más el contenido de una Constitución lograr corresponder a la naturaleza singular del presente, tanto más seguro ha de ser el desenvolvimiento de su fuerza normativa. Tal como afirmado, constituye requisito esencial de la fuerza normativa de la Constitución que ella contemple no sólo los elementos sociales, políticos y económicos dominantes, sino que también, principalmente, incorpore el estado espiritual (*geistige Situation*) de su tiempo. Eso le habrá de asegurar, en cuanto orden adecuado y justo, el apoyo y la defensa de la conciencia general. Se supone igualmente indispensable que la Constitución se muestre en condiciones de adaptarse a una eventual mudanza de esos condicionantes (Hesse, 1991: 20-21).

La mutación constitucional actúa como mecanismo de aproximación entre la Constitución y la realidad constitucional. Según Ana Victoria Sánchez Urrutia (2000: 106), solamente es posible inferirle mudanzas informales en la Constitución a partir de su concepción normativa, y apenas desde que la concepción de la Constitución como ordenación del sistema político y normativo pueda establecer una teoría de la Constitución que integre la mutación constitucional como uno de sus elementos.

La mutación constitucional está vinculada a la existencia de una Constitución dotada de fuerza normativa. La Constitución debe ser tanto normativa como dinámica. Al mismo tiempo que la fuerza normativa de la Constitución será responsable por la conformación de la vida en sociedad, la situación concreta conferirá dinamismo a las normas constitucionales. De allí, como escribe Pedro de Vega (1999: 211), no se trata de prevalecer el *fiat jus pereat mundus*, tampoco imponer lo fáctico, pero sí encontrar la fórmula que, sin destruir ninguna, puedan coexistir la normatividad y la dinamicidad. Esto ocurre porque, como evidencia Konrad Hesse (1991: 25), la Constitución no está desvinculada de la realidad histórica concreta de su tiempo. Sin embargo, ella no está condicionada, simplemente, por esa realidad.

De acuerdo con Konrad Hesse (1991: 22-23), el desenvolvimiento de la fuerza normativa de la Constitución no depende apenas de su contenido, sino que de su *praxis*, que se efectiva por una interpretación adecuada, que es aquella que consigue concretizar, de forma excelente, el sentido (*Sinn*) de la proposición normativa dentro de las condiciones reales dominantes en una determinada situación.

Ya que contiene las directrices superiores de la organización política y jurídica de un pueblo, la Constitución solo se consolidará y producirá los resultados adecuados cuando sea posible su amoldamiento a las nuevas realidades de la vida social.

La idea de Constitución normativa exige que las normas constitucionales sean responsables por conformar la realidad. En ese sentido, es indispensable aproximar el mundo fáctico y el mundo normativo a fin de que no haya cualquier mitigación a la supremacía de la Constitución, teniendo en cuenta que lo fáctico no puede sobrepasar lo normativo. De esa forma, se torna necesario que la mutación constitucional se atenga a los límites normativos creados por la propia Constitución.

La elasticidad del texto

El significado de un enunciado normativo es lo que este suscita en la mente del sujeto conocedor. Por lo tanto, cuando se afirma que el texto posee una *elasticidad* de interpretación, lo que se quiere decir es que no se puede extraer del texto aquello que él no suscita en la mente del intérprete.

La interpretación de un texto normativo debe tener como parámetro el propio texto. Esto ocurre porque “el contenido de la norma constitucional sólo podrá modificarse en el interior del marco trazado por el texto” (Hesse, 1992: 101) y los enunciados constituyen verdaderas barreras interpretativas para el operador del Derecho (Tavares, 2005: 219). De esa forma, si es verdad que un texto puede tener más de un significado, también es verdad que no puede tener infinitos (Callejón, 1997: 108-109).

João Maurício Adeodato (2006: 230-231) anota que el texto de la norma es importante en su concretización, pues asume la función de fijar los límites (*Grenzfunktion*) a partir de los cuales la norma será concretizada. En ese sentido, se aproxima a la “moldura” kelseniana (Kelsen, 2007), pues el texto limita la concretización y no permite decidir en cualquier dirección. Luís Roberto Barroso (2002: 148) destaca que la interpretación evolutiva encuentra límite en el propio texto, pues la abertura del lenguaje constitucional y la polisemia de sus términos no son absolutos, debiendo estancar delante de significados mínimos. Ante este cuadro, es posible decir que el texto desempeña una *función negativa* (Canotilho, 2002: 1202).

