



LOS SIGNIFICADOS DE LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

Felipe Bizinoto Soares de Pádua¹

Resumen: La idea de rigidez constitucional se ve tradicionalmente en relación a una Constitución rígida, que requiere el cumplimiento de solemnidades para su alteración. En la perspectiva de los mecanismos de protección constitucional (el control de constitucionalidad) hay un significado adicional para la rigidez constitucional, este vinculado a la protección contra actos inconstitucionales. Sobre estos dos significados de rigidez constitucional que este artículo tratará.

Palabras clave: Rigidez constitucional; Supremacía de la Constitución; Enmienda a la Constitución; Control de constitucionalidad.

1 Consideraciones iniciales

En *la lucha por la justicia* se retrata la historia de un abogado recién graduado que se dedica a brindar asistencia legal adecuada a los presos que se encuentran en el corredor de la muerte, mostrando la interacción del personaje principal con diversos presos negros, en particular uno que fue acusado falsamente y condenado por asesinato. Además de los problemas carcelarios y étnicos que presenta la película, es importante destacar dos ideas tratadas por Konrad Hesse (1991, pág. 13-23) y Norberto Bobbio (2011, pág. 55), a saber, la Constitución como diploma jurídico dotado de máxima jerarquía es un logro para el Derecho y que ese logro proviene del ámbito social, de las creencias sociales que sirven de vínculo para que un texto jurídico resulte aplicable. Esta dualidad es expresada en las lecciones de Geraldo Ataliba (2011, pág. 17-18), para quien la Constitución no es solo un instrumento jurídico (texto), sino una práctica social.

El logro constitucional anterior es mostrado por Dalmo de Abreu Dallari (2010) desde una perspectiva histórica, que demuestra que el resultado que ha alcanzado la contemporaneidad es dual: al mismo tiempo es producto de aportes pasados y también parte de un proceso que - aparentemente - continuará. En resumen, la conquista de la Constitución contemporánea es tanto

¹ Estudiante de maestría en Derecho, Justicia y Desarrollo en el Instituto de Derecho Público de São Paulo (2021). Posgrado en Derecho Constitucional y Proceso Constitucional, en Derecho Registral y Notario, en Derecho Ambiental, Procesos Ambientales y Sostenibilidad, todo por el Instituto de Derecho Público de São Paulo / Facultad de Derecho de Brasil (2019). Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de São Bernardo do Campo (2017). Es monitor voluntario en las asignaturas Derecho Constitucional I y Práctica Constitucional, impartidas en la Facultad de Derecho São Bernardo do Campo (2018-). Monitor voluntario del grupo de estudio Ciudadanía plena de la niñez y la adolescencia - Estudios sobre la violencia, de la Facultad de Derecho São Bernardo do Campo (2020-). Es miembro del grupo de investigación Hermenéutica y Justicia Constitucional: STF, de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (2019), y miembro del grupo de investigación Derecho Privado en el Siglo XXI, del Instituto Brasiliense de Direito Público (2020-). Fue asistente de coordinación en el Centro de Estudios Permanentes en Arbitraje (NEPA), en la Facultad de Derecho São Bernardo do Campo (2018). Fue columnista de la edición electrónica del *Jornal Estado de Direito* (2020-2021). Abogado y asesor legal. E-mail: bizinoto.felipe@hotmail.com

un resultado como un proceso continuo. Entre estos aportes se encuentra la cultura jurídico-política de Estados Unidos, que en 1787 trajo al mundo la noción de la Constitución como diploma de la más alta jerarquía dentro de un Estado, un texto propuesto por una autoridad constituyente y que establece las pautas del Estado (DALLARI, 2010, pág. 229 y sigs.).

Desde la perspectiva de hoy, la Constitución se define como el conjunto de decisiones políticas fundamentales dotadas de la más alta jerarquía dentro de un ordenamiento jurídico y que atañen fundamentalmente a las posiciones jurídicas fundamentales y a la organización y finalidad del Estado (PÁDUA, 2020c; BARROSO, 2015, pág. 107).

Es a partir de la definición de la Constitución, con énfasis en su jerarquía, que se desarrolla el punto central de este artículo: la rigidez constitucional. Después de todo, ¿qué es? Para ello, se presentarán dos definiciones o acepciones: (i) una primera que se denomina rigidez constitucional legislativa, que implicará la cuna de la relación constitucional democrática que prevalece en una parte sustancial de los discursos de los países: el Legislativo; y (ii) una segunda que se denomina rigidez constitucional técnico-decisional, que se refiere a la garantía de la supremacía de la Ley Fundamental en relación con los actos estatales de violación potencial o efectiva de preceptos superiores.

