

¿REVISAR LA/O ROMPER CON LA CONSTITUCION DIRIGENTE?

Defensa de un constitucionalismo
moralmente reflexivo (*)

JOSE JOAQUIM GOMES CANOTILHO

SUMARIO: I. UN DESAFÍO PROVOCADOR.—II. LAS INCERTEZAS EPISTÉMICAS DE LA «DIRECTIVIDAD» CONSTITUCIONAL: 1. *La Constitución dirigente y la sonrisa de la mujer tracia*. 2. *La Constitución dirigente y la metanarratividad emancipatoria*. 3. *Constitución dirigente como centro de dirección o dirección sin centro*. 4. *Constitución dirigente, soberanía nacional y patriotismo constitucional*.—III. INCOMPRESIONES TEÓRICO-DOGMÁTICAS EN TORNO A LA CONSTITUCIÓN DIRIGENTE: 1. *Constitución dirigente, libertad de conformación del legislador y discrecionalidad legislativa*. 2. *Constitución dirigente, tareas del Estado, fin del Estado*: a) *Preordenación del Estado en forma de Constitución*. b) *Tareas del Estado como tareas constitucionales*. 3. *Constitución dirigente y derecho directamente aplicable*. 4. *Constitución dirigente y omisiones inconstitucionales*.—IV. DESARROLLO CONSTITUCIONAL E IDENTIDAD REFLEXIVA: 1. *Esclarecimientos conceptuales*: a) *Revisión, desarrollo constitucional e identidad reflexiva*. b) *Cláusulas de intangibilidad (cláusulas pétreas) e identidad*. 2. *Desarrollo constitucional y cláusulas de metanarratividad*. 3. *Desarrollo constitucional y políticas públicas de derechos fundamentales*. 4. *Desarrollo constitucional y constitucionalismo moralmente reflexivo*: a) *Constitucionalización y «desmoralización de la libertad»*. b) *Constitucionalizaciones y teoría de la justicia*. c) *Constitucionalismo moralmente reflexivo, mediante un cambio de dirección hacia una contractualización*.

I. UN DESAFÍO PROVOCADOR (**)

En los idos de mayo del año de 1994, un conocido publicista brasileño, me desafió, en un tono medio en serio medio en broma, a intervenir en la «lucha» por la revisión del texto constitucional brasileño de 1988. En efecto

(*) Texto de la conferencia pronunciada por el autor en el Instituto Pimenta Bueno, de São Paulo, el día 22 de septiembre de 1994.

(**) Traducción de Francisco Caamaño, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela y Letrado del Tribunal Constitucional. Las notas marginales señaladas con asteriscos son del traductor.

—añadió nuestro interlocutor—, entre los distintos responsables por la «decisión» constituyente a favor de una Magna Carta dirigente y/o programática se encontraba mi tesis doctoral, leída en Coimbra, que tenía por título *Constitución dirigente y vinculación del legislador* y como subtítulo *Contribución para la comprensión de las normas constitucionales programáticas* (***)). De las palabras de mi ocasional interlocutor no podía deducirse, como es obvio, clase alguna de responsabilidad política por mi parte, sino apenas una cierta complicidad teórico-dogmática relativa a la textura teleológica y programática de la Constitución brasileña de 1988. La acusación que me es imputada se encuentra, por lo demás, vertida en forma de letra (1).

Por coincidencia —¡o tal vez no!— fue la propia persona que me invitó para hablar en este Instituto —el profesor Manoel Gonçalves Ferreira Filho—, el autor más contundente en relación a mis tesis teórico-constitucionales (2). Se comprende, pues, que ante los desafíos, envites y críticas de mis ilustres colegas brasileños, yo no pueda dejar de seguir asumiendo mi complicidad doctrinal a favor de vuestra Constitución democrática. Como se verá, mi gesto es hoy un movimiento mucho menos enérgico en relativa sintonía con las bajas «presiones» político-constitucionales. Debo reconocer que no es fácil, aquí y ahora, ante los auditorios críticos de la década de los noventa, trazar argumentativamente un discurso jurídico-constitucional como lo hice en Portugal en los inicios de la década de los ochenta. ¿Veamos por qué?

II. LAS INCERTEZAS EPISTEMICAS DE LA «DIRECTIVIDAD» CONSTITUCIONAL

1. *La Constitución dirigente y la sonrisa de la mujer tracia*

La Constitución dirigente, o mejor, los textos constitucionales cargados de programaticidad —desde la vieja Constitución mejicana de 1918, hasta la Constitución brasileña de 1988, pasando por la Magna Carta portuguesa de

*** La citada tesis doctoral está publicada como monografía, bajo el mismo título —*Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas programáticas*—, por Coimbra Editora, Limitada (1982).

