

REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA VIABILIDAD DEL "CONSTITUCIONALISMO DEL FUTURO" EN BRASIL

Rafael José Nadim de Lazari*

Resumen

A través de los métodos histórico, comparativo y deductivo, este artículo aborda lo que sería el sucesor del neoconstitucionalismo, a saber, el "constitucionalismo del futuro." Dicho esto, en primer lugar, el estudio abarcará las premisas básicas de este fenómeno, desarrollado por José Roberto Dromi. En este sentido, será visto si las especificaciones del "constitucionalismo del futuro" son, en realidad, "del futuro", si ya han sido institucionalizadas en la legislación - pero carentes de aplicación - o, simplemente, si representan las aspiraciones de los que las abogan. Al final se presentarán unas conclusiones sobre el tema.

Palabras clave: Evolución Constitucional. Constitucionalismo del Futuro, Neoconstitucionalismo, Constitucionalismo en Brasil, Fuerza Normativa de la Constitución Federal.

* Abogado y consultor jurídico. Profesor universitario. Estudiante de posgrado (CAPES/PROSUP Modalidad 1) en Teoría del Estado, en el Centro Universitario "Eurípides" de Marília/SP - Brasil. Correo electrónico: rafa_scandurra@hotmail.com

REFLECTIONS YOU CRITICIZE ON THE VIABILITY OF THE "CONSTITUTIONALISM OF THE FUTURE" IN BRAZIL

Abstract

Trough methods historical, comparative and deductive, this text discusses about that what would be the successor of neoconstitutionalism, ie, the "constitutionalism of the future." So, first, the study will cover the basic premises this phenomenon, developed by Jose Roberto Dromi. In this vein, will be seen if the characteristics of "constitutionalism of the future" are, really, "of the future", if are already institutionalized in the current legislation - but lacking in accomplishment -, or, if, merely, represents the aspirations of those who defends these premises. In the end, In the end, conclusions will be made on the subject.

Keywords: Constitutional development. Constitutionalism in the future, neo-constitutionalism, constitutionalism in Brazil, normative force of the Federal Constitution.

Introducción

El fenómeno constitucionalista occidental nunca ha estado tan cerca de los derechos y garantías fundamentales como en los tiempos actuales. Este movimiento ganó fuerza, sobretodo, después de la II Guerra Mundial, y desde entonces, ha brotado milagrosamente en un ambiente sombrío, si se observan aspectos como la guerra fría, los conflictos separatistas a nivel regional, la invasión de los países occidentales a las naciones Islámicas, el populismo de América Latina, la lucha contra el terrorismo, entre muchas otras.

Las respuestas a esta paradoja son numerosas, pero es seguro de que son sólo conjeturas, con mayor o menor grado de justificación. Políticamente, el advenimiento de la globalización, el multiculturalismo, la adhesión masiva a los bloques económicos (en especial el fortalecimiento y la ampliación de la Unión Europea), la creación de tribunales internacionales para juzgar crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, y las Naciones Unidas, pueden ser argumentos para justificar este binomio constitucionalismo/derechos y garantías fundamentales. En el ámbito jurídico, la Ley Fundamental de Bonn¹, la crisis del positivismo² y el retorno de los elementos metajurídicos al derecho³, así como el significado jurídico que se ha atribuido a las constituciones⁴, también se pueden considerar algunas respuestas.

Sin más consideraciones, este artículo tiene como objetivo no sólo tratar de la evolución del constitucionalismo, el que debido a la naturaleza de la metodología de artículo científico. Será visto, pues, sólo los principales puntos de cada etapa en la evolución, los que serán importantes cuando el trabajo llegar en su eje central,

que es el “constitucionalismo del futuro” (o “constitucionalismo de venir”), y las siete premisas desarrolladas por José Roberto Dromi⁵. Por lo que se deja a criterio de los lectores para que se formen sus propios juicios y argumentos en cuanto a la comprensión de este escrito.

Afirmado lo anterior, es necesario saber cómo se puede ver el futuro del constitucionalismo en un intento de corregir los excesos y caprichos neoconstitucionales⁶ sin, que sea necesario, repetir los problemas creados por el positivismo extremo en la aplicación de los derechos fundamentales. Asunto que será tema de otro capítulo.

Breve resumen de la evolución del constitucionalismo

Como fuerza de reacción equivalente a los movimientos absolutos de la época medieval, y como embrión de la concretización futura de los Estados-nación, el constitucionalismo surgió en oposición al carácter divino y/o imperativo del monarca, buscando imponer una limitación al poder y sus consecuencias negativas, tales como el autoritarismo y la censura⁷. De hecho, a pesar de las distintas fases a través del cual el constitucionalismo ha pasado⁸, siempre fueran sus características comunes, en mayor o menor grado de intensidad, la limitación al gobierno de los hombres, la separación de funciones, y la garantía de los derechos⁹.

