



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

VOL. 1 | N. 1 | JANEIRO/ABRIL 2014 | ISSN 2359-5639





REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

vol. 1 | n. 1 | janeiro/abril 2014 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral

Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br

REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

ISSN: 2359-5639



© 2014 NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR



Os trabalhos estão licenciados com uma Licença **Creative Commons – Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional**. É autorizada a reprodução total ou parcial exclusivamente para fins não comerciais e desde que inserida a fonte e indicada a autoria do texto, no formato indicado na página inicial de cada artigo.

Endereço: Praça Santos Andrade, n. 50, 3º andar –
Centro – CEP 80020-300 – Curitiba-PR – Brasil
Telefone: +55 41 3310-2683
Site: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/rinc>
E-mail: revista@ninc.com.br

Supervisão editorial: Eliane Peçanha
Revisão: Equipe do NINC-UFPR
Bibliotecária: Paula Carina de Araújo – CRB 9/1562
Capa: Duilio David Scrok
Projeto gráfico: Duilio David Scrok
Diagramação: Duilio Scrok e Editora Íthala
(www.ithala.com.br)

Publicação eletrônica de acesso aberto
Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

R454

Revista de Investigações Constitucionais / Universidade Federal do Paraná,
Núcleo de Investigações Constitucionais. – v.1, n.1 (jan./abr. 2014) – . –
Curitiba: UFPR, 2014-

Quadrimestral.

Endereço eletrônico: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/rinc>

ISSN: 2359-5639

1. Direito. 2. Direito Constitucional. I. Universidade Federal do Paraná.
Núcleo de Investigações Constitucionais.

CDU 342
CDD 341.2

Catálogo na Fonte UFPR – Sistema de Bibliotecas – SIBI

Cobertura temática (classificação do CNPq):

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Objetivo: A Revista de Investigações Constitucionais, fundada no ano de 2014, consiste em periódico científico eletrônico de acesso aberto e periodicidade quadrimestral promovido pelo NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (www.ninc.com.br), e tem como objetivo principal a publicação de artigos jurídicos de excelência de autores nacionais e estrangeiros na seara constitucional.

Linha editorial: A linha editorial segue o eixo de concentração das atividades de pesquisa do NINC, com enfoque para o estudo crítico do Direito Constitucional e das instituições jurídico-políticas, especialmente em suas interfaces com as Teorias da Justiça, a democracia, os direitos fundamentais e a intervenção estatal, e seus pontos de contato com ramos jurídicos do Direito Público intimamente ligados com o Direito Constitucional, tais como o Direito Administrativo, o Direito Eleitoral e a Teoria do Estado.

Double blind peer review: A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas “*ad hoc*” portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição promotora da revista (Universidade Federal do Paraná) e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são, portanto, sempre Professores Doutores vinculados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

EQUIPE EDITORIAL

Coordenador Editorial

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

(Universidade Federal do Paraná e Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Conselho Editorial

Prof. Dr. Alberto Bianchi (Universidad Católica Argentina – Buenos Aires, Argentina)

Prof. Dr. Allan Brewer-Carias (Universidad Central de Venezuela – Caracas, Venezuela)

Prof. Dr. André Ramos Tavares (Universidade de São Paulo – São Paulo- SP, Brasil)

Prof. Dr. Carlos Bernal Pulido (Macquarie Law School – Sidney, Austrália)

Prof. Dr. Claudio Pereira Souza Neto (Universidade Federal Fluminense – Niterói-RJ, Brasil)

Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Prof. Dr. Christoph Bezemek (Universität Wien – Viena, Áustria)

Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior (Universidade Federal de Pernambuco – Recife-PR, Brasil)

Prof. Dr. Gilberto Bercovici (Universidade de São Paulo – São Paulo-SP, Brasil)

Prof. Dr. Humberto Nogueira Alcalá (Universidad de Talca – Santiago, Chile)

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre-RS, Brasil)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Universidade de Fortaleza – Fortaleza-CE, Brasil)

Prof. Dr. Luís Roberto Barroso (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

Prof^a Dr^a Maria Immordino (Università degli Studi di Palermo – Palermo, Itália)

Prof^a Dr^a Mônia Clarissa Hennig Leal (Universidade de Santa Cruz do Sul – Santa Cruz do Sul-RS, Brasil)

Prof. Dr. Néstor Pedro Sagüés (Universidad de Buenos Aires – Buenos Aires, Argentina)

Prof. Dr. Richard Albert (Boston College Law School – Boston, Estados Unidos da América do Norte)

Secretaria Executiva

Tuany Baron de Vargas

Luzardo Faria

Equipe de Redação e Revisão

Brunna Marin

Karoline Strapasson

Pedro Henrique Gallotti Kenicke

Renan Guedes Sobreira

Tailaine Cristina Costa

Tuany Baron de Vargas



Sumário

Contents

Editorial: Nasce a Revista de Investigações Constitucionais

Editorial: It is born the Journal of Constitutional Research

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.44818>

Daniel Wunder Hachem 4

Revolution through Constitution: the Brazilian's directive Constitution debate

Revolução por meio da Constituição: o debate sobre a Constituição dirigente brasileira

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40249>

Gilberto Bercovici 7

Recognizing the public right to healthcare: the approach of Brazilian courts

Reconhecendo o direito público à saúde: a abordagem dos tribunais brasileiros

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40246>

Ricardo Perlingeiro 19

Control judicial del estado de sitio y de la intervención federal

Judicial control of the state of siege and the federal intervention

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40247>

Estela B. Sacristán 39

Caraterización constitucional de la ética pública (especial referencia al marco constitucional español)

Constitutional characterization of public ethics (special reference to the Spanish constitutional framework)

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40248>

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz 67

Algunas reflexiones sobre la delegación legislativa en Estados Unidos de Norte América y en la República Argentina

Some thoughts on legislative delegation in United States of America and Argentina

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40250>

Raquel Cynthia Alianak..... 81

Uma ideia de Constituição

An idea of Constitution

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40251>

Edilson Pereira Nobre Júnior 111

Instruções para Autores

Instructions for Authors

..... 147

Editorial

Editorial

Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.44818>



Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons

Nasce a Revista de Investigações Constitucionais

It is born the Journal of Constitutional Research

É com enorme satisfação que o NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR lança este primeiro número da **Revista de Investigações Constitucionais**, periódico científico eletrônico e de acesso aberto, cujos artigos são selecionados pelo sistema *double blind peer review* mediante aprovação de dois pareceristas portadores do título de Doutor e que adota como linha editorial a linha de pesquisa do Núcleo.

O NINC foi fundado em 2011 sob a liderança do Prof. Dr. Titular Clèmerson Merlin Clève no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, e atualmente conta com a presença do Prof. Dr. Titular Romeu Felipe Bacellar Filho, da Profª Drª Eneida Desiree Salgado, do Prof. Dr. Emerson Gabardo e do Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem – todos docentes efetivos do Departamento de Direito Público da UFPR – na direção de suas atividades.

O Núcleo tem como missão a promoção de pesquisas de excelência e seminários de investigação aprofundados na área do Direito Constitucional, notadamente no que diz respeito às teorias da justiça, à democracia e à intervenção, bem como às interfaces do fenômeno constitucional com o Direito Administrativo, o Direito Eleitoral e a Teoria do Estado. Os membros do NINC entendem que a verdadeira atividade de investigação científica é aquela que produz impactos nos meios acadêmico e social

Como citar este editorial | How to cite this editorial: HACHEM, Daniel Wunder. Editorial: Nasce a Revista de Investigações Constitucionais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 4-6, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.44818>.

mediante a publicação dos resultados das pesquisas realizadas. Daí a importância de fundar uma revista jurídica que cumpra com os padrões exigidos pelas mais relevantes fontes de informação e bases de dados nacionais e internacionais.