El punto común de las acepciones radica en la perspectiva de Georges Vedel (2002, pág. 117-118), quien menciona que el reconocimiento de la rigidez constitucional tiene como consecuencia central la supremacía de la Constitución en relación con otros actos jurídicos (públicos y privados). Esto resulta de la comprensión de Hans Kelsen (1998, pág. 246-249) sobre la Constitución en su sentido formal, como diploma de máxima jerarquía, y que es ese conjunto normativo que corresponde al fundamento de validez de todos los actos del ordenamiento jurídico.

2 Aceptión legislativa

La rigidez constitucional legislativa se refiere a la visión tradicional que nutre en relación al texto constitucional, partiendo de la clasificación de la Constitución en relación a su mutabilidad. Según Michel Temer (1984, pág. 15-16), la mutabilidad formal constitucional es medida en tres grados clasificatorios: es rígida la Constitución cuya alteración de texto requiere un procedimiento específico dotado de más solemnidades; es flexible la Constitución cuya reforma no posee un procedimiento específico, y se aplica el trámite común de las leyes *stricto sensu*; y es semirrígida la constitución cuya modificación resulta dual: una parte requiere su propio procedimiento, y la otra sigue el trámite legislativo común.

La noción de rigidez aquí desarrollada se refiere a la primera clasificación, la de constituciones rígidas, siendo ejemplos de estas la Constitución de Brasil de 1988 (CRFB/1988), la Constitución de Estados Unidos y la Constitución de Alemania de 1949.

La CRFB/1988 contiene un conjunto de solemnidades que deben ser cumplidas para

que un acto de reforma (Enmienda a la Constitución) sea considerado válido. En su Art. 60 consta todo el procedimiento que pasa por el interior del Congreso Nacional para convertir una propuesta de enmienda a la Constitución (PEC) en un cambio efectivo en algún enunciado de la Ley Fundamental brasileña.

El uso terminológico sobre el contenido del Art. 60 CRFB/1988 es de la Teoría General del Derecho, particularmente el utilizado en el entendimiento de Antonio Junqueira de Azevedo (2002, pág. 42), que trata del negocio jurídico: las lecciones se aplican más ampliamente (y afectan al Derecho Constitucional), ya que el proceso legislativo es una declaración de la voluntad del Estado-Legislator y, por tanto, la Reforma de la Constitución y su proceso de elaboración es también un acto de voluntad. Por tratarse de un acto de voluntad, debe ser sano y, por tanto, cumplir con ciertos requisitos de validez, que consisten en cualidades que deben tener aquellos actos que pasan por el plan de validez para producir los efectos de Derecho (AZEVEDO, 2002, pág. 29-30 y pág. 42).

Aplicando la premisa de la TGD a la rigidez constitucional legislativa, esta se exterioriza en la Constitución brasileña a través del Art. 60, que establece tres bloques a los que se da el nombre de límites (SILVA, 2013, pág. 63-70; TEMER, 1984, pág. 159-160; RUSSOMANO, 1976, pág. 131-133; MELGARÉ, 2018, pág. 86-91). Volviendo a la TGD, son precisamente limitaciones, y no restricciones, ya que este tipo de trazos distinguen en cuanto a su origen: según la palabra de FC Pontes de Miranda (1972, pág. 80), las limitaciones son los contornos que marca el ordenamiento jurídico, especialmente el ordenamiento jurídico, mientras que las restricciones son los contornos en virtud de actos jurídicos, especialmente las transacciones jurídicas.

Por tanto, las limitaciones constitucionales al poder de reforma comprenden un conjunto de requisitos de validez circunstancial, formal y material que deben ser cumplidos por la reforma del texto constitucional para que pueda producir plenamente sus efectos jurídicos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, pág. 125-126; SILVA, 2013, pág. 67-70; MELGARÉ, 2018, pág. 87-90; BARROSO, 2015, pág. 183 y ss.; VEDEL, 2002, pág. 118-119). Estas limitaciones o límites al poder reformador se establecen de la siguiente manera en la CRFB/1988 (BRASIL, 1988):

Art. 60. La Constitución podrá ser enmendada mediante propuesta:

I - de al menos un tercio de los miembros de la Cámara de Diputados o del Senado Federal;

II - del Presidente de la República;

III - de más de la mitad de las Asambleas Legislativas de las unidades de la Federación, manifestándose cada una por la mayoría relativa de sus miembros.

§ 1º La Constitución no podrá ser enmendada estando en vigor régimen de intervención federal, estado de defensa o estado de sitio.

§ 2º La propuesta será discutida y votada en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos turnos, considerándose aprobada si obtiene, en ambos, las

tres quintas partes de los votos de los respectivos miembros.