No puede haber una realidad constitucional *contra constitutionem*. En razón de la propia función de la Constitución escrita, Klaus Stern anota que “no es posible pasar por encima del derecho constitucional escrito reclamándose del derecho no escrito. En este sentido no puede actuar una eventual mutación constitucional de manera derogadora” (1987: 263). De esa forma, cuando la realidad no es reflejo de la Constitución, llegó el momento de reformarla. Es por esto que, para Konrad Hesse, “la problemática de la revisión constitucional comienza allí donde terminan las posibilidades de mutación constitucional” (1992: 24).

Como se ha visto en otra parte, la mutación constitucional no altera el texto de la Constitución⁴, pues solamente una revisión (o reforma) constitucional puede hacerlo. Cristina Queiroz (2007: 174) enfatiza que el texto limita de modo insuperable la capacidad de construcción del intérprete y, por eso, el proceso de revisión (o reforma) constitucional existe precisamente para sobrepasar las restricciones constantes en el texto constitucional vigente. Domingo García Belaunde, comentando sentencia del Tribunal Constitucional peruano, dice que,

bajo ninguna circunstancia, es posible manipular el sentido de la Constitución y transportarla como si fuese cualquier cosa, de forma de obligarla a decir lo que no dice. [...] No se atribuirá a una cierta palabra un sentido opuesto, violando todas las reglas de semántica y los conceptos presentes en el diccionario (Belaunde, 2009: 38-39).

Sin embargo, se debe resaltar que, en ciertos casos, la elasticidad del texto normativo permite la extracción de una norma bastante distante de la letra de la Constitución, sin que esto implique su rompimiento.

4 En ese sentido, se discrepa aquí de la comprensión del Ministro Eros Grau en el juzgamiento de la Reclamación n° 4.335-5/AC (Supremo Tribunal Federal de Brasil, Rel. Min. Gilmar Mendes, juzgamiento no concluido hasta la terminación de este trabajo), acerca del artículo 52, X, de la Constitución brasileña: “En la mutación constitucional, caminamos no de un texto a una norma, por el contrario, de un texto a otro texto, que substituye al primero. De allí que la mutación constitucional no se da simplemente por el hecho de un intérprete extraer de un mismo texto norma diversa de la producida por otro intérprete. Eso se verifica inveteradamente, a cada instante, en razón de ser la interpretación una prudencia. En la mutación constitucional hay más. En ella no sólo la norma es otra, sino que el propio enunciado normativo es alterado. El ejemplo que hay en el caso es extremadamente rico. Aquí pasamos, en verdad, de un texto ‘compete privativamente al Senado Federal suspender la ejecución, en todo o en parte, de ley declarada inconstitucional por decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal’ a otro texto: ‘compete privativamente al Senado Federal dar publicidad a la suspensión de la ejecución, operada por el Supremo Tribunal Federal, de ley declarada inconstitucional, en todo o en parte, por decisión definitiva del Supremo’. Esto es precisamente lo que el eminente Ministro Relator pretende haya ocurrido, una mutación constitucional”. Curiosamente, en el mismo voto, algunas líneas antes, el Ministro Eros Grau decía de forma diferente: “La mutación constitucional es la transformación del sentido del enunciado de la Constitución sin que el propio texto sea alterado en su redacción, vale decir, en su dimensión constitucional textual”.

Es lo que ocurrió, por ejemplo, con el concepto de familia dado por la Constitución brasileña de 1967/1969 (ya no está en vigor), que decía que “la familia es constituida por el casamiento y tendrá derecho a la protección de los Poderes Públicos” (artículo 167 del texto constitucional de 1967 y artículo 175 del texto constitucional de 1969). Dentro de este concepto, no había la idea de protección a la situación de un hombre y una mujer que cohabitasen como cónyuges, sin ser casados. A pesar de la literalidad del dispositivo constitucional anteriormente citado, en su proceso de concretización, el Supremo Tribunal Federal entendió, en la sentencia del Recurso Extraordinario RE n° 60.657/GO⁵ que, en razón de las mudanzas en las concepciones culturales y sociales brasileñas, el derecho debería también proteger la relación constituida a partir de la convivencia, bajo el mismo techo, de hombre y mujer no casados. Se puede decir que este hiato entre el texto constitucional – reciente en relación a estas decisiones del Supremo Tribunal Federal – y la realidad brasileña se debía, en gran parte, al hecho del referido texto constitucional haber sido otorgado de una manera dictatorial, y no discutido en una asamblea constituyente formada por legítimos representantes del pueblo.