(1) Cfr. NEY PRADO: *Razões das Virtudes e vícios da Constituição de 1988*, São Paulo, 1994, pág. 26: «Esta concepción (la de la “Constitución dirigente”) tiene su vertiente intelectual en la obra de un influyente constitucionalista portugués, de formación marxista, Joaquim Gomes Canotilho, denominada *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*.»

(2) Cfr. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO: «A Nova Constituição Brasileira: Constituição-Dirigente ou Constituição-Plano», *Convivium*, núm. 6, 1988: «En esta misma línea —es-

1976— están hoy en un «foso» bajo el mirar implacable de muchos escarnios y maldecires. A los adeptos de los dirigismos y directividades vinculados a través de normas —y sobre todo las constitucionales— les ocurre hoy lo que ya aconteciera a Tales de Mileto hace millares de años. Son víctimas de sonrisas irónicas semejantes a los de la mujer-sierva de la Tracia que acudió a los gritos de socorro del astrólogo milésico caído en un pozo cuando observaba en la noche las estrellas. Durante mucho tiempo esa «instantánea» y esa «sonrisa» tuvieron un relevante significado cultural: el descrédito de los teóricos —y de los constructores de utopías, añadimos nosotros— más dados a captar el mundo de las estrellas que a mirar para las cosas de la tierra. Lo trágico de la «instantánea» no estará, hoy, únicamente en la incapacidad de los mira-estrellas para asentar los pies en el suelo e intentar comprender las celadas de la *praxis*. Más que eso: al derribarse los muros se reveló con estruendo que la imagen no tenía siquiera la grandeza del pecado. El pozo en el que se cayó no era una cisterna en la que el agua brotaba cristalina de las profundidades de la tierra; por el contrario, era una simple cueva, una fosa banal enfangada y sin calado. La sonrisa irónica de la sierva tracia se transmuta en escarnio de multitudes, y el mirar hacia lo lejos se queda prisionero de la fragilidad de un suelo abierto a terremotos (3).

Dejemos este lenguaje simbólico-cultural y llamemos a las cosas por su nombre: las miradas políticas, doctrinarias y teóricas procedentes de varios cuadrantes —desde el pensamiento liberal de la Constitución abierta, hasta el sistemismo autopoiético, pasando por algunas instituciones de la llamada sociología crítica— no cesan de proclamar la falacia de los «Códigos dirigentes» en un mundo caracterizado por la conjetura, la circularidad, los particularismos y otros riesgos. Volveremos sobre algunas de estas miradas.

2. *La Constitución dirigente y la metanarratividad emancipatoria*

Si la Constitución programática fuese tan sólo el rostro normativo de la utopía de ahí no se derivaría ningún gran mal para el mundo. La «institución

cribe el autor— la Constitución debe ser algo más que una organización limitativa del poder: debe ser un gran programa de transformaciones políticas, sobre todo económicas y sociales. Tal plan, para Canotilho y sus seguidores, se destina a operar la transformación para el socialismo, como etapa para la instauración, un día, del comunismo.»

(3) El significado cultural del episodio al que nos referimos en el texto fue analizado brillantemente por HANS BLUMENBERG: *O Riso da Mulher da Trácia. Uma pré-historia da Teoria*, Lisboa, 1994 (original alemán de 1987: *Das Lachen der Thrakerin. Eine Urgeschichte der Theorie*, Frankfurt/M.

imaginaria de la sociedad» (Castoriadis) se limitaría a eso mismo, a un *topos* sin lugar. Sucede, sin embargo, que bajo el «programa constitucional» subyace toda una *filosofía del sujeto* y una *teoría de la sociedad* cuyo voluntarismo desmedido y holismo planetario conduciría a la arrogancia de fijar la órbita misma de las estrellas y los planetas. La Constitución será, de esta forma, la «vía social y espiritual» a través de la cuál va a peregrinar la *subjetividad proyectante*. La «mala utopía del sujeto del progreso histórico» se alojó en «constituciones plano y balance» en las que la propiedad estatal de los medios de producción se confundía con la dictadura partidaria y la coacción moral y psicológica. Algunos —entre los que me incluyo— sólo reconocerían esta realidad lentamente y demasiado tarde. Como se podrá comprobar, la idea de directividad constitucional tendrá aún hoy sentido si se inserta en una comprensión crítica próxima al llamado *constitucionalismo reflexivo* (4). Esta comprensión no apagará del todo una sensación de «conciencia infeliz» próxima a una lectura crepuscular anunciada por Hegel en su *Filosofía del Derecho*: «Para decir una palabra acerca de cómo el mundo debe ser, la filosofía llega, de todas formas, demasiado tarde.»