§ 3º La reforma constitucional será promulgada por las Mesas de la Cámara de Diputados y del Senado Federal, con el respectivo número de orden.

§ 4º No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir:

I - la forma federativa de Estado;

II - el voto directo, secreto, universal y periódico;

III - la separación de los poderes;

IV - los derechos y garantías individuales.

§ 5º El asunto contenido en la propuesta de enmienda rechazada o considerada perjudicada no puede ser objeto de una nueva propuesta en la misma sesión legislativa.

De acuerdo con lo anterior, no podrá haber enmienda a la Constitución mientras esté en vigor régimen de intervención federal, estado de defensa o estado de sitio. De esta declaración se extraen límites circunstanciales, que comprenden un conjunto de cualidades que se relacionan con el momento en que se prohíbe la reforma de la Constitución. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, pág. 131-132; BARROSO, 2015, pág. 185; SILVA, 2013, pág. 68; MELGARÉ, 2018, pág. 89). Se trata de determinadas situaciones de grave inestabilidad en el Estado brasileño que hacen inviable la reforma constitucional, situaciones que son la intervención federal, el estado de defensa y de sitio.

Debido al gran colorido que el mundo de los hechos toma del mundo jurídico, un destaque importante realizado por Ingo W. Sarlet es que las PECs que tramitaban cuando se cumplió alguna de las circunstancias del § 1º del Art. 60 incurrirá en la suspensión del proceso de propuesta hasta que la determinada situación sea superada (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, pág. 131-132). Esto sucedió con el doble decreto de intervención federal en 2018, en Roraima y Río de Janeiro, que derivó en la suspensión, ej., de las PECs de la reforma tributaria y la reforma federativa.

El segundo grupo de limitaciones son las limitaciones o límites formales al poder reformador, que comprenden un conjunto de cualidades que se relacionan con el procedimiento de reforma constitucional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, pág. 126; BARROSO, 2015, pág. 186; SILVA, 2013, pág. 67; MELGARÉ, 2018, pág. 87; VEDEL, 2002, pág. 118). La Constitución brasileña de 1988 contiene las limitaciones formales en los artículos I a III y en los §§ 2º, 3º y 5º del Art. 60.

Aunque los pasos de la Enmienda a la Constitución difieren de los demás diplomas legales del Art. 59 de la CRFB/1988, se aplica el razonamiento didáctico (MELGARÉ, 2018, pág. 77-85; RUSSOMANO, 1976, pág. 121-130): (I) la iniciativa es el poder de iniciar el procedimiento de reforma constitucional y su impulso lo realiza (i.1) el Presidente de la República, (i.2) al menos un tercio de los miembros de la Cámara de Diputados o del Senado Federal, o (i.3) más de la mitad de las Asambleas Legislativas de las unidades de la Federación, manifestándose en cada una por la mayoría relativa de sus miembros; (ii) la votación es el proceso deliberativo que se lleva a cabo dentro del Congreso Nacional, y la PEC debe ser

votada en cada una de las Cámaras, en dos turnos y con aprobación si obtiene un mínimo de tres quintos de los miembros de cada Cámara en ambos turnos. El asunto rechazado o perjudicado de la PEC sólo podrá ser propuesto en la próxima sesión legislativa; (iii) la promulgación, que comprende la conversión de la PEC en Enmienda a la Constitución y que se realiza mediante acto de las Mesas de la Cámara de Diputados Federal y del Senado Federal, atribuyéndose un número de serie; y (iv) publicación, que comprende la presentación del acto y sus efectos al público, que se produce a través de los Boletines Oficiales.

Como última limitación están los límites materiales, también llamados cláusulas pétreas, que comprenden un conjunto de cualidades que debe reunir el poder de reforma en relación a aspectos de contenido contra los que la PEC no puede atentar, ya que comprenden el núcleo material que da identidad a la Constitución (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, pág. 132; BARROSO, 2015, pág. 194; SILVA, 2013, pág. 68; MELGARÉ, 2018, pág. 89; VEDEL, 2002, pág. 118). Sobre la clase de limitaciones, existen limitaciones materiales explícitas e implícitas.

Las limitaciones materiales explícitas están contenidas en el § 4º del Art. 60 e implican la prohibición de que sea deliberada (fase de votación) PEC tendiente a abolir la forma federativa de Estado, el voto directo, secreto, universal y periódico, la separación de los " Poderes ", los derechos y garantías individuales.