Com vistas a difundir o que há de mais atual nos debates constitucionais de ponta contemporaneamente, a presente revista propõe-se a oferecer ao público leitor artigos científicos de pesquisadores qualificados, priorizando a publicação de trabalhos de autores exógenos ao Estado do Paraná, redigidos por ao menos um autor com o título de Doutor e conferindo especial atenção às experiências do Direito Comparado, às pesquisas desenvolvidas por autores vinculados a universidades estrangeiras e aos estudos redigidos em inglês e outras línguas além do português.

Nesta edição inaugural, temos a honra de contar com artigos em 3 idiomas (inglês, espanhol e português), de autores vinculados a 6 instituições de ensino superior de 3 países diferentes (Espanha, Argentina e diferentes Estados-membros da República Federativa do Brasil – São Paulo, Rio de Janeiro e Pernambuco). Dos trabalhos publicados, 83% são de Professores Doutores, 83% redigidos em língua estrangeira, 50% de autores estrangeiros e 100% de autores exógenos ao Estado do Paraná. São eles:

- Revolution through Constitution: the Brazilian's directive constitution debate

Gilberto Bercovici

Professor Titular de Direito Econômico da Universidade de São Paulo (São Paulo-SP)

- Recognizing the public right to healthcare: the approach of Brazilian courts

Ricardo Perlingeiro

Professor Titular da Universidade Federal Fluminense (Rio de Janeiro-RJ)

- Control judicial del estado de sitio y de la intervención federal

Estela B. Sacristán

Profesora Adjunta de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Argentina (Buenos Aires, Argentina)

- Caraterizacion constitucional de la ética pública (Especial referencia al marco constitucional español)

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Profesor Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidade da Coruña (La Coruña, Espanha)

- Algunas reflexiones sobre la delegación legislativa en Estados Unidos de Norteamérica y en la República Argentina

Raquel Cynthia Alianak

Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Rosario (Rosario, Argentina)

• Uma ideia de Constituição

Edilson Pereira Nobre Júnior

Professor Associado da Universidade Federal de Pernambuco (Recife-PE)

Com a expectativa de cumprir o objetivo proposto, com o incremento da divulgação de relevantes trabalhos de investigação jurídica por meio da presente revista científica, desejamos uma excelente leitura.

Curitiba, abril de 2014.

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

Coordenador Editorial da Revista de Investigações Constitucionais



Revolution trough Constitution: the Brazilian's directive Constitution debate

Revolução por meio da Constituição: o debate sobre a Constituição dirigente brasileira

GILBERTO BERCOVICI*

Universidade de São Paulo (Brasil)
Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil)
gilberto.bercovici@gmail.com

Recebido/Received: 19.02.2014 / February 19th, 2014

Aprovado/Approved: 08.03.2014 / March 8th, 2014

Resumo

O artigo discute o fenômeno da Constituição Dirigente, apontando que diversas Constituições promulgadas ao longo dos séculos XX e XXI em países periféricos buscam vincular o legislador a um projeto constitucional, estabelecendo, assim, uma linha de atuação política que garanta a progressiva construção, através do Direito, de uma nova realidade social e econômica que permita a superação do subdesenvolvimento.

Palavras-chave: Constituição Dirigente; Teoria da Constituição; Subdesenvolvimento.

Abstract

The article discusses the phenomenon known as Directive Constitution and points out that several constitutions enacted in the 20th and 21st centuries in peripheral countries seek to bind the legislature to a constitutional project, thus establishing a political line of action that ensures the progressive construction – through the law – of a new social and economic reality, therefore overcoming underdevelopment.

Keywords: Directive Constitution; Constitutional Theory; Underdevelopment.

Como citar este artigo | How to cite this article: BERCOVICI, Gilberto. Revolution trough Constitution: the Brazilian's directive Constitution debate. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 7-18, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40249>

* Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário (USP – São Paulo-SP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (1996), é Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (2001) e Livre-Docente em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (2003). Atualmente é Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito e Subdesenvolvimento: O Desafio Furtadiano, credenciado junto ao CNPq.

One of the most important challenges to new democracies in Latin America after the 1980's is related to the implementation of their interventionist constitutions, characterized by the State's role on economic regulation. This recent reality has caused different expectations to societies that traditionally lived with a very strong economic and political private power to guarantee to few people the wealthy's participation. Besides these interventionist constitutions, elections during the past seven years in Latin America of leftist governments have leaded hopes to democratization and transformation in these societies. This paper suggests that constitutional law, seen under a Marxist view, could also be important to democracy's consolidation and recuperation of State's role, therefore, constitutional law, from a marxist analysis, can be converted in an important tool of the democratic consolidation and the recovery of the State's power especially if one considers law not as an automatic and dependent response to economic structure. On the other hand, the marxist understanding must also let the boundaries of the law to be evident in the transforming action as a revolutionary perspective.

This topic, directive constitution, appears at all times in the contemporary Brazilian constitutional debate. After its apogee, in the period immediately posterior to the promulgation of the 1988 Federal Constitution, the series of neoliberal constitutional reforms during the 1990's affects this constitution's model's defense and the perplexity of the Brazilian doctrine accentuates with the publishing of new theoretical positions of the Portuguese constitutionalist José Joaquim Gomes Canotilho, where he reviewed his masterpiece "*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*", from 1982, which had strongly influenced a good share of the Brazilian's public law doctrine's¹ conception. The debate about "death" or "survival" (or even "resurrection") of the directive constitution became one of the main / central topics of the Brazilian constitutional discussion².

¹ These changes are seen in the articles CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo*. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 15, abr/1996.; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A Teoria da Constituição e as Insinuações do Hegelianismo Democrático*. In: RIBEIRO, J. A. Pinto. **O homem e o tempo: Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira**. Porto: Fundação Eng. António de Almeida, 1999.; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Da Constituição Dirigente ao Direito Comunitário Dirigente*. In: CASELLA, Paulo Borba (org). **Mercosul: Integração Regional e Globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.; and CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milénio: De uma Disciplina Dirigente a uma Disciplina Dirigida*. In: GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo [et al.]. **Constitución y Constitucionalismo Hoy: Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo**. Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, partially reprinted in the Preface to the Second Edition of CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.; or in CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **"Brançosos" e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. [Coimbra]: Almedina, [2006].

² See, by all the transcription of the debate in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.; BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição*. In: _____ [et al.]. **Teoria da Constituição**: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.; and STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

In 1961, when using the expression “directive constitution” (“*dirigierende Verfassung*”), the German jurist Peter Lerche, added a new dominium to the traditional existing sectors in the constitution. In his opinion, all constitutions would present themselves in four parts: the lines of constitutional direction, the determinant disposals of means, the rights, the guarantees and the division of State competency and the rules of principle³. However, modern constitutions characterize themselves by possessing, according to Lerche, a series of constitutional policies that configure permanent imposition for the legislator. These policies are what he determines as directive constitution⁴. Due to the fact that the directive constitution consists of permanent policies to the legislator, Lerche will claim that it is in the directive constitution's extent that the material discretionary of the legislator could occur⁵.