Así, inicialmente, la primera fase es el *constitucionalismo antiguo*, identificado por Karl Loewenstein¹⁰ entre los hebreos y las ciudades estado griegas.

Pero, en la forma más robusta y de una manera primaria a la que hoy vivimos, el

constitucionalismo sólo ganó fuerza en la *Edad Media*, con la Carta Magna de 1215, con la *Petition of Right*, de 1628, el *Habeas Corpus Act*, de 1679, y el *Bill of Rights*, de 1689. La importancia de este período son las primeras Constituciones escritas, y los primeros vestigios de protección de los derechos individuales.

Posteriormente, se tiene el *constitucionalismo clásico (o liberal)*, que comienza con la Constitución de los Estados Unidos, en 1787, y la Constitución francesa, de 1791 – esta última que duró sólo dos años, y tuvo como preámbulo la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789. Durante este período, surge el carácter de rigidez constitucional, y es precisamente en esta etapa del constitucionalismo rígido, que surge la idea de supremacía formal de la Constitución, lo que provoca, por consecuencia, el “Control de Constitucionalidad”, que apareció en 1803, de modo difuso, en el famoso caso *Marbury vs. Madison*. Además, junto con la idea de supremacía constitucional, la que se le da al juez poder para asegurarla. Finalmente, es en el constitucionalismo liberal que aparece la primera dimensión de los derechos fundamentales (valor libertad), desarrollado, en Brasil, por Paulo Bonavides.

Al fin de la Primera Guerra Mundial, comienza el paso más corto - pero no sin menor importancia - del movimiento constitucional, cual será: El *constitucionalismo moderno (o social)*. En efecto, el liberalismo burgués cómodo, no intervencionista y exclusivista, resultó inútil ante las demandas sociales de la época, lo que llevó a la quiebra del Estado Gendarme y del constitucionalismo liberal, aclarando la necesidad de una ubicuidad del Estado en la vida cotidiana. Vale la pena recordar

que el continente Europeo fue devastado por un conflicto de carácter internacional, había heridas no-curadas por la “falsa paz” del Tratado de Versalles, y el socialismo “soplaba del este”. Es en este período que surge el positivismo jurídico, en substitución al iusnaturalismo del período anterior, causando la separación entre derecho y moral. Además, es durante el constitucionalismo social que aparece la segunda dimensión de derechos fundamentales, en su mayoría individuales, vinculados a la igualdad, bien como las llamadas “garantías institucionales”¹¹.

Pero, como ya se dijo, el constitucionalismo moderno fue de corta duración, ya que, entre finales de 1930 y el inicio la década de 1940, la ascensión de las “dictaduras democráticas”, la Nazi-fascistas llevó el mundo a otra Gran Guerra, la que con su fin, empieza el *constitucionalismo contemporáneo (o “neoconstitucionalismo”)* (o “*post-positivismo*”), que continúa hasta hoy. Aquí, se vuelve a la superación la dicotomía entre el derecho natural y derecho positivo, conciliando los valores “justicia” y “seguridad jurídica”. En esta fase, también, surge la tercera dimensión de los derechos fundamentales, vinculados a la fraternidad (en su mayoría colectivos), y el Estado Democrático de Derecho.

Acerca del neoconstitucionalismo, aún hay urgentes consideraciones por realizar, y que mucho van a influir en los argumentos de este trabajo, a saber, la idea de la *normatividad de la Constitución*, cuyo principal exponente es Konrad Hesse. Mejor explicando, a través de la “normatividad”, retirase del Texto Constitucional su contenido eminentemente político para darle sentido jurídico (conforme nota n° 4), lo que confirma la tendencia iniciada

ya en el constitucionalismo clásico. Así, se solidifica la idea de superioridad constitucional y las consecuencias constitucionales de este fenómeno, como el filtraje constitucional, la idea de la constitucionalización del derecho, la efectividad horizontal de los derechos fundamentales, y el fortalecimiento del poder judicial (hoy se llegase a hablar en “judicialización de la política”).

¿Y hay algo después del constitucionalismo contemporáneo? Discusión que se sustenta de la siguiente manera:

Las premisas del “constitucionalismo del futuro”, por José Roberto Dromi

En líneas primeras, el “constitucionalismo del futuro” es una proyección de lo que existiría más allá del neoconstitucionalismo, analizando los cambios en esta etapa actual, las críticas que se han hecho, y la natural evolución del fenómeno constitucionalista. También llamado “constitucionalismo por venir”. Sobre el tema se destacan las ideas de José Roberto Dromi, jurista argentino, que habla en un equilibrio entre los atributos del constitucionalismo moderno y los excesos del constitucionalismo contemporáneo.

Para este autor, las Constituciones del futuro tendrían siete valores supremos fundamentales: *verdad, solidaridad, consenso, continuidad, participación de la sociedad en la política, integración, y la universalidad de los derechos fundamentales para todos los pueblos del mundo*¹².

Los que serán estudiados a continuación, conforme a los planteamientos de Dromi.