Las limitaciones materiales implícitas son aquellas que no están contenidas categóricamente en el texto constitucional brasileño como tales, aunque derivan de lo que Karl Loewenstein (1979, pág. 186) denomina espíritu y *telos* constitucional. Más en detalle, tales límites implícitos derivan de la lógica estructural extraída de la propia Constitución, y la doctrina varía en enumeración (BARROSO, 2015, pág. 201; SILVA, 2013, pág. 70), pero que se pueden sintetizar en tres grupos : 1º sobre el titular del poder constituyente originario, ya que el reformador está subordinado al constituyente y, por lo tanto, no puede alterar el titular de la soberanía (en el contexto actual, el pueblo); 2º sobre el titular del poder constituido de reforma (o poder constituyente reformador), porque sólo el poder constituyente puede establecer un nuevo reformador; y 3º sobre el procedimiento de reforma de la Constitución, ya que el poder reformador es delegado del poder originario, y el primero no puede alterar la propia delegación.

Nuevamente, es a partir de esta amplia solemnidad que abarca varias limitaciones a la reforma constitucional brasileña que se destaca el significado más tradicional de rigidez, aquí llamada rigidez constitucional legislativa, ya que ocurre en el ámbito de una definición más amplia del proceso legislativo (que involucra todas las funciones estatales, no solo el Legislativo).

3 Aceptación técnico-decisional

Al preguntar por qué cumplir con la Constitución, Hans Kelsen (1998, pág. 67-78) y Konrad Hesse (1991, pág. 24-32) responden que es una norma jurídica y, por lo tanto, no es declinable voluntariamente, sino obligatoriamente pasible de cumplimiento, es decir, la Constitución debe ser cumplida por ser Derecho, y el Derecho se caracteriza por su obligación, bajo pena de utilizar el aparato estatal para conformar el hecho (incumplimiento) de la norma (cumplimiento).

Bajo el aspecto reactivo, se desarrolla la aceptación técnico-decisional de rigidez constitucional. Es decir: se parte de una rigidez que reacciona ante un cierto incumplimiento del precepto constitucional, mediante exposición de los mecanismos que conforman el ser al debe ser. Y es en este sentido que se desarrollan dos debates: uno sobre quién hace cumplir la Constitución o, mejor dicho, quién en última instancia guarda el orden constitucional, y el otro, sobre cómo este guardián ejerce su atribución de custodia constitucional.

Sobre la primera pregunta surge el famoso debate entre Hans Kelsen (2013, pág. 237-298) y Carl Schmitt (2007) sobre la pregunta: ¿quién es el guardián de la Constitución? Es importante informar que este debate no se trata del exclusivo guardián, pues asume que todas las funciones o " Poderes " del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) son poderes constituidos y, por lo tanto, deben respetar y proteger la Constitución. Se trata de resguardar la Ley Fundamental desde el punto de vista de quién es la máxima autoridad dentro de un Estado al que se recurre para resolver cuestiones constitucionales.

Ya contextualizada en la historia, la visión schmittiana prevaleció en sus inicios, entendiéndose que una autoridad política (el Führer, en este caso) sería la última voz de (y sobre) la Constitución (SCHMITT, 2007). Después de la Segunda Guerra Mundial hubo una victoria kelseniana, en el entendido de que una autoridad técnica (órgano o función estatal separada) sería la última voz de (y sobre) la Constitución (KELSEN, 2013, pág. 237-298). En la actualidad, se dice que muchos Estados viven momentos políticos y jurídicos en los que los Tribunales Constitucionales tienen un gran poder, pudiendo denominar la situación (incluso con cierto grado de exageración) como la *Era de los Tribunales*.

Sobre la segunda cuestión, el principal instrumento a través del cual los Tribunales Constitucionales ejercen la custodia del texto constitucional es el llamado control de constitucionalidad, que a grandes rasgos comprende una especie de juicio de verificación de la compatibilidad de un determinado acto estatal en relación con los requisitos de validez inscritos en la Constitución (PÁDUA, 2020a; BARROSO, 2015, pág. 109). En una ocasión anterior, se destacó la sentencia de constitucionalidad como una especie de juicio de compatibilidad, que tiene como otras clases los juicios de recepción, convencionalidad y de legalidad (PÁDUA, 2020b; PÁDUA; MINHOTO, 2021, pág. 61-82).

Como se informó, todas las autoridades tienen su fundamento en la Constitución y, por

lo tanto, deben velar por la integridad del sistema constitucional. La acepción de rigidez técnico-decisional está en la idea que genera el control de constitucionalidad en vista de que es inútil que una orden tenga todo un aparato solemne para la enmienda constitucional y no tenga garantías de que estos procedimientos sean obedecidos y que los actos que contraríen el texto constitucional sean sancionados.