The difference of conception of Peter Lerche's “directive constitution” from the renowned Canotilho's masterpiece is evident. Lerche is concerned in defining which rules link the legislator and comes to the conclusion that the permanent policies (the directive constitution) would make the material discretionarity possible to the legislator. Canotilho's concept is a lot wider, for not only a part of the constitution is called directive, but all of it⁶. The common ground between them, however, is the mistrust of the legislator: both wish to find a way to link, positively or negatively, the legislator to the constitution.

Canotilho's proposal is far wider and deeper than Peter Lerche's: his objective is the reconstruction of Constitutional Theory by means of a Constitutional Material Theory, conceived also as a social theory⁷. The directive constitution searches to rationalize politics, incorporating a materially legitimate dimension when establishing a constitutional fundament for politics⁸. The core of the idea of directive constitution is the proposal of material legitimation of the constitution by the means and functions anticipated by the constitutional text. In summary, according to Canotilho, the directive constitution's problem is a legitimating problem⁹.

For the Directive Constitution Theory, the constitution is not only a guarantee of the existent, but also a program for the future. When providing lines of procedure

³ Cf. LERCHE, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*. 2 ed. Berlin: Keipe, 1999.

⁴ Ibid. p. 64-65.

⁵ Ibid. p. 65-77, 86-91, 325.

⁶ See CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente...*, p. 224-225, 313, note 60.

⁷ Ibid. p. 13-14.

⁸ Ibid. p. 42-49, 462-471. About this matter see QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no estado de direito: o problema do controle jurídico do poder*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 111-113, 138-140, 146-150, 216-218.; and BERCOVICI, Gilberto. *A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 142, 1999. P. 39-40.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente...*, p. 19-24, 157-158, 380.

for politics, without substituting it, the interdependency between State and society stands out: the directive constitution is a state and social constitution¹⁰. Canotilho's conception of directive constitution is linked to the defense of reality's change by law. The meaning, the objective of the directive constitution is to give strength and juridical substratum for social change. The directive constitution is an action program for society's alteration¹¹. This emancipative dimension is highlighted by all the versions of the directive constitution¹². Whether the directive constitution is revolutionary, like the 1976 Portuguese constitution, in which the original version had the transition to socialism be acclaimed with one of the Portuguese's Republic's objectives, or whether the directive constitution is "reformist" like the 1978 Spanish constitution and the 1988 Brazilian constitution, that even though they don't propose the transition to socialism, they determine a vast program of public policies, inclusive and distributive, through its "transforming clauses"¹³.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente...**, p. 150-153, 166-169, 453-456. See also BERCOVICI, Gilberto. *A Problemática...*, 37-39.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente...**, p. 455-459. About the Consitution also as a project turned to the future, see SCHENUER, Ulrich. *Verfassung*. In: _____ [et. al.]. **Staatstheorie und Staatsrecht: Gesammelte Schriften**. Berlin: Duncker & Humblot, 1978. p. 173-174.

¹² To the distinction between the "revolutionary" and the "reformist" directive constitution see CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente...**, Prefácio. Something similar must have occurred with the concept that the Spanish Elías Díaz makes of the Democratic Rule of Law ("Estado Democrático de Direito"). The political democracy, according to Elías Díaz, demands, as a base, economical democracy. For him, it is impossible to make democracy and capitalism compatible. The correspondence exists between democracy and socialism, and both agree and institutionalize in the Democratic Rule of Law, that, being so, overcomes the Welfare State. The Democratic Rule of Law, to Elías Díaz, must have a socialist economical structure, necessary to the present construction of a real democracy. Cf. DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 9 ed. Madrid: Taurus, 1998. p. 132-137, 142, 172-178. However, in the Brazilian case, José Afonso da Silva's interpretation strictly discards the presence in the constitutional text of 1988, of the Democratic Rule of Law with socialist content, even though the Constitution opens perspectives to social transformations. For him, the 1988 Constitution didn't promise a transition to socialism through an economical democracy and the deepening of the participative democracy keeping away from the concept elaborated by Elías Díaz. See SILVA, José Afonso da. *O Estado Democrático de Direito*. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, 1988. p. 68-71.

¹³ The "transforming clause" (as in the third article of the Brazilian 1988 constitution) enhances the contrasts between the unfair social reality and the need to eliminate it. In that manner, it prevents the constitution from considering done what is about to be done, implicating in the State's obligation of promoting the transformation of the social and economical structures. It's effectiveness doesn't mean an immediate demand of the concrete state action, but a positive attitude, constant and diligent, by the State in that direction established by the constitution. See MORTATI, Costantino. **Istituzioni di Diritto Pubblico**. 8 ed. Padova: Cedam, 1969. p. 945-948.; VERDÚ, Pablo Lucas. **Estimativa y Política Constitucionales: Los Valores y los Principios Rectores del Ordenamiento Constitucional Español**. Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1984. p. 190-198.; Raúl USERA, Raúl Canosa. **Interpretación Constitucional y Formula Política**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988. p. 303-305.; Francisco Javier Díaz REVORIO, Francisco Javier Díaz. **Valores Superiores e Interpretación Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 186-199.; and BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

At a first moment, the conservative authors will criticize the directive constitution for being filled with “contradictions” and “dilatatory compromise”¹⁴, bringing up to date an argument developed in the Weimar Constitution, during the years of 1919-1933. Carl Schmitt, in his Constitutional Theory (*Verfassungslehre*) of 1928 affirmed that Weimar's German Constitution, even though it contained fundamental political decisions about the way of concrete political existence of German people, possessed in its text a number of compromises and obscurities that didn't represent any decision, but on the contrary, whose decision had been delayed. These compromises, denominated by Schmitt “dilatatory formal compromises” (*dilatorischen Formelkompromiss*), fruit of partisan disputes that delayed the decision about certain themes, would only generate confusion to the interpreter. After all, for Carl Schmitt, in these mechanisms, the only will is not to have, temporarily, any will in that matter, not making it possible however to interpret an inexistent will. These “dilatatory compromises” actually represent only one tactical victory obtained by a coalition of parties in a favorable moment, whose objective is to preserve its private interests against all majority parliamentary variables. The “dilatatory formal compromises” would be particularly noticeable between the fundamental rights, whose guarantee would be debilitated with the subscription of social reform programs, of interest to certain political parties among the rights properly said¹⁵.

Also in the directive constitution, “programmatic norms” will be found and accused. They are a perception developed in a deeper manner by the Italian jurist Vezio Crisafulli from the debate of the execution of the Italian Constitution of 1947¹⁶. The conception of programmatic norm¹⁷ had an enormous importance in Italy when affirming that social devices of the constitution were also juridical rules and therefore could be applied by the courts in concrete cases. Crisafulli's ideas had a huge repercussion and were of great success in Brazil¹⁸. However, its practical application was disappointing, in Brazil and also in Italy. Programmatic norm came to be a synonym for a constitutional provision that has no concrete value whatsoever, contradicting the intentions of its

¹⁴ For the understanding of the 1988 Constitution as contradictory and full of programmatic norms, see FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 72, 75-78, 80-83, 86, 98.; and FÁRIA, José Eduardo. **Direito e Economia na Democratização Brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 50-59, 91-92, 98-101, 152-155.

¹⁵ SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre**. 8 ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1993. p. 28-36, 128-129.