Por *verdad*, se entiende la preocupación acerca de la necesidad de promesas factibles por el Constituyente. De nada serviría una Carta dotada de proteccionismo excesivo, pero carente de viabilidad. Sería separar del Texto Constitucional todo lo que puede representar una mera carta de intenciones, sin cualquier fundamentación o profundidad científica. En otras palabras, sería el equivalente a decir que “cada Estado tiene una Constitución que puede tener”, eso es, respetando las normas mínimas y suficientes para proteger los derechos fundamentales, en todas sus subespecies (los derechos individuales, derechos sociales, políticos, etc.), esto impediría al constituyente de engañar al pueblo¹³.

Además, con esta primera característica, se puede observar un claro acoplamiento entre los constitucionalismos moderno y contemporáneo, mientras que institucionaliza la mitigación de la reserva del posible como una aplicación básica de los preceptos magnos¹⁴, sino que conserva el mínimo existencial¹⁵.

Ya en la *solidaridad*, entendemos que de este valor se extrae un triple sentido: *primero*, la solidaridad entre los pueblos; *segundo*, la necesidad de aplicación de esta dimensión de fraternidad de los derechos fundamentales en las Constituciones de todo occidente, algo que pocos textos explícitamente lo hacen. La Constitución Brasileña, *p. ej.*, en cualquier momento consagra un principio de solidaridad expresamente, como lo hace en la realización de la igualdad y la libertad¹⁶.

El otro enfoque, la solidaridad puede ser vista como un grito a los días de cooperación y tolerancia, tal como a la reducción de desigualdades étnica, religiosa, racial etc., buscando el agrupamiento del

pueblo, independientemente de cualquier ideología, bajo la misma batuta que es una Constitución. Las constituciones ya no serían un mecanismo de equiparar la igualdad entre las diferentes filosofías y excesivamente preocupado por las minorías, como lo es hoy.

El *consenso*, a su vez, tiene gran relación con la solidaridad. De hecho, se sabe que personas de diferentes tendencias políticas se unen para hacer leyes, decretos, y, especialmente, constituciones. Así, al pensar una decisión incondicional, con absoluta aprobación, el consenso no se haría necesario. La mayoría es suficiente.

Ahora, como la mayoría de los casos, la diversidad de argumentos y de ideologías hace imposible una decisión unánime. Esto es una consecuencia natural del pluralismo político. Aquí es donde el consenso aparece, representando la capacidad de hacer cumplir lo que un grupo, *no necesariamente una mayoría*, decidió, sin que haya rupturas en el proceso decisorio. De esto se infiere, por tanto, que el consenso no significa la mayoría, como se puede pensar erróneamente. Por el contrario, representa el mantenimiento del orden democrático con la adhesión de la parte que acordó, por consenso, en favor de un mayor interés.

Así mismo, la *continuidad* debe ser analizada en dos ángulos distintos: el *primero* es la necesidad para una Constitución de respetar la historia de un país. Las Constituciones pueden ser consideradas los “Estatutos Actuales” de una Nación, pero no implican necesariamente su surgimiento. Es obvio que una Carta debe establecer directrices para el pueblo que tutela, pero en ningún momento debe hacer caso omiso de la historia del país y del pueblo que por su

unidad y prosperidad tanto ha luchado. Esto representa la continuación del ciclo de vida de un *país*. Ya en una *segunda* dimensión, la continuidad puede ser entendida como el nivel de desarrollo de un pueblo. Es necesario buscar, siempre, el desarrollo de derechos partiendo no de una “hoja en blanco”, pero de derechos que ya existen en la actualidad, siempre tratando de mejorarlos, no empeorarlos.

En resumen, pues, debe privilegiarse siempre la continuidad, en lugar de una ruptura profunda o un cambio excesivo de la Constitución, lo que puede ser un acto perjudicial en la violación de esta característica¹⁷.

La *participación* se refiere a la necesidad de influencia de la sociedad en la política, lo que representa un gran avance en el proceso democrático, por incluir el ciudadano como una voz para hacerse oír en la toma de direcciones. En otras palabras, más que el derecho al voto, el ciudadano tiene el derecho de voz.

De otra manera, esta participación también puede ser vista como el control de los actos, típicos y atípicos, realizado por los miembros de los tres niveles de funciones, así como la verificación del cumplimiento de los principios inherentes a la Administración Pública.

La penúltima característica, *integración*, es la comunión entre los pueblos, a través de políticas y organismos transnacionales. Basándose en el acortamiento de distancias causada por el desarrollo de las telecomunicaciones y el transporte, así como el respeto para el extranjero en favor de la reciprocidad, este valor representa la ruptura de los feudos a que algunos pueblos vivieron en los últimos tiempos, para ofrecerlos otros puntos de vista, desde que se respetada su identidad y cultura originales.