A pesar de este amplio campo de protección, este artículo se centrará en la revisión de la constitucionalidad judicial, la cual será tratada bajo dos enfoques que varían en relación al grado de actuación judicial sobre actos estatales cuya compatibilidad se verifica.

Mauro Cappelletti (1984, pág. 23-44) y Jorge Miranda (2017, pág. 32-36) demuestran que el juicio de constitucionalidad, además de ser un juicio de compatibilidad, y estar situado en el plano de la validez, implica inevitablemente una injerencia judicial en el plano político (área de protagonismo del Ejecutivo y del Legislativo), determinando un predominio jurídico sobre el político, de la supremacía de la Constitución en relación al mundo del gobierno legitimado por la mayoría. Es para evitar mayores fricciones que Hans Kelsen (2013, pág. 301-319) desarrolló la figura del Tribunal Constitucional como un legislador negativo y cuyos efectos de la decisión de inconstitucionalidad tendrían efectos prospectivos (*ex nunc*).

Es considerando que la tradición cultural jurídica del control judicial de constitucionalidad que reconoce que el primero o primer foco concierne, precisamente, a la tradicional decisión de inconstitucionalidad, que, independientemente del modelo adoptado (inspirado en EE.UU. o Austria o Francia), corresponde a una eliminación del acto estatal del sistema (MIRANDA, 2017, pág. 11-17). El acto cuya constitucionalidad es cuestionada existe en el mundo jurídico, puede producir efectos en razón de la presunción que milita a su favor, pero será deshecho por su irreparable invalidez, que resulta en el pronunciamiento de la inconstitucionalidad por la vía judicial.

A pesar de la idealización kelseniana de mínima fricción jurídico-política, la hipercomplejidad social arrastró el Derecho, siendo el escenario brasileño un ejemplo de fuerte acción judicial en el ámbito de responsabilidad del Estado-Legislator y del Estado-Estado Ejecutor, en particular en las políticas públicas. Respecto a este ejemplo en el que existe un evidente conflicto entre los "Poderes" mayoritarios y el "Poder" técnico, Ana Paula de Barcellos (2011, pág. 244) explica que las medidas administrativas y legislativas no pueden abandonar el compromiso constitucional con una existencia humana digna, ya que estarían violando uno de los fundamentos del Estado brasileño, la dignidad humana.

Y con fundamento en el llamado mínimo existencial y en la conducta inconstitucional del legislador o administrador, los magistrados - con énfasis en el Tribunal Supremo Federal - actúan en áreas que están constitucionalmente designadas como de dominio legislativo y administrativo, sirviendo los siguientes juicios:

(...) si bien la prerrogativa para formular y ejecutar políticas públicas reside principalmente en los Poderes Legislativo y Ejecutivo, es posible, sin embargo, que el Poder Judicial determine, aunque con carácter excepcional, especialmente en los casos de políticas públicas definidas por la propia Constitución, ya sea que estas sean implementados por organismos estatales incumplidores, cuya omisión -por cuanto conlleva el incumplimiento de cargos políticos-jurídicos que inciden sobre ellos con carácter obligatorio- se muestra apta a comprometer la eficacia y la integridad de los derechos sociales imbuidos de rango constitucional”. Precedentes. Agravio reglamentario denegado (STF, 2009b).

(...) 4. Es por ello que, en un primer momento, la reserva de lo posible no puede oponerse a la realización de los Derechos Fundamentales, ya que, en cuanto a estos, no le cabe al administrador público desconocerlos en sus elecciones. Ni siquiera la voluntad de la mayoría puede considerar estos derechos como secundarios. Esto, porque la democracia no se limita a la voluntad de la mayoría. El principio del mayoritario es solo un instrumento en el proceso democrático, pero este no se limita a aquel. La democracia es, más allá de la voluntad de la mayoría, la realización de los derechos fundamentales. Solo habrá democracia real donde haya libertad de expresión, pluralismo político, acceso a la información, a la educación, inviolabilidad de la intimidad, respeto por las minorías y las ideas de las minorías, etc. Estos valores no se pueden ser dañados, incluso si es la voluntad de la mayoría. De lo contrario, se estará usando la "democracia" para extinguir la Democracia.

5. Con esto, se observa que la realización de los Derechos Fundamentales no es una opción del gobernante, no es el resultado de un juicio discrecional, ni puede verse como una cuestión que dependa únicamente de la voluntad política. Aquellos derechos que están estrechamente vinculados a la dignidad humana no pueden verse limitados por la escasez cuando esta es el resultado de las elecciones del administrador.

No por otra razón se afirma que la reserva de lo posible no se opone a la realización del mínimo existencial (STJ, 2010a).