3. *Constitución dirigente como centro de dirección o dirección sin centro*

Las Constituciones dirigentes, entendidas como Constituciones programático-estatales, prácticamente no adolecen de un pecado original o de la mala utopía del sujeto proyectante, como dijimos: ellas elevaron al Estado en «director» exclusivo o casi exclusivo de la sociedad y convirtieron el Derecho en un instrumento funcional de esa dirección. De este modo, el Estado y el Derecho son conjuntamente abocados hacia la *crisis de la política regulativa*. Por un lado, elevar al Estado a único «director» implica un desconocimiento del alto grado de diferenciación de la estatalidad pluralísticamente organizada. Por otro lado, confiar al Derecho la tarea de regular —y de regular autoritaria e intervencionísticamente— equivale a desconocer otras formas de dirección política que van desde los modelos regulativos típicos de la *subsidiariedad*, esto es, modelos de autodirección social estatalmente garantizada hasta los *modelos neocorporativos*, pasando por las formas de *delegación* conducente a regulaciones descentradas y descentralizadas. Todo ello es cierto. Si, para nosotros, todavía es muy oscura la idea de *equivalentes funcionales del De-*

(4) Cfr., por todos, ULRICH PREUS: *Revolution, und Verfassung. Zu einem neue Verfassungsverständnis*, Berlín, 1990, págs. 73 y sigs.

recho (5), el modelo de Constitución dirigente-programático puede transportar, y muchas veces transporta, el ambicioso proyecto de modernidad en la forma más estatalizante: la conformación del mundo político-económico a través del Derecho estatal estructurado bajo la forma de pirámide. François Ost (6) diseñó impresionantemente el modelo de Derecho jupiteriano:

«Siempre proferido del alto de algún Sinaí, este Derecho toma la forma de ley. Se sustancia en lo imperativo y recubre, preferentemente, la naturaleza de lo prohibido. Se encuentra inscrito en un depósito sagrado, tablas de la ley o Códigos y Constituciones modernas.»

4. *Constitución dirigente, soberanía nacional y patriotismo constitucional*

Otra de las fragilidades epistémicas de un texto constitucional dirigente consistiría en su *autismo nacionalista y patriótico*. Si bien entendemos las cosas, el déficit epistémico de la programaticidad constitucional no estaría en la conversión irrealista de una simple hoja de papel en instrumento dirigente de la sociedad. Por encima de ello, la Constitución se arrojaría el papel de palanca de Arquímedes con fuerza para transformar el mundo, pero sin atender al hecho de estar ella cercada por otros mundos. En otras palabras: el dirigismo normativo-constitucional reposa en el dogma «Estado-soberano», constituyendo la «soberanía constitucional» un corolario lógico de ese mismo dogma. Debe reconocerse el fundamento de esta crítica. ¿Cómo programar normativamente la transición al «socialismo» en un solo país —como se afirmaba en el texto originario de la Constitución portuguesa— cuándo los contextos «envolventes» *internacionales, europeos y trasnacionales* apuntaban hacia una interdependencia y cooperación creciente entre los Estados? ¿Cómo insistir en un «sistema vanidoso de socialismo y planeamiento nacional» (R. Dahrendorf) cuándo las «precondiciones constitucionales de la política» se situaban también y hasta decisivamente en otros espacios diferentes del espacio autárquico nacional y estatal? Cualquier «patriotismo constitucional» será en este contexto un sentimiento débil, pues al rehusarse por parte de los Estados a una «soberanía nacional» y a un poder «soberano exclusivo», también la Magna

(5) Cfr. VOLKER RONGE: «Funktionale Äquivalente zum Recht», en *Jahresschrift für Rechts-politologie*, vol. I, «Grenzen des Rechts», 1987, págs. 101 y sigs.; M. GLAGOW: «Formen politischer Steuerung. Etatismus, Subsidiarität, Delegation und Neo-Korporatismus», en M. GLAGOW (org.).

(6) Cfr. F. OST: «Jupiter, Hercule, Hermés: trois modelos de juge», en PIERRE BOURETZ (org.): *La Force du Droit*, París, 1991, págs. 241 y sigs.

Carta de un país pierde parte de su simbolismo, de su fuerza normativa y de su papel identificador. La «internacionalización» y la «europeización» en el caso portugués y la «internacionalización» y la «marcosualización» en el contexto de Brasil hacen evidente la transformación de los órdenes jurídicos nacionales en órdenes jurídicos parciales, en los que las Constituciones son relegadas a un plano más modesto como «leyes fundamentales regionales» (7). Incluso aunque las Constituciones continúen siendo simbólicamente la *Magna Carta de la identidad nacional*, su fuerza normativa tendrá parcialmente que ceder ante nuevos fenotipos político-organizatorios, y adecuarse, en el ámbito político y en el normativo, a los esquemas regulativos de las «nuevas asociaciones abiertas de Estados nacionales abiertos».