Bajo la vigencia de la actual Constitución brasileña de 1988, el Gobernador del Estado de Rio de Janeiro propuso la *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* – ADPF n° 132/RJ (Reclamación de Incumplimiento de Precepto Fundamental), donde se pleitea el reconocimiento de que el régimen jurídico de las uniones estables también se deba aplicar a las uniones homoafectivas, a pesar del texto constitucional vigente establecer que, “para efecto de la protección del Estado, es reconocida la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en casamiento” (artículo 226, § 3°). La referida ADPF todavía no ha sido juzgada por el Supremo Tribunal Federal, mas el Abogado-General de la Unión se manifestó en el sentido de extraer de allí una norma más allá del que está expresamente escrito en el texto constitucional:

Se puede afirmar que, a despecho de la Carta de 1988 no haber contemplado – de modo expreso – el tratamiento jurídico de las uniones homoafectivas en el capítulo que dedica a la familia, la evolución y la complejidad de las relaciones humanas están por exigir al sistema

5 Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Rel. Min. Adalicio Nogueira. J. 20/11/1970. DJ 16/12/1970.

jurídico respuestas adecuadas para la resolución de esas controversias, íntimamente ligadas al pleno ejercicio de los derechos humanos fundamentales. [...] La comprensión del tema pasa, sin duda, por el análisis de los parámetros normativos ya existentes con relación al casamiento y la unión estable y de la concretización de los postulados constitucionales de la igualdad, de libertad y de la promoción de una sociedad libre de preconceptos. [...] Considerando, pues, que las relaciones afectivas, sean homo o heterosexuales, son basadas en el mismo soporte fáctico, no hay razón – bajo pena de discriminación – para atribuirse a las mismas tratamiento jurídico diferenciado. [...] No hay esfuerzo hermenéutico, desasistido de preconcepto, capaz de encontrar justificativa plausible para ofrecer solución jurídica que trate de modo diferenciado los integrantes de uniones homoafectivas. Indudablemente, constituyen *familia*.

La Justicia Electoral⁶ ya considera como cónyuges, para efectos de la inelegibilidad establecida en el artículo 14, § 7º, de la Constitución brasileña, las personas del mismo sexo, bajo el fundamento de que, viviendo en estado de casadas, deben ser tratadas como si casadas fueran, no debiendo ser despreciado el principio de la igualdad.

José Joaquim Gomes Canotilho (2002: 1213-1214) reconoce que el problema más complicado es el que se suscita cuando existe una radical mudanza de sentido de las normas constitucionales, y señala como ejemplo admitir que en el artículo 36º/1 de la Constitución portuguesa⁷ están previstos los casamientos entre personas del mismo sexo.

Como observa María Luisa Balaguer Callejón, es muy difícil establecer hasta dónde es posible ir con la interpretación.

Cuando se trata de un texto, reinterpretado por una nueva realidad socio-política, que ha destacado otro sentido de la letra escrita, el problema se

6 Tribunal Superior Electoral. Recurso Especial Electoral n° 24.564, fallo publicado en sesión, el 01/10/2004: “Registro de candidato. Candidata al cargo de prefecto. Relación estable homosexual con la prefecta reelecta del municipio. Inelegibilidad. Art. 14, § 7º, de la Constitución Federal. Los sujetos de una relación estable homosexual, a semejanza de lo que ocurre con los de relación estable, de concubinato y de casamiento, se someten a la regla de inelegibilidad prevista en el art. 14, § 7º, de la Constitución Federal”.

7 *In verbis*: “Todos tienen el derecho de constituir familia y de contraer casamiento en condiciones de plena igualdad”.

convierte en una cuestión de límites de la mutación, y revierte así a la cuestión general, de hasta dónde puede llegar a forzarse un texto, sin incurrir en un exceso interpretativo (1997: 34)

Por ejemplo, el artículo 55 de la Constitución Nacional argentina⁸ exige, para ser Senador, que se cuente con una renta anual de dos mil pesos fuertes. Esta cantidad, que correspondería hoy cerca de dos mil dólares por mes (Sagüés, 2006: 34), comporta una exigencia oligárquica axiológicamente inaceptable.

Es preciso distinguir las nuevas lecturas que se mantienen dentro del espectro de los significados aceptables de un texto jurídico de aquellas otras creaciones subrepticias de nuevos preceptos, que ocurren a través de interpretaciones que sobrepasen el sentido literal posible de los enunciados jurídicos y acaban por transformar sus “intérpretes en legisladores sin mandato” (Mendes et. al, 2008: 132).

La interpretación constitucional debe encontrar límite en el texto de la Constitución, que merece respeto, pues es inadmisibles que

el texto constitucional sea utilizado de forma irresponsable. [...] Una cosa es interpretar, de manera sana, una norma constitucional y, eventualmente, completarla con cuestiones menores. Otra es jugar a ser “aprendiz de brujo”, subvirtiéndola desde adentro (Belaunde, 2009: 40).