¹⁶ The classic texts that talk about the subject are “Le Norme ‘Programmatiche’ della Costituzione” In: CRISAFULLI, Vezio. **La Costituzione e le sue disposizioni di principio**. Milano: Giuffrè, 1952. p. 51-83.; and “L'art. 21 della Costituzione e l'Equivoco delle Norme ‘Programmatiche’” In: idem, p. 99-111.

¹⁷ See Ibid. p. 53-55. See, also, SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. rev., ampl., atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 138.

¹⁸ I should enhance, as the main published and systemizing piece of the conception of programmatic norm, SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade...**, 135-164. See, also, the (self) laudatory reconstruction of BARROSO, Luís Roberto. A Doutrina Brasileira da Efetividade. In: _____. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2005. I myself have wrongly used the conception of programmatic norm in the analysis of the 1988 Constitution, see BERCOVICI, Gilberto. A Problemática..., p. 36, 43-44.

spreaders¹⁹. The Brazilian doctrine imported Cristafulli's conception, but not its sharp critic, from few years after, to the usage of the idea of programmatic norm. As Cristafulli said, all inconvenient constitutional provisions came to be classified as "programmatic"²⁰, blocking, in practice, the effectiveness of the constitution and especially of the economical constitution and social rights.

The critic made to the directive constitution by the conservative authors corresponds, amongst other aspects, to the fact that the directive constitution "ties up" the politics, substituting the political decision process for the constitutional impositions. A greater responsibility was ascribed to the directive constitution for ungovernability²¹. The curious thing is that only the constitutional devices that are relative to public policies and social rights that "cover" politics, taking away the legislator's freedom to act. And the same critics of the directive constitution are the greater defenders of establishing policies of economic stabilization with the supremacy of the monetary budget on social expenses. With the imposition, through constitutional reform and infraconstitutional legislation, of the orthodox politics of fiscal adjustments and of economics liberalization, there was no demonstration whatsoever that they were "tying" the future governments to a one and only possible policy, without any alternatives. In other words, the directive constitution of public policies is understood as harmful to the country's interest, ultimate responsible for the economic crisis, public shortage and "ungovernability". The inverted directive constitution, or so, the directive constitution of neoliberal policies of fiscal adjustment, is seen as something positive to the country's credibility and trust joined with the international financial system. This inverted directive constitution is the real directive constitution that attaches all the Brazilian State's policies to the State custody of the capital's financial income and to the guarantee of the gathering of private wealth²².

¹⁹ See CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione...*, p. 101.

²⁰ Ibid. p. 105. Cristafulli's main critic to the programmatic norm is in the text "L'art. 21 della Costituzione e l'Equivoco delle Norme 'Programmatiche'" (In: Ibid, p. 99-111). This text, the third from Cristafulli's collection about the constitution and its principle devices, is strangely not analyzed the way it should have been by the Brazilian doctrine that imported the ideas from the Italian debate, bringing the conception of programmatic norm and not its critic.

²¹ See MOREIRA NETO, D. F. *Desafios Institucionais Brasileiros*. In: _____ [et. al.]. *Desafios do Século XXI*. São Paulo: Editora Pioneira, 1997.; and FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e governabilidade: ensaio sobre a (in) governabilidade brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 5, 21-23, 142. See also BERCOVICI, Gilberto. *A Problemática...*, p. 39-40.; and CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A Constituição Europeia entre o Programa e a Norma*. In: NUNES, Antonio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 15-22.

²² This constitutionalization of pro-market liberalizing policies is denominated by Kanishka Jayasuriya, as a transition from political constitutionalism to some sort of economic constitutionalism. See JAYASURIYA, Kanishka. *Globalization, Sovereignty, and the Rule of Law: From Political to Economic Constitutionalism?*. *Constitutions*, vol. 8, n. 4, 2001. About this subject, see BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, L. F. *A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica*. *Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. XLIX, 2006.

The conservative critics can all be solved, formally, by a constitutional hermeneutics loyal to constitution²³. However, only that is not enough. To be able to resist to the critics and attempts of weakening and disfigurement of the 1988 Constitution, it is necessary to get out of the constitutional instrumentalism that the Brazilian constitutional doctrine have been thrown into by the adoption of the exaggerated uncritical of the Directive Constitutional Theory which is a Constitutional Theory that is self-centered. The Directive Constitutional Theory is self-sufficient from the constitution. Therefore, a Constitutional Theory was created so powerfully that the constitution by itself seems to solve all the problems. The constitutional instrumentalism is, in that manner, privileged: it is believed that it is possible to change society, to transform reality only with constitutional devices. Consequently, the State and politics are ignored, left aside. The Directive Constitutional Theory is a Constitutional Theory without State Theory and without politics²⁴. So, I disagree with Canotilho's vision that the Constitutional Theory's crisis comes from the sovereign State's crisis²⁵. After all, it is only through State and politics that the constitution will be effective.

This detachment of the Constitutional Theory from the State is also connected to the representativeness's crisis and to the political parties' crisis. After the Second World War, the instrument that guaranteed the State's political unit and made the popular sovereignty concrete, reducing it to its constitutional limits, was the political party. The political party was the big actor of the constitutional democracy, with the task of developing the constitution and its content. With the crisis of the political parties and their leading role in constitutional politics, the trend was, according to Italian legal historian Fioravanti, the emancipation of the political unit from the constitution, either from the constituent power or from the sovereign State. This emptiness of the political party's role would be filled by another power that will assume the function as the main actor of the debate and of the constitutional practice: the courts. The judges, and no longer

²³ About hermeneutics and juridical methodical loyal to constitution, see MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik**. 7 ed. Berlin: Duncker, 1997. p. 12-13, 287-289, 327-329.

²⁴ To several authors, the main issue would have been moved, with new theoretical approaches that are relative to the State, from the State's spheres to the government's or from the so called "good governance". For a further analysis of this movement from the States to the governments, see VAN CREVELD, Martin. **The Rise and Decline of the State**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. About the influence of the multilateral organisms of the International Financial Institutions (specially International Monetary Funds and the World Bank) in the defense of the "good governance" see, among others, Chantal THOMAS, Chantal. Does the "Good Governance Policy" of the International Financial Institutions Privilege Markets at the Expense of Democracy?. Paper 1112. **Connecticut Journal of International Law**. New York: Cornell Law Faculty Publications, 1999. For the defense of good governance as the new central theme of constitutionalism, see CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constitucionalismo e Geologia da Good Governance*. In: _____. "**Brancosos**"..., p. 325-334.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

the political partisan-parliament, will arrogate themselves of the function of making the constitution concrete²⁶.

The constitutional doctrine was able to create, according to Eloy García, a technical mechanism in a mainly juridical territory. Politics was reduced to the formal vision of constituent power, and that turned over to second plan. The constitutional jurisdiction was made the warrantor of normativity's correct application, the only reference of the legitimacy of the system, sheltering itself to the doctrine of the exegesis of the constitutional court's interpretations. The supremacy of the courts over the other powers characterizes itself by the fact that the courts intend to be the "summit of the supremacy", in which they would dispose of their competence to decide in final instance, with binding character. In this manner, the constitutional court transforms itself in a substitute of the sovereign constituent power. However, with the "jurisprudential positivism", the constitutionalism continues incapable of leaving the formalist "must be" speech, with the constitutional jurisdiction, according to Pedro de Vega García, assuming the ambitious pretention of reducing and concentrating in it all the constitutional theory's problematic, abandoning essential matters such as, for example, democracy or the constituent power²⁷.