Finalmente, la última característica es la *universalidad* de derechos fundamentales para todos los pueblos del mundo. Sería la búsqueda de una “fórmula mágica fundamental”, con la dignidad de la persona humana como denominador común, que podría ser aplicada en cualquier parte del mundo, desde la desarrollada Alemania, *p. ej.*, a los países llamados subdesarrollados.

La viabilidad de un “constitucionalismo del futuro” en Brasil

Puesto en consideración lo expuesto en el apartado anterior, las siete principales características de “constitucionalismo del futuro” de Dromi, se debe responder a las siguientes preguntas: ¿Es posible un “constitucionalismo por venir”? ¿Es una utopía? ¿O representa una mera repetición de institutos que se han desarrollado en otras etapas constitucionalistas?

A pesar del respeto a las opiniones divergentes, hay que entenderse que no existe un “constitucionalismo del futuro”. No en el sentido propuesto por su creador, por lo menos. Se tratan de proposiciones que, o reflejan el ánimo de la persona que las defiende, o ya han sido institucionalizadas a través de mecanismos similares, o son simplemente increíbles.

Es necesario entonces, explicar cada una de ellas ahora con visión crítica.

Acercas de la *verdad*, es un hecho que se muestra como paso positivo no permitir al constituyente que defina normas carentes de compromisos concretos. El problema es que, en Brasil, superado un momento inicial de euforia por la reapertura política

y la democracia plena, en que la idea de un estado de bienestar sin condiciones, fue defendido incondicionalmente por la doctrina constitucional, hoy se puede decir que las funciones del Estado colocaron “un pie en el freno” en cuanto a la posibilidad de alcanzar una cantidad irrestricta de personas.

Eso demuestra la incapacidad del Estado para satisfacer todas las necesidades constitucionalmente previstas. Basta mirar a los problemas que rodean internaciones en hospitales basadas en comandos judiciales, la congestión del sistema penitenciario y la consiguiente liberación de presos por esta razón, el suministro de drogas y la búsqueda de criterios por la Corte Suprema ayudada por audiencias públicas, y así sucesivamente. Después de todo, ¿Qué otra cosa es esto que el compromiso con la verdad? La certificación estatal de incapacidad para resolver los problemas sociales es una prueba de la verdad, desnuda, que el Estado no está en todas partes como un día se he pensado.

En otro ámbito de discusión, se sabe que existen normas constitucionales que carecen de reglamentación *infraconstitucional*, y, entre éstas, están las de principios programáticos consistentes en reglas y principios que hacen previsión de implementación de políticas y programas de gobierno, y que desde que ha perdido su connotación política que casi las llevó a la “quiebra”, viene pacificándose en cuanto a su entendimiento, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que la regulación no puede convertirse en una promesa imprudente del poder público, frustrando la expectativa de la gente. Esta es otra demostración del compromiso con la verdad, que no necesariamente se produce sólo “en el futuro”.

Sobre la *solidaridad* y la *integración* entre los pueblos, tales características tal vez podrían servir mejor en áreas delimitadas ideológicamente por el odio entre extremistas y conservadores, chiitas y sunitas, israelíes y palestinos, indios y pakistaníes, entre otros. El Brasil es formado por una mezcla de identidad, no perfecta, es cierto, pero lejos de ser un problema en nivel de beligerancia o guerra civil interna¹⁸.

Sobre la *integración*, además, se adopta una política de diálogo diplomático, que permite a la Nación negociar, al mismo tiempo, con Irán y los Estados Unidos, *p. ej.* Eso para no hablar de las relaciones pacíficas con los vecinos del sur, de los Andes y Caribe, y la posición de protagonismo y liderazgo en el Mercosur.

De esta cuestión política integradora favorable, existen otros instrumentos que se pueden extraer del principio de solidaridad, aunque no esté lo mismo indicado expresamente en la Constitución, como es el caso de las acciones afirmativas, del mecanismo de la seguridad social, de la distribución de competencias en materia fiscal y tributaria.

Estos datos confirman que no se puede dispensar la previsión de la solidaridad en un país como Brasil, pero no hay extrema urgencia en su previsión como necesaria para reducir las discrepancias

Acerca del *consenso*, hace mucho que las Constituciones occidentales ya no son sinónimo de la mayoría. Esto ocurrió con la transición del prisma político a un enfoque jurídico de las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial¹⁹ Porque, de lo contrario, sería legitimar la perpetuación de la mayoría en el poder, la represión de las minorías

y el impedimento de la ascensión de las minorías a un nivel superior de influencia en la toma de decisiones políticas y administrativas patrias. Dicho esto, el hecho es que con la transición del político para el jurídico, las Constituciones se han convertido en el mecanismo para mantener el control de estas minorías y mayorías. En la práctica, hoy en día, una Constitución puede representar tanto la voluntad de la mayoría, como la voluntad de la minoría, así como puede vetar tanto minoría como mayoría.

En este sentido, se dijo que el consenso en Dromi, no es necesariamente una decisión de la mayoría, significa que las Constituciones actuales se han convertido en sinónimo de consenso. Luego, no hay que hablar del consenso como premisa “del futuro”, si este valor es plenamente aplicable en la actualidad occidental.