Sin embargo, debe resaltarse que el límite para la mutación constitucional es la elasticidad del texto constitucional como un todo, y no de un enunciado específico analizado aisladamente.

La pluralidad que compone la Constitución impide el análisis aislado de un determinado dispositivo. Para su comprensión más esmerada, es imprescindible la interpretación sistémica. A este respecto, Friedrich Müller explica el principio de la unidad de la Constitución:

8 *In verbis*: “Son requisitos para ser elegidos senador: tener la edad de treinta años, haber sido seis años ciudadano de la Nación, disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella”.

Ese principio ordena interpretar normas constitucionales de tal manera que se evite contradicciones con otras normas constitucionales y especialmente con decisiones sobre principios del derecho constitucional. La “unidad de la Constitución”, en su calidad de visión orientadora de la metódica del derecho constitucional, debe anteponerse ante los ojos del intérprete, como punto de partida, y, sobre todo, como representación del objetivo, la totalidad de la Constitución como un sistema de normas. Este, por un lado, no es destituido de tensiones ni está centrado en sí, no obstante forma, por otro lado, probablemente un todo integrado con sentido (2000: 84).

Cuando existen contextos distintos de sentido y de valor, ni siquiera la letra es garante de certeza. La argumentación “literal” de Pórcia contra la pretensión de Shylock, en “El Mercader de Venecia”⁹, es una demostración clásica de esto.

Las mutaciones inconstitucionales

Si la alteración informal de la Constitución sobrepasa el límite referente a la elasticidad del texto constitucional, se tiene una situación de *mutación constitucional inconstitucional* (de ahora en adelante llamada simplemente *mutación inconstitucional*), que ocurre cuando el resultado de la alteración informal afronta el sistema constitucional.

Infelizmente la mutación inconstitucional es verificada en la realidad vivida en las diversas constituciones. Un ejemplo de mutación inconstitucional evidenciado en la historia constitucional brasileña fue la investidura del mariscal Floriano Peixoto, entonces vice-presidente, en la Presidencia de la República, a pesar del artículo 42 de la Constitución

9 El diálogo establecido en la Escena I del Acto IV de la obra de William Shakespeare expone esta situación: “Pórcia: – Te pertenece una libra de carne de ese mercader; la ley te la da y el tribunal te la adjudica. Shylock: – ¡Rectísimo juez! Pórcia: – Y podéis cortar esa carne de su pecho; la ley lo permite y el tribunal os lo autoriza. Shylock: – ¡Doctísimo juez! ¡He ahí una sentencia! ¡Vamos, preparaos! Pórcia: – Detente un instante. Hay todavía alguna otra cosa que decir. Este pagaré no te concede una gota de sangre. Las palabras formales son estas: ‘una libra de carne’. Toma, pues, lo que te concede el documento; toma tu libra de carne. Pero si al cortarla te ocurre verter una gota de sangre cristiana, tus tierras y tus bienes, según las leyes de Venecia, serán confiscados en beneficio del Estado.” Cf. Shakespeare, 2000, 138.

brasileña de 1891 que prescribe que, “si en caso de vacante, por cualquier causa, de la Presidencia o la Vice-Presidencia, no hubiere aún transcurrido dos años del período presidencial, se procederá a una nueva elección”. A pesar del texto constitucional, el Congreso Nacional permitió que el vice-presidente asumiese, aunque la renuncia del presidente de la República hubiese ocurrido antes de finalizar el plazo de dos años.

En el sentido aquí adoptado, la *mutación inconstitucional* asume una dimensión que abarca lo que la doctrina jurídica llama de *falseamiento de la Constitución* o *quebrantamiento de la Constitución*. Pedro de Vega conceptúa falseamiento de la Constitución como el “fenómeno en virtud del cual se otorga a ciertas normas constitucionales una interpretación y un sentido distintos de los que realmente tienen” (Vega, 1999: 291). Carl Schmitt hace distinciones acerca del quebrantamiento de la Constitución:

Quebrantamiento de la Constitución: Violación de prescripciones legal-constitucionales para uno o varios casos determinados, pero a título excepcional, es decir, bajo el supuesto de que las prescripciones quebrantadas siguen inalterables en lo demás, y, por lo tanto, no son ni suprimidas permanentemente, ni colocadas temporalmente fuera de vigor (suspendidas). *a)* Quebrantamiento inconstitucional de la Constitución: violación a título excepcional de una prescripción legal-constitucional sin atender al procedimiento previsto para las reformas constitucionales. *b)* Quebrantamiento constitucional de la Constitución: violación a título excepcional de una prescripción legal-constitucional para uno o varios casos concretos, cuando, o bien es permitido dicho quebrantamiento excepcional por una ley constitucional (por ejemplo: art. 44, párrafo 2, C. a.), o bien se observa para ello el procedimiento prescrito para las reformas de la Constitución (2006: 115-116).