III. INCOMPRESIONES TEORICO-DOGMATICAS EN TORNO A LA CONSTITUCION DIRIGENTE

Hasta este momento intentamos una «observación» de los agujeros negros de la llamada programaticidad constitucional. No obstante, y como prometimos al inicio de este trabajo, los «pecados» y «maldades» atribuidos con justicia al dirigismo normativo-constitucional no impiden totalmente la razonabilidad racional del discurso jurídico-dogmático en torno a la «Constitución dirigente». Justifiquemos por qué.

1. *Constitución dirigente, libertad de conformación del legislador y discrecionalidad legislativa*

Cuando Peter Lerche, a principio de la década de los sesenta, publicó su notabilísima *Habilitationschrift —Übermass und Verfassungsrecht* (8)— la ciencia del Derecho Constitucional se percató de un problema que si no era nuevo asumía en aquel momento una decidida centralidad dogmática. Se trataba de saber si el poder legislativo podía continuar, en un Estado de Derecho democrático-constitucional, como un poder libre en los fines, o si, por el contrario, había fundamentos jurídicos, teóricos y dogmáticos para cimentar una doctrina acerca de los *límites de conformación del legislador* o, incluso, hasta una teoría de la *discrecionalidad legislativa*. En los esquemas de un Estado de

(7) Cfr., por ejemplo, K. EICHENBERGER: «Sinn und Bedeutung einer Verfassung», en *Referate zum 125 schweizerischen Juristentag*, 1991, págs. 143 y sigs.

(8) Cfr. PETER LERCHE: *Übermass und Verfassungsrecht*, Colonia, 1961, págs. 61 y sigs.

Derecho democrático-constitucional no dejaba, de hecho, de resultar extraño la unanimidad doctrinal existente en torno a la libertad del fin en el ejercicio de la actividad legislativa. En este contexto, algo permanecía también dogmáticamente oscurecido en un sistema regido por una Constitución que, en algunos casos, fijaba o imponía vinculaciones teleológicas a los órganos legiferantes, y que, al mismo tiempo, no establecía ningún remedio frente a las omisiones, silencios o inercias de estos mismos órganos jurídico-teleológicamente vinculados. El esfuerzo dogmático de Peter Lerche no tenía como punto de referencia cualquier Constitución de perfil programático (9) y, mucho menos, de cariz socializante. Tan sólo se pretendía captar la *normatividad* de algunas normas de la Constitución de Bonn que imponían deberes de acción legislativa (ejemplo: artículo 3 referente a la concreción del principio de igualdad de sexos). Consecuentemente, cuando algunos autores equiparan «teoría de la Constitución dirigente» a la ideología social-comunista cristalizada en alguna Constitución programática, están operando una inaceptable transposición de planos. Del esfuerzo dogmático en torno a la normatividad diferenciada de los distintos tipos de normas y principios constitucionales sustraen la existencia de un propósito deliberado de revolución socialista a través de la Ley Fundamental (10).

2. Constitución dirigente, tareas del Estado, fin del Estado

La teoría de la Constitución dirigente procuró asociar el recorte categorial de los distintos tipos de normas constitucionales —normas-fin, normas-tarea, imposiciones constitucionales— a una teoría de las *tareas del Estado*. También este extremo —el de la articulación de la normatividad jurídico-constitucional de normas-fin y normas-tarea en una teoría de las tareas del Estado— ha sido interpretado en el sentido de que una Constitución dirigente no es otra cosa mas que un simple instrumento de estatalización del mundo y de la vida. Hablar de Constitución dirigente es hablar de tareas del Estado: hablar de tareas del Estado equivale a legitimar un Estado-Morloch o Leviathan. Aquí reside, sin embargo, una cuestión cuyo análisis exigiría profundas indagaciones teóricas que no tendrían cabida en el contexto de este trabajo. Mas no por ello dejemos de ecuacionar el problema en su núcleo fundamental. Este se reconduce

(9) No se podría decir ya lo mismo de la obra de VEZIO CRISAFFULI: *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milán, 1952, págs. 10 y sigs.

(10) Esta transposición se detecta, a nuestro entender, en el trabajo del profesor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, antes citado (nota 2).

a los siguientes interrogantes: ¿1) debe el Estado tener tareas; 2) esas tareas deben ser ordenadas y conformadas por la Constitución? La discusión acerca de las tareas del Estado en un Estado constitucional no puede simplificarse en términos de caricatura como se deduce, a veces, de alguna literatura que casi llega a la necesaria conclusión liberal de un Estado sin tareas. Intentemos, entonces, vislumbrar las respuestas dadas a los interrogantes antecedentes.