(...) 1. Los derechos sociales no pueden estar condicionados a la buena voluntad del Administrador, siendo de fundamental importancia que el Poder Judicial actúe como órgano de control de la actividad administrativa. Sería una distorsión pensar que el principio de separación de poderes, originalmente concebido con el alcance de garantizar los derechos fundamentales, podría ser utilizado precisamente como un óbice para la realización de los derechos sociales, igualmente fundamentales.

2. En el caso de un derecho fundamental, incluido en el concepto de mínimo existencial, no existirá impedimento jurídico para que el Poder Judicial establezca la inclusión de una determinada política pública en los planes presupuestarios del ente político, especialmente cuando no existe prueba objetiva de la incapacidad económico-financiera de la persona estatal.

3. *In casu*, no existe impedimento jurídico para que la acción, que tiene como objetivo asegurar el suministro de medicamentos, se dirija contra el municipio, en vista de la jurisprudencia consolidada de esta Corte, en el sentido de que “el funcionamiento del Sistema Único de Salud (SUS) es de responsabilidad solidaria de la Unión, Estados Miembros y Municipios, por lo que cualquiera de estas entidades tiene legitimidad ad causam para aparecer en el polo pasivo de demanda que procura garantizar el acceso a la medicación a personas sin recursos económicos (STJ, 2010b).

Además de las políticas públicas, otro caso en el que el Poder Judicial brasileño interviene en la esfera legislativa es el de la innovación al reconocer un *status* a actos internacionales absorbidos por la ley brasileña y que involucran temas de derechos humanos, aunque no hayan cumplido con el procedimiento del Art. 5, § 3º de la Ley Fundamental de Brasil. Tales actos en una situación de materialidad constitucional, pero de formalidad jurídica, es que el Supremo Tribunal Federal reconoció la condición de suprallegal a los actos internacionales, es decir, un acto que se encuentra por debajo de la Enmienda de la Constitución y por encima de las leyes *stricto sensu* y demás actos jurídicos, atendiendo el caso del depositario infiel cuyo Art. 5, LXVII de la Constitución de 1988 fue interpretado a la luz del Art. 7, § 7º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica):

RECURSO. Extraordinario. Procedencia Parcial. Prisión Civil. Depositario infiel. Posibilidad. Alegatos rechazados. Precedente del Pleno. Apelación reglamentaria denegada. El Pleno de la Corte resolvió que, debido al status supra legal del Pacto de San José de Costa Rica, se han derogado las normas estrictamente legales que definen la custodia del depositario infiel. (STF, 2009a).

Debido a la frecuente acción judicial basada en la inconstitucionalidad de los " Poderes " mayoritarios, intervención judicial que va más allá del marco normativo establecido por la Constitución, surge el segundo enfoque. Se trata de una vía intermedia entre el retiro del acto del sistema y la inanición en relación a los preceptos constitucionales: Karl Larenz (2019, pág. 479 et seq.) enseña que existen mecanismos hermenéuticos a través de los cuales los actos de constitucionalidad cuestionada en juicio son mantenidos en el sistema, siempre y cuando comprendidos de determinada forma, mecanismos cuyo género es el llamado de interpretación según la Constitución.

Las especies de interpretación según la Constitución son tratadas por Luís Roberto Barroso (2015, pág. 336-338), Jorge Miranda (2017, pág. 84-88), Luiz Guilherme Marinoni (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, pág. 1218-1221) y Elival da Silva Ramos (2015, pág. 212-229), todos referidos a la doctrina italiana y a la existencia de diferentes especies de sentencias manipuladoras, pero enfatizando la especie de interpretación de acuerdo con la Constitución y el decreto parcial de inconstitucionalidad sin reducción textual². La primera especie es decisión de carácter hermenéutico y consiste en analizar cuál o cuáles de las diversas interpretaciones extraídas del acto cuestionado son compatibles con la Constitución, y la decisión será delimitar tales interpretaciones de acuerdo con la actividad hermenéutica; la

² En cuanto a esta especie, la doctrina en general habla como una declaración parcial de inconstitucionalidad sin reducción de texto, terminología a la que no se adhiere el autor de este artículo, pues la inconstitucionalidad se ubica en el plano de validez, requiriendo una decisión desconstitutiva para que el acto cuestionado sea retirado del orden constitucional, es decir, modificado en su interpretación para ser compatible con el sistema. El desacuerdo se basa en la ubicación de la inconstitucionalidad, y la decisión de que la invalidez tiene fuerza disconstituyente, según una lección de F.C. Pontes de Miranda (1972).

segunda especie es una decisión de carácter judicial y consiste en analizar cuál o cuáles marcos fácticos deben ser excluidos del ámbito de incidencia normativa, manteniendo la interpretación/aplicación de la normativa en aquellos marcos fácticos no retirados del ámbito de incidencia del acto cuestionado.