Con relación a la *continuidad*, dividida en dos enfoques en el capítulo anterior, el autor reconoce que hay una falla en una de sus facetas, cual sea, la que no recomienda cambios excesivos en la Constitución como forma de garantizar su aplicación y un estado de paz a los que ella protege, en Brasil. Desafortunadamente, esto es una “costumbre maldita” que persiste, a pesar de la rigidez constitucional y el quórum específico de Enmienda. No que algunos cambios no eran necesarios, pero hay aquellos que requieren un debate más profundo de su introducción en la Carta Magna del país. No es que defendamos el interpretativismo, pero algo hay que aprenderse de la experiencia, exitosa y única, en América del Norte de 1787²⁰.

Por continuidad, entonces debe defenderse, sin embargo, que su enfoque que indica la necesidad de una continua expansión de los derechos y garantías, especialmente las sociales, con un

mínimo de involuciones y demoras, también ya es aplicado en la Constitución actual, de acuerdo con la prohibición de retroceder²¹.

En cuanto a lo que se refiere a la *participación* de la sociedad en la vida política, es necesario decir que en Brasil ya ha efectuado numerosos mecanismos de esta naturaleza, como es el caso del asiento ecléctico al Consejo Nacional de Justicia, después de la Enmienda n° 45/2004²², de instrumentos de la voluntad popular, como el plebiscito, el referéndum y la iniciativa popular (art. 14, I, II y III, CF), y, además, de las acciones constitucionales, como el Mandamiento de Seguridad (art. 5°, LXIX, CF), el Mandamiento de “*Injunção*” (art. 5°, LXXI), el Habeas Data (art 5°, LXXII), y la Acción Popular (art. 5°, LXXIII).

Por último, según Dromi, la premisa final es la *universalidad* de los derechos fundamentales para todos los pueblos del mundo. Aquí radica, en opinión de este autor, el mayor elemento de la disidencia como una premisa “del futuro”.

De hecho, a lo largo de este artículo, el lector atento debe haber notado que se ha utilizado la expresión “Constituciones *occidentales*”, y no “Constituciones *mundiales*”, dividiendo, de manera temeraria, el mundo en sólo dos partes, por un mero meridiano, y teniendo las características del constitucionalismo exclusivamente las del oeste.

Este autor hace esto, pues tiene un compromiso con la verdad, y no se puede engañar al lector sobre la posibilidad de una homogeneidad entre Oriente y Occidente. En efecto, los estudios de la evolución del constitucionalismo, hoy en día, se basan en los institutos de países que componen el bloque occidental, tales

como los EE.UU., Alemania, Inglaterra y Francia. Por otra parte, al estudiar los sistemas jurídicos, se habla mucho del derecho común anglosajón y del derecho civil franco-romano-germánico, pero poco o nada se dijo sobre la ley soviética, la ley china y el derecho árabe, *p. ej.*

No es que se quiera criticar estos sistemas, porque vale la pena reafirmar, poco se sabe sobre ellos. Y por poco conocer de ellos si saber que sería muy presuntuoso extender “al lado de allá” nuestros derechos fundamentales, en favor de una supuesta universalización. Por qué la hipocresía no se puede olvidar: al exportar *nuestros* derechos fundamentales, eso sería universalización; ahora, importar los derechos fundamentales *de ellos* podría considerarse una afrenta a la democracia y a la civilización occidental.

Es obvia la imposibilidad de vivir con una Constitución Mundial dotada con plenitud de esencia, por lo menos con una amplia gama de derechos fundamentales. Una Constitución Mundial sería una propuesta puramente teórica, carente de aplicabilidad. ¿O es posible creer que Corea del Norte va a respetar al derecho a la libertad de expresión? ¿Que China dejaría de ser un gran contaminador del medio ambiente? Por otro lado, ¿Será que aceptaríamos las agotadoras horas de trabajo Chinas como compatibles con los derechos sociales aquí solidificados? ¿O la poligamia árabe? ¿Las posibilidades de ampliar la pena de muerte? ¿Qué haríamos con el principio de igualdad?

De esto se infiere, que esta premisa séptima del “constitucionalismo de venir” daña el primero, a saber, la verdad, ya que, una vez más, y como de costumbre, la “comunidad global” estaría tentado a fundamentar una proposición ilógica y carente de concreción.