Por eso es posible considerar que los *falseamientos* o *quebrantamientos* están comprendidos en la concepción de *mutación constitucional inconstitucional*.

La mutación inconstitucional se revela por la práctica que venga a violar los límites de modo manifiesto y perceptible o aún de modo desapercibido o poco perceptible, como el provocado por el desuso o por la inercia.

Los efectos provocados por las mutaciones inconstitucionales varían en grado y en profundidad, y destruyen la vida de las normas constitucionales. Pueden provocar mudanzas temporarias o permanentes y hasta suspender los efectos de la norma constitucional, en flagrante irrespeto a la Constitución.

No se puede aceptar que la mutación constitucional produzca excesos y promueva resultados conflictivos con el sistema. Así como las mudanzas formales de la Constitución (reforma y revisión) están sujetas al control de la constitucionalidad, de la misma forma las mudanzas informales (mutación) también son susceptibles de ser controladas. Las mutaciones inconstitucionales representan un gran riesgo que una Constitución puede sufrir y su depuración debe ocurrir a través de un eficiente control de constitucionalidad. El control de la constitucionalidad “incide en las mutaciones constitucionales de la misma forma que en los demás preceptos normativos, tanto en la inconstitucionalidad formal como en la material” (Agra, 2007: 17).

Con todo, Paolo Biscaretti di Ruffia destaca que, casi siempre, las mutaciones constitucionales “se presentan de modo que no pueden ser neutralizadas, jurisdiccionalmente, por vicio de inconstitucionalidad” (1984: 234). El gran problema se da cuando los límites de la mutación constitucional no son respetados por el propio guardián de la Constitución. En esta hipótesis, la pregunta que se hace es: *¿Quis custodiet custodes?*

Las mutaciones que contraríen la Constitución pueden ciertamente ocurrir, generando mutaciones inconstitucionales. En un escenario de normalidad institucional, deberán ser rechazadas por los Poderes competentes y por la sociedad. Si así no ocurriera, se crea una situación anómala, en que el hecho se sobrepone al derecho. La persistencia de tal disfunción identificará la falta de normatividad de la Constitución, una usurpación de poder o un cuadro revolucionario (Barroso, 2009: 215).

Cuando el propio Tribunal Constitucional promueve o confirma una mutación constitucional que excede sus límites, lo que se tiene en este caso es una *anomalía*. Se trata de distorsión habida en el proceso, generada a partir de la violación de sus límites, así como ocurre *v.g.* en el proceso legislativo y en el proceso de alteración formal de la Constitución, con la

elaboración de enmiendas constitucionales¹⁰. No obstante, tales *anomalías* son peligrosas y deben ser combatidas.

Anna Candida da Cunha Ferraz (1986: 213-214) también reconoce la existencia de mutaciones constitucionales que violan la Constitución. La autora hace la distinción entre procesos manifiestamente inconstitucionales – aquellos que mudan la Constitución contra su letra o su espíritu –, y procesos anómalos – que producen una alteración sobre la cual no se puede fácilmente determinar si hieren, y hasta qué punto, el espíritu de la Constitución.

De hecho, habrá situaciones de difícil evaluación sobre la extrapolación de los límites que se imponen a las mutaciones constitucionales. Como reconoce Klaus Stern, “entre la mutación constitucional admisible por vía de interpretación concretizadora mediante el desarrollo judicial del derecho y la mutación constitucional inadmisibles sólo hay un pequeño espacio” (1987: 339).

No se puede olvidar que, en ciertas situaciones, el Tribunal Constitucional busca interpretar el propio poder constituyente originario.

La posición pragmática es de que el sistema del ordenamiento, como no se reduce a una (única) unidad jerárquica, no tiene estructura de pirámide, pero sí estructura circular de competencias referidas mutuamente, dotadas de cohesión. Por ejemplo, el Supremo Tribunal Federal recibe del *poder constituyente originario* su competencia para determinar en última instancia el sentido normativo de las normas constitucionales. De ese modo, sus sentencias derivan de una norma constitucional de competencia, configurando una subordinación del STF al *poder constituyente originario*. Sin embargo, como el STF puede determinar el sentido de validez de la propia norma que le da aquella competencia, de cierto modo la validez de la norma constitucional de competencia del STF también depende de sus sentencias (norma), configurando una subordinación del *poder constituyente originario* al STF (Ferraz Junior, 2001: 185).