a) *Preordenación del Estado en forma de Constitución*

El Estado moderno surgió lógicamente e históricamente como un tipo de organización básica y originaria, debiendo la Constitución articularse de acuerdo con ese modelo preconstitucional. Como primer fin, y único adecuado a su esencia, el Estado garantiza la paz y la seguridad. No compete a la Constitución incrementar constitutivamente nuevas tareas a un Estado preconstituido según la naturaleza de las cosas. Esto se traduciría en la conversión de una Ley Fundamental en instrumento introvertido y autosuficiente de un proyecto incierto e inseguro, pero progresivamente sobrecargado con tareas definidas e impuestas a nivel constitucional. Los peligros de una teoría de este género, últimamente defendida por Josef Jensee (11), saltan a la vista: regreso a una teoría apriorística del Estado que podría esgrimirse contra la Constitución democrática.

b) *Tareas del Estado como tareas constitucionales*

El otro «modelo» responde a la cuestión de las tareas del Estado en sentido diametralmente opuesto: es a la Constitución a quien corresponde «decidir» vinculadamente sobre las tareas del Estado. El fundamento y medida jurídicos para el ejercicio de las tareas es la Constitución. En este sentido, las tareas del Estado son tareas constitucionales. Problema diferente será ya el de saber si, a nivel constitucional, debe formularse un catálogo de tareas concretas o si bastará con reconocer al Estado una competencia en blanco, tendencialmente general, dejándose a la *política normal* (12) la concreción de las tareas. Un «Estado en blanco» se nos antoja un Estado materialmente deslegitimizado (13).

(11) Cfr. JOSEF JENSEE: «Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat», en J. JENSEE y P. KIRCHHOF: *Handbuch des Staatsrechts*, vol. I, Heidelberg, págs. 591-661.

(12) Se utiliza aquí la distinción entre política constitucional y política normal sugerida por RALF DAHRENDORF: *Reflexões sobre a Revolução na Europa*, Lisboa, 1993, pág. 40.

(13) Cfr. R. WAHL: «Staatsaufgaben im Verfassungsrecht...», pág. 30.

No debe de sorprender, pues, que un conocido iuspublicista alemán, P. Häberle, pudiese recientemente considerar a la constitucionalización de normas fin como una característica del actual estado de evolución de las Constituciones estatales (14). Decir esto no significa aplaudir una agotadora concreción de tareas estatales a nivel de una Ley Fundamental, ni significa que el desempeño de tareas públicas implique una monopolización estatal de esas mismas tareas.

3. Constitución dirigente y derecho directamente aplicable

Otra incompreensión teórica relacionada con la Constitución dirigente es la suscitada por la expresión «directamente aplicable» oriunda de la Constitución de Bonn y posteriormente transferida a los textos constitucionales de Portugal, España y Brasil (artículo 15, LXXVII, 1.^a). Como se sabe, a través de la idea de *derecho directamente aplicable* expresamente plasmada en el artículo 1.3 de la *Grundgesetz* («*Unmittelbar geltendes Recht*») se pretende afirmar que la Constitución se impone como ley incluso en el ámbito de los derechos fundamentales, que, de esta forma, no pueden ser rebajados a simples declaraciones o normas programáticas o, aún, a simples fórmulas de oportunidad política. Todavía, la expresa afirmación de la vinculatividad no significaba ni significa que las normas consagradoras de derechos fundamentales excluyan la necesidad de una mayor dosificación normativa operada sobre todo a través de la ley. No obstante esas discusiones doctrinales, aún hoy existentes en cuanto a la rigurosa caracterización de derecho constitucionalmente aplicable, la dogmática jurídico-constitucional pone de relieve los axiomas y aporías de la aplicabilidad directa:

1. Superación de la doctrina de la *réglémentation des libertés* en cuanto que doctrina legitimadora de omisiones inconstitucionales y en cuanto que vehículo de erosión de la normatividad constitucional.
2. La Constitución tiene, como cualquier ley, una validez y eficacia típicas de norma jurídica.
3. La fuerza normativa de la Constitución se traduce en la vinculación, como derecho superior, de todos los órganos y titulares de los poderes públicos (15).

(14) Cfr. P. HÄBERLE: «Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz», en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 34 (1985), pág. 311; IDEM.: «Verfassungsstaatliche Aufgabenlehre», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 111 (1986), págs. 595 y sigs. Veáse, además, R. WHAL: «Staatsaufgaben im Verfassungsrecht», en T. ELLWEIN/J. HESSE (orgs.): *Staatwissenschaften Vergessene Disziplin oder Neue Herausforderung*, Baden-Baden, 1990, págs. 29 y sigs.

(15) Cfr., por último, M. SACHS: «Die Einteilung des Grundrechts», en KLAUS STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/1, 1988, pág. 385; IDEM.: «Normentypen im deutschen Verfassungsrecht», en *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 6, 1991, pág. 155.