Conclusiones

Por todo lo explicado, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- 1) El constitucionalismo tiene gran importancia en la historia de la civilización, ya que limita el poder del monarca a través de la separación de funciones y garante la prestación y, sobre todo, la concreción de los derechos. Por lo tanto, se puede hablar de un constitucionalismo uno, cuyas capas evolutivas desarrollaran hasta la actualidad, del neoconstitucionalismo.
- 2) El fenómeno constitucional no está lejos de equívocos, y prueba de eso es la necesidad de reajustar algunos de los excesos del neoconstitucionalismo. Por lo que hay que buscar alternativas para el futuro, entre las que se

destaca es el “constitucionalismo del futuro” (o “constitucionalismo por venir”), desarrollado por José Roberto Dromi, y sus siete premisas fundamentales: *Verdad, solidaridad, consenso, continuidad, participación, integración y universalización.*

- 3) A pesar del respeto a la posición del jurista Argentino, bien como por quién la respeta, este trabajo entiende por la imposibilidad del “constitucionalismo del futuro” en Brasil;

La verdad es, sin embargo, que el constitucionalismo sigue su camino, y en este sentido, antes de pensar en un “futuro constitucional”, es necesario al neoconstitucionalismo reajustar los errores que pueden causar, el futuro, obstáculos inevitables y una crisis irremediable. La cuestión es, por tanto, de un “constitucionalismo del presente”, no “del futuro”.

BIBLIOGRAFÍA

- Barros, S. Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas/ SP: Millennium Editora, 2007.
- Barroso, LR. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- Brega Filho, V. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- Canotilho, J; Gomes J. *Estudo sobre direitos fundamentais*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2004.
- _____. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2002.
- Cianciardo, J. (coord.). *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*. Buenos Aires, Argentina: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.
- Dantas, MC. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- Dromi, JR. La reforma constitucional: el constitucionalismo del “por venir” *In El derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana*. Madrid: Fundación BBV, 1997.
- Grasso, PG. *El problema del constitucionalismo después del Estado Moderno*. Madrid, Espanha: Marcial Pons, 2005.
- Grimm, D. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid, Espanha: Editorial Trotta, 2006.
- Kreil, AJ. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ed. Ariel, 1970.

- Luño, A.; Pérez, E. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madrid, España: Tecnos, 2005.
- Olsen, A.; Lopes, C. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.
- Pisarello, G. Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico *En Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid, España: Editorial Trotta, 2007.
- Queiróz, C. *O princípio da não-reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2006.
- _____. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2002.
- Ramos, ES. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- Sarmento, D. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades In Leituras complementares de direito constitucional: teoria da Constituição*. Salvador: Jus Podium, 2009.
- Soares, M., Quintão L. *Constitucionalismo e Estado In Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- Souza Junior, CS. *Consenso e constitucionalismo no Brasil*. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002.
- Streck, LL. *A hermenêutica jurídica nos vinte anos da Constituição do Brasil In O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- Supremo Tribunal Federal. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/discAlemanha.pdf>. Acesso em 24/11/2010.
- Vade Mecum RT. 5. ed. São Paulo: RT, 2010.

REFERENCIAS

- 1 Promulgada el 23 de mayo de 1949, fundadora de la República Federal de Alemania, la Ley Fundamental de Bonn consistió en un paradigma innovador de la noción de estado de derecho. Son sus características: "(i) a importancia dada a los principios y valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados, (ii) La ponderación como método de interpretación y aplicación de principios de resolución de conflictos entre valores y bienes constitucionales, (iii) al comprender la constitución como norma que irradia efectos por todo el ordenamiento jurídico, condicionando toda la actividad jurídica y política a dos poderes del Estado y a esta misma dos particulares de relaciones privadas, (iv) el protagonismo de los jueces en relación al legislador en la tarea de interpretar la Constitución, y (v) un reconocimiento de alguna conexión entre derecho y moral". (Discurso pronunciado el 25 de mayo de 2009 en la Embajada de la República Federal da Alemania, en ocasión de los 60 años de la Ley Fundamental de Bonn. s/n. *In* <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/discAlemanha.pdf>. Recuperada el 24 de noviembre de 2010.
- 2 Lênio Luiz Streck (2009, p. 62). "Desde la vertiente liberal, Konrad Hesse, en bellísima lección señala que la Constitución jurídica viene condicionada por la realidad histórica. Pero ella no es solo una expresión de la realidad de cada momento. Gracias a su carácter normativo ordena y conforma a su vez la realidad social y política. De esa coordinación correlativa entre el ser y el deber ser se derivan las posibilidades y, al mismo tiempo los límites de la fuerza normativa de una Constitución. Y esa fuerza normativa no se basa apenas en la adaptación inteligente a las circunstancias: la Constitución jurídica tiene un significado autónomo, pero de manera relativa "
- 3 Ver la nota nº 1.
- 4 Ver a Luis Roberto Barroso (2000, p. 68), en el análisis de las ideas de Konrad Hesse: "Desde la vertiente liberal, Konrad Hesse, en bellísima lección señala que

la Constitución jurídica viene condicionada por la realidad histórica. Pero ella no es solo una expresión de la realidad de cada momento. Gracias a su carácter normativo ordena y conforma a su vez la realidad social y política. De esa coordinación correlativa entre el ser y el deber se derivan las posibilidades y, al mismo tiempo los límites de la fuerza normativa de una Constitución. Y esa fuerza normativa no se basa apenas en la adaptación inteligente a las circunstancias: la Constitución jurídica tiene un significado autónomo, pero de manera relativa “