10 Véase, por ejemplo, que el Supremo Tribunal Federal decidió, en el juicio de la ADIn n° 3367-1/DF, que “no precisa ser re-apreciada por la Cámara de Diputados expresión suprimida por el Senado Federal en texto de proyecto que, en la redacción remanente, aprobada en ambas Casas del Congreso, no perdió sentido normativo”. Cf. ADIn 3367-1/DF. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Min. Cezar Peluso. J. 13/04/2005, DJ 13/03/2006. Cabe señalar que el texto constitucional brasileño establece que, si el proyecto de ley es modificado, debe volver a la primera Casa (artículo 65, párrafo único).

José Acosta Sánchez (1998: 85-86) trae un importante ejemplo de modificación tácita de la Constitución, llevada a cabo mediante una interpretación de su texto totalmente distinta de la intención de los constituyentes. El Consejo Constitucional francés, en decisión proferida el 16 de julio de 1971, reconoció la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, como parte de la Constitución francesa, sin que el constituyente de 1958 hubiese expresado esta voluntad. Según José Acosta Sánchez, esta decisión de 1971 es un acontecimiento “casi revolucionario”.

En el derecho constitucional italiano, Riccardo Guastini nos enseña que la Corte Constitucional fijó el entendimiento de que algunos puntos no son susceptibles de ser modificados por reforma constitucional, cuyo proceso prevé una doble aprobación por parte de las Cámaras, con mayoría calificada en la segunda votación y posibilidad de referendo popular (artículo 138 de la Constitución italiana).

Según el pronunciamiento de la Corte Constitucional, la Constitución italiana contiene algunos principios que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial, ni así mismo por medio de revisión constitucional (cf. Corte Cost. n° 1.146/1988). Esto significa que hay una parte de la Constitución que, más que rígida, está definitivamente “petrificada”, o sea, no es susceptible de sufrir modificaciones de cualquier modo (por lo menos, de algún modo legal) (Guastini, 2007: 280).

De esa forma, “la tesis de la mutación constitucional aboga, en último análisis, una concepción decisionista de la jurisdicción y contribuye para la comprensión de las cortes constitucionales como poderes constituyentes permanentes” (Streck, et. al, 2008: 375).

José Horácio Meirelles Teixeira (1991: 147-148) trae un ejemplo bastante ilustrativo de la tergiversación de la Constitución brasileña de 1946 que, en su artículo 186¹¹, establecía la necesidad de concurso público para la primera investidura en cargos de carrera y en otros

11 *In verbis*: “Art. 186. La primera investidura en cargo de carrera y en otros que la ley determina se efectúa mediante concurso, precediendo la inspección de salud”.

que la ley determinase. Tal dispositivo, no obstante reproducido en las constituciones de los Estados miembros de la federación y en los Estatutos de los Funcionarios Públicos, fue frecuentemente violado por leyes ordinarias, que habilitaban a servidores admitidos sin concurso y consideraban como “aislados”, o sea, fuera de las carreras y cargos que en la realidad deberían ser de este tipo, a fin de, con este expediente, permitieran su libre nombramiento.

Otro ejemplo de este orden que puede ser apuntado en Brasil fueron las interminables reediciones de medidas provisorias por el presidente de la República¹², que existían antes de la Enmienda Constitucional n° 32/2001, que hacían que tales medidas dejaran de ser “provisorias”. Se sostiene que “hubo una mutación inconstitucional, una interpretación inconstitucional de la medida provisoria, con fundamento en la costumbre” (Ferreira, 2000: 149) En la línea de pensamiento del Supremo Tribunal Federal, la reedición de la medida provisoria no rechazada por el Congreso Nacional “no es dato configurador de la no ocurrencia de los requisitos de urgencia y relevancia. Al contrario, la reedición demuestra, de cierta forma, la necesidad de la medida y su urgencia”¹³. Sin embargo, Clèmerson Merlin Clève anota que el Supremo Tribunal Federal elabora “un curioso concepto de urgencia (¿urgencia permanente?)” (1999: 110-111) Y Luís Roberto Barroso, asumiendo una postura de cierta tolerancia, escribe que situaciones como ésta “tocan tangencialmente la línea de frontera con la inconstitucionalidad” (Barroso, 2009: 135; 2009: 222).