The risk of separation of the constitution regarding the State and politics with the hegemony of the constitutional courts and of a constitutional theory without any concerns with the State is the abandonment, by democratic and partisan politics, of the constitutional sphere. After all, if the constitution frees itself from politics, also politics can end up letting go by the means and tasks anticipated in the constitutional text. As Fioravanti affirms: "*Ad una costituzione libera dalla politica rischia di corrispondere una politica libera dalla costituzione*"²⁸. That is, when constitutionalizing everything, turning the constitutional court into the big actor of the constitutional text's interpretation and of its capability of being effective, the risk is that it represents, as a reaction, the constitutionalization of nothing, with the political partisan activity less and less linked, in practice, to the constitutional determinations.

²⁶ FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzione e Popolo Sovrano**: La Costituzione Italiana nella Storia del Costituzionalismo Moderno. Bologna: Il Mulino, 1998. p. 12-20.; and FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzione e Politica**: Bilancio di Fine Secolo. In: _____. **La Scienza del Diritto Pubblico**: Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento. 2. vol. Milano: Giuffrè, 2001. p. 878-886. To a contestation of the constitution as the center that assures the State's political unity, see ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 3. ed. [Madrid]: Trotta, 1999. p. 9-20.

²⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. In: _____. **Staat, Verfassung, Demokratie**: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992. p. 189-191; BEAUD, Olivier. *La Puissance de l'État*. Paris: Presses Universitaires de France – PUF, 1994. p. 11-12, 307-308.; GARCÍA, Pedro de Veja. *El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional*. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 1, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia/Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, jan./jun. 1998.; GARCÍA Eloy. *El Estado Constitucional Ante su "Momento Maquiavélico"*. **Editorial Cuadernos Civitas**, Madrid, 2000.; and GARCÍA, Pedro de Veja. *Mondializzazione e Diritto Costituzionale: La Crisi del Principio Democratico nel Costituzionalismo Attuale*. **Diritto Pubblico**, n. 3, Padova, CEDAM, 2001.

²⁸ FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzione...**, p. 20.

Before this picture, what is the point of even mentioning the directive constitution? The meaning of directive constitution in Brazil is linked, in my point of view, to the conception of constitution as a project of national construction. The constitution has several meanings and functions, as it was well demonstrated by Hans Peter Schneider²⁹. Although among them, there's a certain point of view that must be highlighted, founded in Rudolf Smend, the constitution as a symbol of the national unit³⁰. Herbert Krüger overruns and understands the constitution as a national integration project³¹, which in Brazilian case, would be interesting to comprehend the idea of the constitution as a national project of development. A work's hypothesis would be of trying to understand if the States that seek to finish their national construction, such as Brazil, would end up adopting the idea of the constitution as a plan of social transformations and of State³², founded in the view of a national project of development. This hypothesis could explain the conception of directive constitution adopted by the Brazilian National Constituent Assembly of 1987-1988. And the corollary of it all would be the aspect that the Brazilian constituent crisis would be overcome with the fulfillment of the 1988 constitutional project, that would include the construction of the Nation³³.

This way, I can affirm that, while the pretention of constitutionalizing everything, and therefore, constitutionalizing nothing, the directive constitution doesn't make any sense. It ends up becoming an empty constitutional theory of politics and of the State and so, unproductive. However, it makes sense as an emancipatory project that expressively includes in the constitutional text the tasks that the Brazilian people understand as absolutely necessary for the outdoing of the underdevelopment and the conclusion of the Nation's construction and that weren't concluded. As a national project, and as a complaint of these non-accomplished wishes of the popular sovereignty in Brazil, to talk about directive constitution still makes sense.

²⁹ SCHNEIDER, Hans Peter. Die Verfassung: Aufgabe und Struktur. **Archiv des öffentlichen Rechts**, Mohr Siebeck, 1974.

³⁰ For a interpretation of the constitution as a symbol of the national unit see SCHEUNER, U; LIST, J. **Staatstheorie und Staatsrecht**: Gesammelte Schriften. Berlin: Duncker & Humblot, 1978. p. 174. Rudolf Smend defended, in the renowned Weimar's Debate, the constitution as an integrating reality, permanent and continuous. Cf. SMEND, Rudolf. **Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze**. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. p. 189-196.

³¹ KRÜGER, Herbert. Die Verfassung als Programm der nationalen Integration. In: BLUMENWITZ, Dieter; RANDELZHOFFER, Albrecht. **Festschrift für Friedrich Berber zum 75. Geburtstag**. München: Beck, 1973. p. 247-249.

³² To the conception of the constitution as a plan, see the considerations of ACHTERBERG, Norbert (Die Verfassung als Sozialgestaltungsplan. In: _____ [et. al.] **in Recht und Staat im sozialen Wandel**: Festschrift für Hans Scupin zum 80. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 1983.p. 305-315).

³³ I defended this point of view in my book's conclusion, BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades** p. 312-315 and in the article BERCOVICI, Gilberto. Estado, Soberania e Projeto Nacional de Desenvolvimento: Breves Indagações sobre a Constituição de 1988. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 1, p. 559-569, 2003.

1. REFERENCES

ACHTERBERG, Norbert [et. al.]. **Recht und Staat im sozialen Wandel: Festschrift für Hans Scupin zum 80. Geburtstag**. Berlin: Duncker & Humblot, 1983.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2005.

BEAUD, Olivier. **La Puissance de l'État**. Paris: Presses Universitaires de France – PUF, 1994.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, L. F. A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica. **Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. XLIX, 2006.

BERCOVICI, Gilberto [et. al.]. **Teoria da Constituição**: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 142, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. Estado, Soberania e Projeto Nacional de Desenvolvimento: Breves Indagações sobre a Constituição de 1988. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 1, p. 559-569, 2003.

BLUMENWITZ, Dieter; RANDELZHOFFER, Albrecht. **Festschrift für Friedrich Berber zum 75. Geburtstag**. München: Beck, 1973.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Staat, Verfassung, Demokratie**: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht. 2 ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. [Coimbra]: Almedina, [2006].

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 15. abr/1996.

CASELLA, Paulo Borba (org). **Mercosul: Integração Regional e Globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CRISAFULLI, Vezio. **La Costituzione e le sue disposizioni di principio**. Milano: Giuffrè, 1952.
- DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 9 ed. Madrid: Taurus, 1998.
- FARIA, José Eduardo. **Direito e Economia na Democratização Brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Constituição e governabilidade**: ensaio sobre a (in) governabilidade brasileira. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzione e Popolo Sovrano**: La Costituzione Italiana nella Storia del Costituzionalismo Moderno. Bologna: Il Mulino, 1998.
- FIORAVANTI, Maurizio. **La Scienza del Diritto Pubblico**: Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento. 2. vol. Milano: Giuffrè, 2001.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo [et al.]. **Constitución y Constitucionalismo Hoy**: Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo. Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2000.
- GARCÍA Eloy. El Estado Constitucional Ante su "Momento Maquiavélico". **Editorial Cuadernos Civitas**, Madrid, 2000.
- GARCÍA, Pedro de Veja. El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional. **Teoría y Realidad Constitucional**, nº 1, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia/Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, jan./jun. 1998.
- GARCÍA, Pedro de Veja. Mondializzazione e Diritto Costituzionale: La Crisi del Principio Democratico nel Costituzionalismo Attuale. **Diritto Pubblico**, n. 3, Padova, CEDAM, 2001.
- JAYASURIYA, Kanishka. Globalization, Sovereignty, and the Rule of Law: From Political to Economic Constitutionalism?. **Constellations**, vol. 8, n. 4, 2001.
- LERCHE, Peter. **Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit**. 2 ed. Berlin: Keipe, 1999.
- MOREIRA NETO, D. F. [et. al.]. **Desafios do Século XXI**. São Paulo: Editora Pioneira, 1997.
- MORTATI, Costantino. **Istituzioni di Diritto Pubblico**. 8 ed. Padova: Cedam, 1969.
- MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik**. 7 ed. Berlin: Duncker, 1997.
- NUNES, Antonio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Os actos políticos no estado de direito**: o problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Almedina, 1990.