- 5 José Roberto Dromi (1997).
- 6 Ver Daniel Sarmiento (2009, p. 52-53), que asesta tres golpes críticos al neoconstitucionalismo: a) Su fervor justicialista y antidemocrático; b) Su preferencia por principios e interpretaciones lo cual es peligroso, sobre todo en el Brasil, en razón de las singularidades de nuestra cultura; y c) Que el neoconstitucionalismo pueda generar una interpretación del derecho que termine yendo en detrimento de la autonomía pública del ciudadano y de la privada del individuo.
- 7 En este sentido, las palabras oportunas de André Ramos Tavares (2003, p. 13): En todas sus fases sucesivas el constitucionalismo presentó una dirección constante desde su inicio y es el de la *limitación del Gobierno por el Derecho*. Son las denominadas *limitaciones constitucionales*. Esa es a su vez la nota más antigua y además más reciente del constitucionalismo. Oponerse, desde su origen a los gobiernos arbitrarios.(grifei).
- 8 J. J. Gomes Canotilho (1999, p. 47) defiende un constitucionalismo, pero con varios “movimientos constitucionales” en su contenido: “Es preferible sostener que existen diversos movimientos constitucionales con acentos nacionales; con algunos elementos de aproximación entre sí, entrelazando una compleja textura histórico – cultural. En ese orden de ideas sería más riguroso referirnos a varios movimientos constitucionales, mejor que a varios constitucionalismos porque eso nos permite afirmar; desde ya, una única noción básica de *constitucionalismo*”.
- 9 En este sentido, las palabras de Gerardo Pisarello (2007, p. 159), lo que demuestra la preocupación por estos temas del constitucionalismo: “En ese marco, ha supuesto también un desafío central al paradigma constitucional entendido como *sistema de vínculos y controles a los poderes públicos e privados en beneficio de los derechos de las personas*”. (Grifei). En ese mismo sentido, Mário Lúcio Quintão Soares (2006, p. 48): “Tanto el Estado como el Constitucionalismo se apoyan en la garantía de los derechos fundamentales, y en la separación de poderes, comprendidos estos como identidad y rostro del *Estado democrático de derecho*...”.
- 10 Karl Lowenstein (1970).
- 11 Clarividente, en este período, la influencia de las Constituciones Mexicana, de 1917, y la de República de Weimar de 1919, tal como la amenaza de la revolución Bolchevique de 1919, lo que hizo que los derechos sociales fuesen previstos en los Textos Constitucionales occidentales más por temor a la “Cortina de Hierro”, que a la benevolencia en sí misma.
- 12 Pedro Lenza (2009, p. 07-08) nos ofrece una breve explicación de estos presupuestos: “... El constitucionalismo del futuro sin duda tendrá que consolidar el respeto a los denominados *derechos humanos de tercera dimensión*, incorporando a la idea del constitucionalismo social los valores del constitucionalismo fraternal y de solidaridad, avanzando así y estableciendo un equilibrio entre el constitucionalismo moderno y algunos excesos del contemporáneo (...) Entramos en el universo de lo *por venir* compuesto por los siguientes valores : **verdad**: la constitución no puede continuar generando falsas expectativas. El constituyente solo podrá *prometer* aquello que sea viable de cumplir, atendiendo la obligación de ser transparente y ético; **solidaridad** :referida a la nueva perspectiva de igualdad, enraizada en la solidaridad de los pueblos y en la dignidad de la persona humana y la justicia social; **consenso**: la constitución del futuro deberá – necesariamente- representar el resultado de un proceso de consenso democrático; **continuidad**: al reformarse la constitución ,el nuevo ordenamiento no puede dejar de reflejar y tener en cuenta los avances considerados como *conquistas*; **participación**: efectiva de las *fuerzas vi-*

vas de la sociedad y sus distintos sectores, manteniendo y afirmando el postulado representado en la idea de la democracia participativa y el imperio del estado de derecho democrático ; **integración**: hace referencia a prever en el ordenamiento la posibilidad de creación de organismos carácter supranacional que posibiliten la implementación de una integración espiritual, moral , ética e institucional entre los pueblos; **universalidad**: entendida como la incorporación de los derechos fundamentales internacionales en las constituciones futuras, haciendo siempre prevalecer el principio de la dignidad de la persona humana de manera universal alejando así cualquier posibilidad de deshumanización de la norma...” (Las negrillas fueron incorporadas por el traductor Olympto Morales Benítez, curador centotto Pereira 2011).