El problema no está en la contestación de la bondad política y dogmática de la vinculatividad inmediata, sino en la prolongación no sustentable de la fuerza normativa directa de las normas constitucionales a situaciones necesariamente carentes de la *interpositio legislativa*. Es lo que ocurre, a nuestro modo de ver, con la acrítica transferencia del principio de la aplicabilidad inmediata consagrada en el art. 5.º/LXXVII/1.º, de la Constitución brasileña a todos los derechos y garantías fundamentales con el objeto de abarcar indiscriminadamente los derechos sociales consagrados en el Capítulo II en el caso de existencia de omisiones inconstitucionales.

4. Constitución dirigente y omisiones inconstitucionales

La incompreensión teórico-dogmática de la aplicabilidad directa de las normas constitucionales y, sobre todo, de la *normatividad* de la Constitución, lleva también a muchos autores a cuestionar la bondad jurídico-constitucional de la consagración de institutos como los de la inconstitucionalidad por omisión o el del *mandato de injunção* (i*). El problema se relaciona con lo que se podría llamar «desencanto de la luna de miel», tal como recientemente nos lo describió Ralf Dahrendorf. Escuchémosle:

«Todas ellas (las revoluciones) comienzan con una luna de miel —después de obtenida sin gran derramamiento de sangre la victoria sobre el antiguo régimen— a medida que el camino es abierto para la regeneración, sobre la cual los hombres tanto hablaran y por la cual tanto tiempo ansiaban.

En las primeras fases y en el momento crítico en que ocurre la prueba de fuerza, en antiguo régimen enfrenta una sólida oposición. Mas la oposición está, en verdad, compuesta por varios grupos, no siendo nunca enteramente la simplificación exagerada de un pueblo unido. Esto se vuelve después evidente cuando comienza el “gobierno de los moderados”. La vieja oposición se destruye; jamás consigue realmente combinar la tarea de construir una nueva Constitución con la de gobernar; algunos radicales comienzan a decir que los moderados traicionaron la revolución y que no están llevándola lo suficientemente lejos (16)».

(i*) El denominado «*mandato de injunção*» es un recurso singular establecido en la actual Constitución brasileña y que se dirige a la protección de derechos fundamentales por los órganos judiciales ordinarios cuando existiesen lesiones de los mismos como consecuencia de la pasividad u omisión de los poderes públicos, de suerte que el Juez podría crear la norma concreta de aplicación al caso, de ahí su similitud léxica con el *writ of injuction* propio del derecho de origen inglés (nota del traductor).

(16) Cfr. RALF DAHRENDORF: *Reflexões sobre a Revolução na Europa*, cit., pág. 15.

En estas líneas se condensan algunos de los problemas generados por la hipertrofia de las imposiciones constitucionales. Ellas son, muchas veces, más expresión de una «ética de la convicción» que de una «ética de la responsabilidad práctica» y, por eso, la consecuencia será la de la grandilocuencia en las palabras y la de la flaqueza de los actos. Los constituyentes moderados aceptan, en el momento fundacional, compromisos emancipatorios semánticamente formulados, pero no creen en ellos, ni tienen la intención de llevarlos a la práctica. Esto sólo demuestra, sin embargo, dos cosas. En primer lugar, revela que es preciso cierto sosiego normativo en cuanto a la positivización de imposiciones constitucionales. En segundo lugar, que es necesario asegurar la *externalización* de las acciones constitucionales tendentes a asegurar el cumplimiento de la Constitución. A diferencia de lo que ocurre hoy con las propuestas de ciertos sectores políticos en Portugal, el instituto de la inconstitucionalidad por omisión debe mantenerse, no para deslegitimar Gobiernos y Asambleas inertes, sino para asegurar una vía de publicidad crítica y procesal contra la Constitución no cumplida.

IV. DESARROLLO CONSTITUCIONAL E IDENTIDAD REFLEXIVA

1. *Esclarecimientos conceptuales*

Abordaremos ahora un último punto, posiblemente aquél que está más cerca de vuestras inquietudes. Me refiero al problema de la reforma de la Constitución, teniendo especialmente en cuenta los problemas ya referidos, de la programaticidad constitucional. ¿Cómo discutir, sin embargo, ante este auditorio crítico a la revisión de la Magna Carta, sin caer bajo el amargo rótulo de defensor de los intereses del «Centrão» o ser acusado de apologeta del dogma teñido de trabajismo de la «larga marcha a través de las instituciones»? Confieso que no estoy seguro de poder conversar con vosotros el «estilo de mesa redonda». Procuraré, eso sí, transmitir alguna serenidad dialógica al discurso, aportando, simultáneamente, datos de nuestra experiencia constitucional y sugerencias dogmáticas. Como instrumentos dogmáticos adelantaré los siguientes:

a) *Revisión, desarrollo constitucional e identidad reflexiva*

Cualquier Constitución posee un núcleo de identidad abierto al desarrollo constitucional. Entendemos por *núcleo de identidad* el conjunto de normas y principios estructuradores de un determinado orden jurídico-constitucional. *Desarrollo constitucional* significa el conjunto de formas de evoluciones de la