Néstor Pedro Sagüés (2006: 165-172) escribe que, a veces, ocurre una manipulación constitucional, esto es, la utilización de la Constitución con un interés particular. En esta hipótesis, el manipulador, al revés de servir a la Constitución, se sirve de ella. Los mecanismos manipuladores son muchos, dentro de los cuales el autor cita: (i) dar a las palabras de la Constitución un sentido absurdo; (ii) interpretar aisladamente un artículo de la Constitución; (iii) realizar afirmaciones infalibles y sin necesidad de demostración; (iv) practicar analogías improcedentes; (v) postular algo como regla, pero no aplicarla siempre; y (vi) crear excepciones que la Constitución no prevé. El autor argentino destaca que el tema de la ma-

12 “Ha habido abuso en la utilización de esa especie normativa, no solo con la edición de innumerables medidas provisorias, sino también con sus reediciones”. Cf. Pedra, 2000: 91.

13 ADInMc 1397, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 28.4.1997, DJU 27.6.1997. RDA 210, out/dez 1997.

nipulación constitucional no es nuevo, y ya apareció en la interpretación del *Instrument of Government* inglés, de 1653. En su artículo 8° determinaba que el Parlamento solamente podría ser disuelto, sin su consentimiento, después del lapso de cinco meses a contar del día de su primera reunión. Se interpretó que el intervalo de tiempo se refería a meses “lunares”, y no meses “solares”, como era (y todavía es) comúnmente usado.

Las mutaciones inconstitucionales son peligrosas y deben ser objeto de preocupación. Este tema asume especial relevancia, principalmente en razón del efecto irradiante de la interpretación constitucional, ya que las lecturas no autorizadas de la Constitución se difunden por todo el ordenamiento jurídico y en él causan lesiones, hasta que sean debidamente corregidas.

No es admisible la imposición de la realidad constitucional *contra constitutionem* (Stern, 1987: 337). La mudanza de significado de un precepto solo puede ocurrir en el marco del sentido y de la finalidad de la norma. En el proceso de concretización no hay la posibilidad de interpretarse arbitrariamente. El irrespeto a los límites que se imponen a las mutaciones constitucionales significa el abandono de una interpretación segura y esto es vedado al aplicador de la norma.

Consideraciones finales

Las consideraciones tejidas en este trabajo muestran que el estudio de la mutación constitucional llevando en consideración la supremacía normativa de la Constitución permite comprender su naturaleza y también delimita sus límites y sus posibilidades.

La Constitución, que se encuentra en el vértice del sistema jurídico a que confiere validez, debe ser tanto normativa como dinámica. En cuanto la fuerza normativa de la Constitución es responsable por la conformación de la vida en sociedad, la situación concreta conferirá dinamismo a las normas constitucionales. Los procesos informales de alteración de la Constitución no pueden generar deformaciones o subversiones traumatizantes en el orden establecido. Las mutaciones constitucionales solamente serán consideradas legítimas si no exorbitaren los límites procedentes de la supremacía y de la fuerza normativa de la Constitución.

La *elasticidad del texto* servirá de límite para que no se extraiga del texto un significado que no le es posible. Pero debe ser destacado que el límite es la elasticidad de todo el texto constitucional, y no de un enunciado específico aisladamente analizado.

A lo largo de este trabajo fueron vistos ejemplos de mutaciones constitucionales en la experiencia constitucional brasileña y extranjera. Fue posible constatar que no siempre la mutación constitucional obedece a los límites que le son impuestos. La práctica constitucional revela que, a veces, las limitaciones impuestas no son observadas y las mudanzas constitucionales escapan de cualquier control.

La existencia de mutaciones inconstitucionales en nada macula el desenvolvimiento teórico aquí construido. A pesar de que las mutaciones constitucionales estén prohibidas de sobrepasar los límites trazados en este trabajo, infelizmente no hay como negar que esto ocurre. De la misma forma, las reformas (o revisiones) constitucionales no pueden irrespetar los límites impuestos por el texto constitucional, mas esto infelizmente también ocurre.

La ausencia de un efectivo control se debe a la propia naturaleza de las mutaciones constitucionales o del modo como ocurren. En algunas situaciones, los controles son ineficaces porque predominan sobre ellos fuerzas políticas, presiones de grupos sociales etc., de tal suerte que la mutación inconstitucional se impone y genera efectos en la vida constitucional del Estado.

Además de eso, hay situaciones de difícil aferición acerca de la extrapolación de los límites que se imponen a las mutaciones constitucionales, pues entre la mutación constitucional admisible por vía de la interpretación concretizadora y la mutación constitucional inadmisible hay solamente un pequeño espacio.

A pesar de la experiencia constitucional que se constata, se debe insistir en los mencionados límites para las mutaciones constitucionales, bajo pena de negarse la supremacía normativa de la Constitución.

Agradecimientos

Agradecimientos a la “Fundación de Apoyo a la Investigación del Estado de Espírito Santo – FAPES”, por su efectivo respaldo.