- 13 Ramos Tavares, A. (2003, p. 14). Ramos Tavares, A. (2003, p. 14) traza una posición complementaria diferente sobre la verdad: “...Es importante destacar aquí el constitucionalismo de la verdad. Dentro de esta categoría existen dos categorías de normas que deben ser analizadas: la categoría nutrida de normas que nunca serán programáticas y que son prácticamente inalcanzables para la mayoría de los estados; y otro bloque de normas, que no son implementadas por la simple falta de motivación política de los administradores y/o de los gobernantes responsables de hacerlo. (...). Las que se encuentran en la primera categoría es imperativo erradicarlas de los cuerpos constitucionales, debiendo figurar, a lo sumo, apenas como objetivos – anhelos- a que pretenden ser alcanzados en el largo plazo. No deben incorporarse como declaraciones de realidades que por utópicas no operaran.

“Las primeras precisan ser erradicadas de los ordenamientos constitucionales, pudiendo figurar, y; de hacerlo, apenas como objetivos que se intentará alcanzar en un largo plazo y nunca; de ser utopías, como declaraciones de realidad. No puede insistirse en incluir lo utópico como mandato, como si fuera suficiente una mera declaración jurídica para transformar el hierro en oro. Las segundas, por el contrario deben ser implementadas por el poder público cada vez con mayor decisión, lo que requiere; en muchos de los casos, de la participación de la sociedad en la ejecución de las partidas presupuestales y en la actuación de los organismos de control y ejecución pertenecientes al Ministerio Público, intentando lograr la preservación del orden jurídico así como la consecución de los intereses públicos contenidos en las cláusulas constitucionales. Esa debe ser la política de los administradores y de los gobernantes responsables.

- 14 Por otro lado, Andreas J. Krell (2002), p. 52-54: Según lo expresado por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, esos derechos y prestaciones positivas (*Teilhaberechte*) están sujetos a la reserva de lo posible, es decir, de aquello que el individuo, de manera racional, puede esperar de la sociedad. Esa posición jurisprudencial imposibilita las exigencias por encima de un cierto límite básico social. La Corte rechazó la tesis de que el estado estaría obligado a crear una cantidad suficiente de cupos en las universidades públicas para atender todos los candidatos (...). Pensando bien el condicionamiento de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales a la existencia de “*fondos inagotables*” del Estado significa reducir su eficacia a *zero*. La subordinación a los condicionantes económicos vuelve relativa su universalidad y quedadn condenados a ser considerados derechos de segunda categoría. En un país con uno de los peores cuadros de distribución de la renta del mundo, el concepto de redistribución (*Umverteilung*) de los recursos obtiene una connotación totalmente diferente.

- 15 Sobre el “mínimo”, las palabras oportunas de Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p 318): Sin perder de vista la posibilidad de que todavía la definición de un mínimo existencial pueda variar, es posible reconocer que determinadas prestaciones materiales responsabilidad del Estado por mandato del constituyente, son esenciales para la preservación de la vida humana con dignidad. Siempre la vida humana es la personificación del ser humano, (en contraposición a la idea conceptual del ser

- humano como cosa). Siempre que esta -(la vida humana)- se encuentre en riesgo podrá el intérprete de la norma ajustar la existencia del mínimo existencial”.
- 16 La única previsión de solidaridad en la Constitución Federal queda el art. 3º, I: “Constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa del Brasil: I - de construir una sociedad libre, justa y solidaria”.
 - 17 Ver José Dromi *apud* André Ramos Tavares (2003, p. 14): “[...] es muy peligroso en nuestro tiempo concebir constituciones que produzcan una ruptura en la lógica de los antecedentes; una discontinuidad con todo el sistema precedente.
 - 18 Además, la Constitución Federal, en el art. 4, establece lo siguiente: “La República Federativa de Brasil se rigen las relaciones internacionales, tanto en los siguientes principios: [...] IX - la cooperación entre los pueblos para el progreso de la humanidad”. Este es otro elemento que confirma que la solidaridad, en Brasil, no es una premisa “del futuro”.
 - 19 En ese mismo sentido, ver la nota No. 4.
 - 20 Cf. Elival da Silva Ramos (2010, p. 130), por interpretativismo original debe ser entendida la teoría de la interpretación constitucional que tiene el texto de la Constitución de manera textualista. La diferencia es que miran los originalistas, además de un lenguaje textual, para el sentido que los constituyentes quisieran de dar al texto.
 - 21 Cristina M. M. Queiroz (2002, p. 151) analiza la obra de J. J. Canotilho Gomes: “Los derechos económicos, sociales y culturales, garantizados por normas de rango constitucional son vinculantes y su implementación es obligatoria.(....) Implican, de manera general; según Gomes Canotilho (...) c) y por último, la *prohibición del retroceso social*, lo que quiere decir que una vez consagradas legalmente las “prestaciones sociales” (v.g. de asistencia social), el legislador no podrá eliminar el mandato sin señalar las alternativas y las compensaciones.
 - 22 Art. 103-B. El Consejo Nacional de Justicia se compone de 15 (quince) miembros elegidos cada dos años, es admitido un nuevo nombramiento, de la siguiente manera: [...] XIII - dos ciudadanos de notable saber jurídico y reputación intachable, indicado uno por la Cámara y otro por el Senado.