Constitución (nueva comprensión de los principios, propuestas innovadoras, prolongación de la disciplina constitucional a nuevos problemas). La articulación de la identidad con el desarrollo constitucional nos lleva al concepto de *identidad reflexiva* que significa la capacidad de prestación de la Magna Carta constitucional hacia la sociedad y los ciudadanos (17).

b) *Cláusulas de intangibilidad (cláusulas pétreas) e identidad*

Algunas veces, como es sobradamente conocido, las Constituciones procuran garantizar su identidad mediante cláusulas de intangibilidad o, como sugestivamente se dice aquí en Brasil, *cláusulas pétreas*. No vamos a discutir ahora la «bondad» o «maldad» de tales cláusulas ni el delicado problema de saber si ellas están sustraídas al poder de revisión. Con todo, interesa resaltar dos puntos importantes para la inteligibilidad de nuestro discurso:

1. Las cláusulas de irreversibilidad garantizan únicamente la intangibilidad de los regímenes materiales, y no preceptos constitucionales concretos relativos a determinadas materias.
2. Las cláusulas materiales explícitas de irreversibilidad sólo deben ser consideradas como relativas al núcleo de identidad cuando tuvieren *correspondencia* en el propio texto de la Constitución y se expresasen inequívocamente respecto de la propia «esencia» de la Constitución.

2. *Desarrollo constitucional y cláusulas de metanarratividad*

De acuerdo con las premisas anteriores, nos parece perturbador de la identidad reflexiva —capacidad de prestación— de una Constitución e impeditivo de un desarrollo constitucional, la inserción de fórmulas de narratividad emancipatoria que condensan una filosofía de la historia unidimensional, en lugar de suministrar medidas y directivas para el refuerzo de la normatividad constitucional. En este sentido, nos parece haberse encaminado bien el «legislador de revisión» portugués cuando eliminó de la Constitución portuguesa de 1976 fórmulas pretenciosamente emancipatorias (ejemplos: «transición para el socialismo», «ejercicio democrático del poder por las clases trabajadoras», «ga-

(17) Adoptamos en el texto el concepto de reflexión de N. Luhmann. Cfr. N. LUHMANN: «Selbstreflexion des Rechtssystems», en *Rechtstheorie*, 1979, págs. 159 y sigs. Cfr. también MARTIN MORLOK: *Was heisst und zu Welchem Ende Studiert man Verfassungstheorie?*, Berlín, 1988, pág. 166.

rantía del proceso revolucionario», «desarrollo pacífico de proceso revolucionario»). No obstante, sin querer embreñarme en la «polémica constituyente» de Brasil tengo algunas dudas —hasta por experiencia propia— sobre la razonabilidad de la permanencia de *sujetos históricos* directa o indirectamente portadores de un mensaje emancipatorio (ejemplo: prohibición del pluralismo sindical tal como se afirma en el art. 8.1, de la Constitución brasileña).

3. *Desarrollo constitucional y políticas públicas de derechos fundamentales*

No obstante, las reticencias —ideológicas, doctrinales y jurídico-constitucionales— relativas a la inserción de un catálogo de derechos económicos, sociales y culturales en la Magna Carta de un país, siempre entendimos que el libre desarrollo de la personalidad y la defensa de la dignidad de la persona humana postulan ética y jurídicamente la positivización constitucional de los llamados «derechos sociales». Mas una cosa es recortar jurídicamente el catálogo de derechos de la tercera generación y, otra, hacer acompañar a la positivización de los derechos de un complejo de imposiciones constitucionales tendencialmente conformadores de *políticas públicas* de derechos económicos, sociales y culturales. Así, y a modo de ejemplo, si para nosotros es indiscutible la consagración de un derecho de acceso a todos los grados de enseñanza, ya es problemático plasmar en la Constitución la «gratitud» del acceso a todos los grados de enseñanza, no sólo porque eso puede conducir a una excesiva rigidez en la política pública de la enseñanza, sino también porque puede colocar a la Constitución en el centro de las querellas acerca de los «límites del Estado social» y de la «ingobernabilidad». A ello se debe añadir que la consagración de ciertos postulados —la gratitud de todos los grados de enseñanza— puede apuntar hacia soluciones en clara disintonía con el propio mensaje emancipatorio que justificó su inclusión en el texto constitucional.