REBORIO, Francisco Javier Díaz. **Valores Superiores e Interpretación Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

RIBEIRO, J. A. Pinto. **O homem e o tempo: Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira**. Porto: Fundação Eng. António de Almeida, 1999.

SCHEUNER, U; LIST, J. **Staatstheorie und Staatsrecht**: Gesammelte Schriften. Berlin: Duncker & Humblot, 1978.

SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre**. 8 ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

SCHNEIDER, Hans Peter. Die Verfassung: Aufgabe und Struktur. **Archiv des öffentlichen Rechts**, Mohr Siebeck, 1974.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. rev., ampl., atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, 1988.

SMEND, Rudolf. **Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze**. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THOMAS, Chantal. Does the “Good Governance Policy” of the International Financial Institutions Privilege Markets at the Expense of Democracy?. Paper 1112. **Connecticut Journal of International Law**. New York: Cornell Law Faculty Publications, 1999.

USERA, Raúl Canosa. **Interpretación Constitucional y Formula Política**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988.

VAN CREVELD, Martin. **The Rise and Decline of the State**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Estimativa y Política Constitucionales**: Los Valores y los Principios Rectores del Ordenamiento Constitucional Español. Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1984.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 3. ed. [Madrid]: Trotta, 1999.



Recognizing the public right to healthcare: the approach of Brazilian courts*

Reconhecendo o direito público à saúde: a abordagem dos tribunais brasileiros

RICARDO PERLINGEIRO**

Universidade Federal Fluminense (Brasil)
r.perlingeiro@terra.com.br

Recebido/Received: 12.04.2014 / April 12th, 2014
Aprovado/Approved: 30.04.2014 / April 30th, 2014

Resumo

Este artigo analisa aspectos da judicialização da política de saúde no Brasil. Discute-se a questão no contexto da separação dos poderes do Estado, a tutela judicial do direito público à saúde, as denominadas “discricionariedades administrativas técnicas” e, finalmente, a necessidade de lastro orçamentário para conferir eficácia às decisões dos tribunais. Para aprofundar a análise do tratamento que o Brasil empresta à judicialização da política, este artigo também compara a experiência brasileira com a experiência de outros países que vivem o mesmo fenômeno.

Palavras-chave: Direito brasileiro; direito à saúde; judicialização da política de saúde; tripartição dos poderes do Estado; discricionariedade administrativa técnica; igualdade perante a lei; orçamento público.

Abstract

This paper considers aspects of the judicialization of health care policy in Brazil. It discusses the issue in the context of the separation of the powers of government, judicial protection of the public right to healthcare, the so-called “technical administrative discretionary prerogatives,” and finally, the need for a budget to provide for the efficacy of court decisions. To further the analysis of Brazil’s treatment of the judicialization of politics this paper also compares Brazil’s experience with the experience of other countries witnessing the same phenomenon.

Keywords: Brazilian Law; right to healthcare; judicialization of healthcare policy; three branches of government; technical discretionary prerogative; equality before the law; government budget.

Como citar este artigo | How to cite this article: PERLINGEIRO, Ricardo. Recognizing the public right to healthcare: the approach of Brazilian courts. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 19-37, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40246>

* Adaptation of Perlingeiro R. The increased judicial in public healthcare in a comparative Franco-Brazilian perspective [unpublished lecture notes]. Fluminense Federal University; notes provided at lecture given on 2010 August 30-31. This article was originally published in Portuguese in Review “Direito, Estado e Sociedade”, v. 41, p. 184-203, 2012, and in English in Review “Revista Portuguesa de Saúde Pública”, v.32, p.10.1016/j.rpsp, 2014. The author is indebted to Carlos André Galante Grover, J.D. candidate at American University, Washington College of Law, for his invaluable assistance in reviewing this article and research on the United States’ experience of the judicialization of healthcare.

** Full Professor at the Law School of Fluminense Federal University (UFF – Rio de Janeiro-RJ) and coordinator of the Judiciary Sciences Centre at UFF (Nupej/UFF). Doctorate in Law – University Gama Filho (UGF). Coordinator of the Executive Committee of the National Council of Justice for the monitoring and settlement of healthcare assistance claims in the State of Rio de Janeiro. Member of the Brazilian Institute of Procedural Law. Member of Ibero-American Institute of Procedural Law. Member of the International Association of Procedural Law. Federal judge of the Judiciary Section of Rio de Janeiro.

CONTENTS

1. Should the Judiciary get involved in making Government health policy?. 2. Does the Judiciary have the expertise to interfere with the healthcare policymaking?. 3. Can the Judiciary protect an individual's public healthcare rights without considering other individuals in the same situation?. 4. The relevance of finite resources to the court's role in resolving access to healthcare cases?. 5. Final considerations. 6. References.

In Brazil, the topic of the “judicialization of healthcare policy” continues fomenting debates in the three branches of power and naturally provokes interest of judges' academies and schools.¹ The recent National Council of Justice (CNJ) Recommendation no. 31, of 30 March 2010, on healthcare assistance, and CNJ Resolution no. 107, of 6 April 2010, that establishes the National Judiciary Forum for the monitoring and settlement of healthcare assistance claims is clear evidence of the importance and timeliness of the subject in Brazilian society.² The current significance of the topic of judicialization of healthcare policy is manifested in the joint academic pursuit undertaken by the Fluminense Federal University, Judiciary Sciences Centre, Nupej, and University of Paris Descartes, Institute of Health and Law, IDS. Federal Senate Bill no. 338, of 2007, further evidences the primacy of the topic by amending law no. 8.80/1990 that deals with the

¹ NOBRE, Milton. **The installation of the Fórum Nacional do Judiciário** (National Forum for Judicial) monitoring and resolution of the demands of health care [published speech]. Conselho Nacional de Justiça (National Justice Council); speech given on 2010 August 3. Retrieved from: <http://www.cnj.jus.br/portal/images/programas/forumdasaude/discurso_cons_milton.pdf>. (stating “people speak of the ‘judicialization of healthcare policy,’ as though referring to a distortion that needs to be combatted like an epidemic of judicial actions, whereas the constant observation of reality, according to the essential methodological attitude in any scientific field shows exactly the opposite to be true. In many cases, calling upon the judiciary is the only efficacious remedy that is actually available to society for confronting certain dysfunctions and insufficiencies of the system. These insufficiencies and dysfunctions are derived from, and this is the real cause to be eliminated, the lack of clear rules concerning the rights and obligations of each of the participants, as well as their responsibilities and limitations.”). Brazil is a federal republic made up of federal, state, and municipal levels of governance.