Al segundo enfoque, más a la vista de las explicaciones que implica el plano jurídico hermenéutico, es importante destacar la visión de Hans Kelsen (1998, pág. 4-5), Vezio Crisafulli (1964), Eros R. Grau (2018, pág. 39-41) y Humberto Ávila (2016, pág. 50-51), quienes entienden que existe una diferencia entre disposición (*disposizione*), o mejor dicho, fuente de Derecho³, y norma: la primera especie es el Derecho en su latencia, es la fuente a partir de la cual el intérprete ejercerá la interpretación, mientras que la norma jurídica es el resultado de la interpretación de la fuente del Derecho. Al hablarse del género de interpretación según la Constitución, entonces se hace referencia al plano hermenéutico, al plano de significantes y significados, al de la interpretación de las fuentes jurídicas, siendo la finalidad de los mecanismos relacionados con el control de constitucionalidad la preservación de la fuente mediante la impresión de ciertos significados y la exclusión de otros.

Ocurre que aun con todo este recurso a la deferencia a la opción legislativa (o administrativa) mediante el uso de interpretaciones acordes a la Constitución, una crítica válida de Elival da Silva Ramos (2015, pág. 23-333) es que muchos espacios normativos no judiciales son judicializados y, en consecuencia, son conducidos a que el Estado-Juez decida sobre aquellos espacios de las demás funciones estatales. Esto tiene como posible fuente al propio legislador, que tiene un rol mayor en los ordenamientos de familia romano-germánica (los sistemas de *Civil Law*) y que establece textos dotados de mayor elasticidad en razón de conceptos jurídicos indeterminados y de cláusulas generales, que dan mayor margen de conformación por parte del magistrado (PÁDUA, 2021).

Según António M. da R. y Menezes Cordeiro (2017, pág. 1176 ss.), Karl Engisch (2014, pág. 205 ss.) y Karl Larenz (2019, pág. 686 ss.), los conceptos jurídicos indeterminados son signos dotados de porosidad aptos para que el intérprete cumpla determinados valores y, también, para satisfacer con mayor intensidad el deseo jurídico en el mundo fenoménico, mientras que las cláusulas generales son prescripciones lingüísticas con referencias extrajurídicas que pueden tener o no conceptos jurídicos indeterminados en su interior. Ejemplos de la primera categoría jurídico-lingüística son la relevancia y la urgencia en el Art. 62 de la CRFB/1988, dignidad humana en el Art. 1, III de la CRFB/1988; ejemplos de cláusulas generales constan en el Art. 5º, LIV y LVI de la CRFB/1988⁴.

Es por este amplio espectro de acción que el ordenamiento jurídico le ha dado al Poder

³ Disposición como punto de partida para el intérprete jurídico también se trata como fuente del Derecho (para abarcar otras fuentes además de las textuales), enunciado jurídico y texto.

⁴ “Art. 5º. (...) LIV - nadie será privado de su libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal; LVI - son inadmisibles en el proceso pruebas obtenidas por medios ilícitos” (BRASIL, 1988).

Judicial brasileño, así como ante una Constitución sumamente analítica, que el campo hermenéutico puede no mitigar el riesgo de injerencia judicial en la legislación y la administración, sino que constituye una hipótesis de agravamiento, he aquí, la elasticidad textual y el reconocimiento de medios para que el ejercitante de la revisión judicial de constitucionalidad compatibilice las fuentes con los dictados constitucionales hacen factible que el juez aplicante imprima sus propios valores e incluso reoriente el *telos* jurídico de la fuente, que tiene el mayor ejemplo en Brasil en el ámbito de las políticas públicas.

4 Conclusiones

Como premisa central que surge de la idea de rigidez constitucional yace la supremacía de la Constitución, que parte de la definición de un texto constitucional en su acepción formal, es decir, de un conjunto de normas constante en un diploma que tiene máxima jerarquía dentro de un sistema de derecho.

Tradicionalmente, la definición de rigidez constitucional está ligada a la concepción de Constitución rígida, que implica una clasificación sobre la mutabilidad textual o formal. Es a partir de este entendimiento que se reconoció la rigidez constitucional en su acepción legislativa, consistente en las limitaciones o límites a la facultad de reformar el texto de la Ley Fundamental. En la CRFB/1988 estos límites constan en el Art. 60, que plantea una visión amplia de que las limitaciones constitucionales al poder de reforma comprenden un conjunto de requisitos de validez circunstancial, formal y material que debe cumplir la reforma del texto constitucional para que produzca plenamente sus efectos jurídicos.