4. *Desarrollo constitucional y constitucionalismo moralmente reflexivo*

Vamos a terminar descodificando el mensaje que habíamos anunciado al comienzo de nuestra conversación. El mismo puede resumirse del modo siguiente: la teoría de la Constitución deberá seguir siendo una instancia crítica de un *constitucionalismo reflexivo* que evite dos unilateralidades:

1. El peso del discurso de la metanarratividad, que hoy sólo podría subsistir como reliquia de una utopía del sujeto del dominio y de la *razón emancipatoria*.

2. La deestructuración moral de los pactos fundadores escondidos, muchas veces, en un simple esquema procesual de la razón *cínica* económico-tecnocrática.

En términos prácticos, cabe preguntarse ¿cuáles son las líneas de fuerza de este constitucionalismo reflexivo? La respuesta, formulada en términos necesariamente breves, podría basarse en las siguientes sugerencias:

a) *Constitucionalización y «desmoralización de la libertad»*

Una Constitución —por su génesis histórica y política— si no puede ser hoy un documento sagrado o un condensado de políticas, debe continuar siendo la suministradora de las *exigencias constitucionales mínimas* (*constitutional essential*, en palabras de Rawls), es decir, el complejo de derechos y libertades definidoras de la ciudadanía personal, política y económica intocables por las mayorías parlamentarias. Aquí el *dictum constitucional* es una dimensión básica de *legitimidad moral y material* y, por eso, un elemento de garantía contra la deslegitimación ética y la deestructuración moral de un texto básico a través de desregulaciones, flexibilidades, desentorpecimientos y liberalizaciones.

b) *Constitucionalizaciones y teoría de la justicia*

Una Constitución debe establecer los fundamentos adecuados de una *teoría de la justicia*, definiendo las estructuras básicas de la sociedad sin comprometerse con situaciones particulares. Todavía, y teniendo sobre todo en cuenta el incumplimiento del propio proyecto de modernidad de algunos países, la Constitución no debería incorporar un proyecto emancipatorio bajo la forma de «constitucionalización de los excluidos», sino una teoría de la justicia edificada sobre la indiferencia de las condiciones particulares. A nuestro modo de ver, una completa desregulación constitucional de los «excluidos de la justicia» legitima una separación creciente del *in* y de los *out* y no facilita apoyo alguno para la integración de la marginalidad. Precisamente por eso, las «islas de particularismo» detectadas en algunas constituciones —mujeres, viejos, niños, embarazadas, trabajadores— no constituyen un desafío intolerable a lo «universal» y a lo «básico» típico de las normas constitucionales. Expresan, sí,

la indisponibilidad de refracciones morales en el ámbito del contrato social constitucional.

c) *Constitucionalismo moralmente reflexivo mediante un cambio de dirección hacia una contractualización*

Uno de los desafíos con los que se enfrenta este constitucionalismo moralmente reflexivo consiste en la sustitución de un derecho autoritariamente dirigente pero ineficaz, mediante otras fórmulas que permitan completar el proyecto de modernidad —donde no se hubiese realizado— en las condiciones complejas de la posmodernidad. Desde esta perspectiva, ciertas formas ya señaladas de «eficacia reflexiva» o de «dirección indirecta» —subsidiariedad, neocorporativismo, delegación— pueden apuntar hacia el desarrollo de instrumentos *cooperativos* que reforzando la eficacia, recuperen las dimensiones justas del *principio de responsabilidad* apoyando y encauzando la dinámica de la sociedad civil. Además de eso, deben considerarse superadas las formas totalizantes y planificadoras globales abriendo el camino hacia acciones y experiencias locales (principio de relevancia) y dando cobijo a la diversidad cultural (principio de tolerancia). A fin de cuentas, el proyecto emancipatorio de las Constituciones va a continuar en uno u otro contexto mediante instrumentos regulativos diferentes. La ley dirigente cede su lugar al *contrato*, el espacio nacional se alarga hacia la transnacionalización y globalización, pero el ánimo de cambio ahí está de nuevo en los «cuatro contratos globales». Nos referimos al *contrato para las «necesidades globales»* —remover las desigualdades—, el *contrato cultural* —tolerancia y diálogo de culturas—, el *contrato democrático* —democracia como gobierno global— y *contrato del planeta tierra* —desarrollo sustentado (18)—. Si así fuese, la Constitución dirigente queda o quedará menos densa, menos regulativamente autoritaria y menos estatalizante, pero el mensaje subsistirá, ahora enriquecido por la *constitucionalización de la responsabilidad*, esto es, por la garantía de las condiciones bajo las cuales pueden coexistir las distintas perspectivas de valor, conocimiento y acción (19).

(18) Tomamos estas ideas de la obra colectiva recientemente publicada en Lisboa, *Límites a la competición*, Lisboa, 1994.

(19) Cfr. K.V. PREUSS: *Revolution, Fortschritt und Verfassung*, cit., págs. 86 y sigs.