² BRAZIL. National Justice Council Recommendation no. 31 of 2010 [statute on the Internet]. Access on 2013, March 3. Retrieved from: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>> (holding healthcare study and mobilization seminars, bringing together judges, members of the public prosecutor's office and managers, in order to promote better networking in the subject area, with the objective of obtaining technical support from medical doctors and pharmacologists to help the judges form a judgment of high quality in terms of their evaluation of the clinical questions presented by the litigants; promoting visits by the judges to the State and Municipal Healthcare Councils, to public healthcare units and the accredited units of the SUS (single healthcare system) in order to gain practical knowledge of how they work); BRAZIL. National Justice Council Resolution no. 107 of 2010 [statute on the Internet]. Retrieved from: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12225-resolucao-no-107-de-06-de-abril-de-2010>>. Access on 2013, March 13. (proposing specific normative measures aimed at optimizing procedural routines, organizing and structuring specialized judicial units, and normative measures to prevent judicial conflicts and to define strategies in healthcare law, including legislation on healthcare as an independent subject in the Administrative Justice program for the corresponding judges' entrance exam, in accordance with the list of minimum required subjects established by CNJ by-law no 650/2009 – <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/11896:portaria-n-650-de-20-de-novembro-de-2009>>).

supply of therapeutic procedures and distribution of medication by the *Sistema Único de Saúde* (Single Healthcare System).³

The judicialization of healthcare policy is not unique to Brazil. It is also found in a limited degree in the United States and to the same extent as in Brazil in other Latin American countries such as Uruguay, Argentina, Chile, Paraguay, Colombia, Ecuador, Venezuela, Bolivia, Peru and Mexico.⁴

Strictly on the procedural level, the expression “judicialization of healthcare policy” is present whenever Government acts or omission give rise to legal action, brought against a public healthcare authority regarding healthcare policy, that asserts the right to protection of healthcare in light of unconstitutionality or violation of current legislation.⁵

³ BRAZIL. Senate Bill no. 338 of 2007 [statute on the Internet]. Retrieved from: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=81517>. Access on 2013, March 3; Law 12.401 of 2011; Retrieved from: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm)>.htm (stating “the importance of the subject matter of this report and the need to find solutions that safeguard the right to universal and egalitarian access to actions and services for health promotion, protection and recovery, as stipulated by Article 196 of the Federal Constitution, led the healthcare managers, the Judiciary Power, the Public Prosecutor’s Office and representative segments of civil society to promote (in recent years) various debates about the increased role of the judiciary in examining public healthcare policies. In April 2009, the Federal Supreme Court held a Public Hearing in order to prepare an assessment of the actions subject to its judgment, in which 5 out of 6 of the planned topics were directly related to the ‘judicialization of healthcare policy’ in the context of the single healthcare system (SUS)”).

⁴ MANNING, S.; RADAZZO, K. Leveling the Playing Field? Litigant Success Rates in Healthcare Policy Cases in the U.S. Courts of Appeals. *The Justice System Journal*, v. 30, n. 2, 2009. p. 247 (discussing increased litigation over termination of health benefits since *Goldberg v. Kelly*); CHILE. Constitutional Court Judgment No. 976-07 of 2008; COLOMBIA. Constitutional Court Judgment no. T-760 of 2008 [statute on the Internet]. Retrieved from: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>>. Access on 2013, March 3; ARGENTINA. Buenos Aires National Supreme Court, Recurso de Hecho Law B. 537. XLIV 2010; URUGUAY. Court of Appeals in Civil Matters, 2nd Judicial Rotation, Judgment no. 159/2008; URUGUAY. Court for Administrative Litigation, 3rd Judicial Rotation, Action for Amparo (constitutional relief) IUE 2-27081/2009; URUGUAY. Court of Appeals in Civil Matters, 5th Judicial Rotation, Judgment no. 94/2012.

⁵ Article 196 of the CRFB/1988 [statute on the Internet]. Retrieved from: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Access on 2013, March 3. (inferring healthcare is considered a subjective public right from language that states, “everyone is entitled to healthcare, which is a duty of the State, guaranteed by social and economic policies intended to reduce the risk of illness and other grievances and to ensure universal and egalitarian access to actions and services for health promotion, protection and recovery.”); BRAZIL. Federal Supreme Court, **STA 175 AgR/CE**, DJ-e 76, p. 70, 30 April 2010; German Federal Constitutional Court. Guiding Principle of the Decision of the First Senate (Leitsatz zum Beschluss des Ersten Senats), 1 BvR 347/98 of 2005. Retrieved from: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20051206_1bvr034798.html>. It should be noted that judicial review by the Supreme Federal Tribunal (STF) occurs on both a diffuse and abstract basis. Much like the United States’ system of diffuse review, lower courts of general jurisdiction can deal with constitutional questions while the STF exercises appellate jurisdiction over these concrete cases and controversies. Additionally, Direct actions challenging constitutionality in the abstract (i.e. without a specific case or controversy) can be brought by a certain government and non-governmental individuals and entities specified by the Constitution. The exercise of abstract review requires a quorum of eight (of eleven) justices, and six votes are required to declare an act unconstitutional. Decisions in direct action abstract review are binding erga omnes. KRITZER, Herbert M. (editor). *The Legal Systems of the World: A Political, Social, and Cultural Encyclopedia*. Denver: Oxford, 2002.

A typical example of the judicialization of healthcare policy in Brazilian courts arises when actions are filed, individually or collectively, against a Public Healthcare Authority for the supply of medicines not incorporated into the SUS. In fact, although the SUS is a universal, egalitarian, free and comprehensive system, certain medical treatments and products may not be made available to the general public. This lack of availability can be attributed generally to either of the following two situations: 1) the lack of public healthcare policies (laws, rules or administrative proceedings) that support or coincide with the patient's claims; or 2) the Public Healthcare Authority's failure to comply with the existing policies, often due to the lack of a clear definition of the division of authority among federal entities. Strictly speaking, the judicialization of healthcare policy is found only in the first situation, in which healthcare policies are lacking and the existing policies somehow frustrate the citizens' demands for medication necessary to protect their health.⁶

To ensure adequate examination of the procedural aspects of the judicialization of healthcare policy, especially from a comparative perspective, this study will be limited to court cases related to healthcare policies established by administrative acts or rules. That is to say, this study will focus on procedural law in cases relevant to public healthcare authorities, known in Brazil as "public procedural law", in the United States as a subset of administrative law concerned with "administrative procedure," and in Europe and the rest of Latin America as "administrative jurisdiction" or "administrative justice."⁷ The scope of this analysis does not include judicial protection extended to healthcare policies derived directly from law, since such protection depends more on the principles of constitutional jurisdiction. Additionally, and most importantly, this study will not focus on judicial protection derived directly from law because the majority of the litigation over public healthcare rights in Brazil do not involve question of constitutionality – whether by act or omission– of healthcare laws.⁸

⁶ BRAZIL. Federal Supreme Court, STA 175, 17 Mar. 2010; Public Hearing 4 (judicial disputes on the subject of "healthcare law" mainly arise from the Public Healthcare Authority (SUS) denying a request because the requested medicine is not registered, an administrative decision of the Anvisa refusing to register a healthcare product (including drugs that are purely experimental or whose efficacy have not been demonstrated scientifically). The SUS failing to regularly provide the healthcare action (medicine or treatment) even though it is registered with the Anvisa: (a) administrative decision based on the lack of scientific evidence for the requested healthcare treatment or product – an alternative treatment is proposed (but not found suitable by the claimant); (b) decision based on the lack of scientific evidence for the requested healthcare treatment or product– without any specific treatment for the claimant's pathology; (c) administrative decision justifying treatment based on new healthcare products or treatments – not tested by the SUS (not included in the test protocols); 3. The Public Healthcare Authority (SUS) regularly supplies the healthcare product (requested medicine or treatment), but in a certain specific case rightly denies the claimant's request: administrative decision based on the unsuitability of the healthcare product or treatment for the claimant.