Referencias bibliográficas

- Adeodato, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2006.
- Agra, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2007.
- Barroso, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo, Saraiva, 2009.
- Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2002.
- Barroso, Luís Roberto. “Mutação constitucional”. En: Moreira, Eduardo Ribeiro; Pugliese, Marcio. *Vinte anos da Constituição brasileira*. São Paulo, Saraiva, 2009: 209-226.
- Belaunde, Domingo Garcia. “O precedente vinculante e sua revogação pelo Tribunal Constitucional (análise do caso Prov ias Nacional, Proc. N  3.909-2007-PA/TC)”. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, ano 3, n. 11 (Belo Horizonte, jul./set. 2009): 35-42.
- Biscaretti Di Ruffia, Paolo. *Direito constitucional: instituições de direito público*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo, RT, 1984.
- Callejón, María Luisa Balaguer. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid, Tecnos, 1997.
- Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra, Almedina, 2002.
- Cl ve, Cl merson Merlin. *Medidas provisórias*. 2. ed. São Paulo, Max Limonad, 1999.
- Ferraz, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudanç a da Constituição*. São Paulo, Max Limonad, 1986.
- Ferraz Junior, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2001.

- Ferreira, Daniela Câmara. “Medidas provisórias e mutações inconstitucionais”. En: Figueiredo, Guilherme José Purvin de; Nuzzi Neto, José (org.). *Temas de direito constitucional: estudos em homenagem ao advogado público André Franco Montoro*. Rio de Janeiro: AD-COAS/IBAP, 2000, p. 149.
- Guastini, Riccardo. “A “constitucionalização” do ordenamento jurídico e a experiência italiana”. En: Souza Neto, Cláudio Pereira de; Sarmento, Daniel. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007: 271-293.
- Hesse, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1991.
- Hesse, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1998.
- Hesse, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. México, Porrúa, 2007.
- Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocência Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2008.
- Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 2. ed. rev. São Paulo, Max Limonad, 2000.
- Pedra, Adriano Sant’Ana. *A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2005.
- Pedra, Adriano Sant’Ana. “A construção judicial da fidelidade partidária no Brasil”. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, ano 2, n. 6 (Belo Horizonte, abr./jun. 2008): 207-249.
- Pedra, Adriano Sant’Ana. “A importância do concreto no processo interpretativo dos direitos fundamentais”. *Depoimentos – Revista de Direito da FDV*, n. 14 (Vitória: jul./dez. 2008): 9-12.
- Pedra, Adriano Sant’Ana. *Mutación constitucional de los derechos fundamentales y prohibición de retroceso*. En: Memoria del X Congreso Iberoamericano de derecho constitucional, 2009, Lima (Peru). Tomo 1. Lima: Idemsa, 2009.
- Pedra, Adriano Sant’Ana. “Possibilidade de edição de medidas provisórias pelos municípios”. *Interesse Público*. a. 2. n. 8 (São Paulo: out-dez 2000): 91-99.
- Queiroz, Cristina. “Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade”. En: Silva, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo, Malheiros, 2007: 165-216.

- Sagiús, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución*. 2. ed. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.
- Sánchez, José Acosta. "Transformaciones de la Constitución en el siglo XX". *Revista de Estudios Políticos*. n. 100, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, 1998): 57-100.
- Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid, Alianza, 2006.
- Shakespeare, William. *O mercador de Veneza*. Trad. Carlos Alberto Nunes. Rio de Janeiro, Ediouro, 2000.
- Silva, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo, Malheiros, 2002.
- Stern, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- Streck, Lenio Luiz; Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni de; Lima, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. En: Agra, Walber de Moura; Castro, Celso Luiz Braga de; Tavares, André Ramos (Coord.). *Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio*. Belo Horizonte, Fórum, 2008.
- Tavares, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2005.
- Teixeira, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.
- Urrutia, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 20, n. 58 (Madrid, jan./abr. 2000): 105-135.
- Vega, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid, Tecnos, 1999.

RECIBIDO: 18-5-2011 • ACEPTADO: 16-12-2011

Datos del autor: Adriano Sant'Ana Pedra (Vitória, Espírito Santo, Brasil) es Doctor en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC/SP). Máster en Derechos y Garantías Fundamentales por la Facultad de Derecho de Vitória (FDV). Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Vitória (FDV) en los cursos de graduación, especialización y maestría. Profesor de la Escuela de la Magistratura del Estado de Espírito Santo (EMES). Procurador Federal de Abogacía General de la Unión (Brasil). Correo electrónico: adrianopedra@fdv.br.