Con el surgimiento de la *Edad de los tribunales* es que surge un segundo significado de rigidez constitucional, entendida ésta como de carácter técnico-decisional, que surge de la necesidad de garantías de salud sistémica y vinculada al sistema de control de constitucionalidad, enfáticamente con la revisión judicial de constitucionalidad. Este nuevo significado se desarrolla en dos enfoques: (I) el primero involucra una medida más agresiva y tradicional, que es la declaración de inconstitucionalidad del acto estatal cuestionado, es decir, su expulsión del ordenamiento jurídico; y, con el fin de amenizar la fricción entre Derecho y Política, (ii) un segundo enfoque que implica no la remoción del acto estatal del ordenamiento, y sí la utilización de mecanismos a través de los cuales el acto es mantenido en el mundo jurídico, pero sujeto a una determinada comprensión o en su marco interpretativo (interpretación según la Constitución en sentido estricto) o en su marco fáctico de incidencia (decreto parcial de inconstitucionalidad sin reducción textual).

El peligro de una acepción y de otra radica en el choque Judicial vs. Legislativo y Ejecutivo que evidencia el mundo de los hechos, y los mecanismos hermenéuticos que nacieron para suavizar el choque Derecho-Política pueden servir como catalizadores de la interferencia judicial (ya presente) en el ámbito de la acción legislativa o administrativa. El uso de técnicas de

formulación legislativa, conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas generales pueden agravar aún más la situación, incluso con la clara nobleza de los magistrados en la realización del Derecho. De hecho, el conflicto tiene en su centro la necesidad de que haya más Política en los lugares adecuados, en los pasillos del Legislativo y del Ejecutivo, manteniéndose la fuerza del Estado-Juez y haciéndolos tan fuertes como las demás funciones estatales.

Referencias

- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 26 jun. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.185.474 – Santa Catarina**. Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 20/04/2010. DJE: 29/04/2010. Brasília: DF, [2010a]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 26/06/2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso especial n. 1.136.549 – Rio Grande do Sul**. Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 08/06/2010. DJE: 21/06/2010. Brasília: DF, [2010b]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 26 jun. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário n. 404.276**. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 10/03/2009. DJ: 17/04/2009. Brasília: DF, [2009a]. Brasília: DF, [2009b]. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=595595&base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em 26 jun. 2021.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. 7. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017.
- CRISAFULLI, Vezio. Disposizione (e norma). In: Enciclopedia del Diritto. Milano: A. Giuffrè, 1964.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 11. ed. João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

- GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes** (a interpretação/aplicação do Direito e dos princípios). 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1998.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 8. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Traducción por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979.
- MELGARÉ, Plínio. **Direito Constitucional: organização do Estado brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2018.
- MIRANDA, Jorge. **Fiscalização de constitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2017.
- PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. Afinal, o que é controle de constitucionalidade? **Jornal Estado de Direito**. Porto Alegre, 17 mar. 2020c. Disponível em: https://www.academia.edu/42961614/Afinal_o_que_%C3%A9_controle_de_constitucionalidad e. Acesso em 26 jun. 2021.
- PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. Em busca de uma teoria geral da discricionariedade. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro (RECONTO)**. São Paulo, [2021]. Disponível em: <http://revistareconto.com.br/index.php/Reconto/article/view/93>. Acesso em 26 jun. 2021.
- PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. Uma perspectiva multinível do plano da validade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n. 119, p.77-101, maio-jun., 2020b. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/uma-perspectiva-multinivel-do-plano-da-validade/>. Acesso em 26 jun. 2021.
- PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. **Vamos falar de direitos fundamentais (Parte II): deveres fundamentais e os limites aos direitos fundamentais**. **Jornal Estado de Direito**, Porto Alegre, 01 abr. 2020c. Disponível em: https://www.academia.edu/42961616/Vamos_falar_de_direitos_fundamentais_Parte_II_deveres_fundamentais_e_os_limites_aos_direitos_fundamentais. Acesso em 26 jun. 2021.
- PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de; MINHOTO, Vinicius Marinho. Sistema, código e processo constitucional. In: TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco Lacerda (orgs.). **Um Código de Processo Constitucional para o Brasil**. Belo Horizonte: Arraes, 2021.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**: tomo I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RUSSOMANO, Rosah. **Dos Poderes Legislativo e Executivo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo:

Malheiros, 2013.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

VEDEL, Georges. **Manuel élémentaire de Droit Constitutionnel**. Paris: Dalloz, 2002.