⁷ BUENO, C. S.; SUNDFELD, C.A. *Direito Processual Público* (Public Procedural Law) São Paulo: Malheiros, 2000; BURNHAM, W. *Introduction to the Law and Legal Systems of the United States*. 4.ed. St. Paul: West, 2001.

⁸ Public Hearing 4, initiated by the Federal Supreme Court in STA 175: (stating "after hearing the testimony of the representatives of the various sectors involved, I think it is necessary to rethink the question of the

Is it necessary to require specific judicial protection for the public right to healthcare protection? Is there a need for specialized public healthcare courts and procedural rules based on the German model with its social law jurisdiction and procedural legislation?⁹ Is it not enough to have the existing courts and procedural rules applicable to public disputes in general, as is the case in both Brazil and the United States?

Answers to these questions can be pursued by examining the procedural questions the Government most often raises in court. The arguments are mainly based on the juxtaposition of individual disputes involving the right to healthcare protection, on the one hand, and the duties of the general public, on the other. In the same vein, it will be helpful to examine the basic principles of jurisdiction of the courts over administrative authorities, which, in the healthcare cases, should also be guided by the concept of effective judicial protection.

1. SHOULD THE JUDICIARY GET INVOLVED IN MAKING GOVERNMENT HEALTH POLICY?

As one example of the abundant Brazilian case law on the subject, it is worth mentioning the case of a patient with physical impairments who asked to be supplied an orthotic device necessary for the treatment of a post-polio disorder. The Public Healthcare Authority, in one of its defenses, alleged that there was no obligation to supply a medical device not included in a standardized list in official programs. Their argument was as follows:

The Judiciary, hearing a request for medication, implies an infringement of Art. 2 of the Constitution ("The Legislative, the Executive, and the Judicial, independent and harmonious among themselves, are the powers of the Union") to the extent that it (the Judiciary) would

'judicialization' of healthcare law in Brazil. This is so because in the majority of cases judicial intervention is not motivated by an absolute omission in the public healthcare policies intended to safeguard the right to healthcare but rather by the need for a judicial determination for the enforcement of policies that already exist. Thus, there is no problem of judicial interference with the free evaluations or margin of discretion enjoyed by the other branches of government with respect to the formulation of public policies. That fact may be relevant when establishing a criterion or parameter to decide cases like this one, in which the debates primarily concern the interference of the Judiciary Branch in the sphere of the other Branches.⁹

⁹ Sozialgerichtsgesetz. Retrieved from: <<http://www.gesetze-im-internet.de/sgg/index.html>>; Zehntes Buch Sozialgesetzbuch – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz – (SGB X). Retrieved from: <http://www.gesetze-im-internet.de/sgb_10/index.html>; BUSTILLOS, L. O. **Introducción a los Fundamentos del Derecho Procesal Social en Alemania: Jurisdicción y Seguridad Social** (Introduction to the basics of social procedural law in Germany: jurisdiction and social security). Niterói, Brazil: Seminário sobre Estado de Direito (Seminar on the Rule of Law), 2010 (noting "in Germany, there has been a discussion since 2004 about the possibility of uniting the jurisdictions of public law, i.e., combining the special financial, social and administrative jurisdictions into a single jurisdiction of public law. Rather than being motivated by problems inherent in the nature of the jurisdiction, however, such efforts at reform through unification are based on pragmatic considerations in order to solve the problem of the saturation of judges in one jurisdiction and enable their transfer to another jurisdiction.").

*be exercising a function specifically designated to the Executive, by redirecting resources from the specific public policies in existence to an individual case, regardless of the seriousness of the case.*¹⁰

Still, the court decided that:

*since healthcare is a social right, it should be taken care of by the state, through public policies, especially the SUS (Single Healthcare System). According to the Constitution of 1988, such public policies constitute a set of governmental actions. It is therefore a right of an eminently constitutional nature, whose obligatory provider (of the right) must be the state, which has the duty of developing the necessary programs so that, together, the three public entities (branches of government) will achieve the higher purpose, which is giving effect to that right. Thus, for the primary purpose of ensuring the effectiveness of that right, the Federal Constitution distributes to the (Brazilian) Union, the States, the Federal District and Municipalities the responsibility for such actions and services.*¹¹

In another request to be supplied a portable insulin pump and all the accessories necessary for its use, the administrative authorities once again argued that the request offended the principle of the separation of powers, alleging that “it is the Executive that has the authority to delineate public policies and define which medications will be supplied gratuitously to the public, by weighing the rights of the individual against those of the rest of the community, given the need to comply with the principle that the individual must not demand the impossible of the state.”¹² Nevertheless, more than once, the court has decided in the patient’s favor:

*a Democratic state governed by the Rule of Law inherently offers the possibility of judicial review of administrative acts; the Federal Supreme Court itself has increasingly recognized the possibility of judicial questioning of the State’s refusal to supply various pharmaceuticals listed in the Clinical Protocols of the SUS, for the treatment of certain illnesses.*¹³

The role of the Judiciary in determining that public policies established by administrative and infra-legal measures need to be edited or revised must be tempered by the principles that guide judicial protection of citizens against administrative authorities.¹⁴ To this end, the Euro-American Code stipulates that the scope and intensity of judicial supervision should be as follows:

¹⁰ BRAZIL. Federal Regional Court of the 4th Region, no. 0001647 (04.2008.404.7210/SC), 2010, Mar. 3.

¹¹ BRAZIL. Federal Regional Court of the 4th Region, no. 0001647 (04.2008.404.7210/SC), 2010, Mar. 3.

¹² BRAZIL. Federal Regional Court of the 4th Region, no. 0001647 (04.2008.404.7210/SC), 2010, Mar. 3.

¹³ BRAZIL. Federal Regional Court of the 4a Região, no. 200.04.043511-1/PR, 2010, Feb. 11 (appeal for review).

¹⁴ GRINOVER, A. P. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011 (being studied for the purpose of regulating judicial procedure for public policy control); BLANKE, H. J. **Margenes de**

The mission of the Judiciary in the administrative jurisdiction is to uphold the Rule of Law, supervise the legality of administrative proceedings, and to protect and enforce rights and legitimate interests.

To this end, the administrative jurisdiction rules on the following claims, in particular: (a) the annulment of administrative acts or norms; (b) mandatory and prohibitory injunctions, including enacting administrative acts or norms; (c) orders to hand over a certain thing.

The Judiciary must examine the legality of the administrative authority's acts or omissions. Review of legality encompasses errors of jurisdiction, procedure and form (formal or external legality) as well as errors of content (substantive or internal legality). Review of content refers to examining the legal grounds of the individual act [questions of law], factual determinations [questions of fact], and legal classification of the events [mixed questions of law and fact]. [The court also] verifies whether the administrative authority has abused its power. Even when the administrative authority has applied ill-defined legal concepts, the court may examine whether they have been correctly interpreted and applied.

Regarding the review of discretionary powers, it is the duty of the Judiciary to examine in particular: (a) whether the administrative authority's act or omission exceeded the limits of its discretionary powers; (b) whether the proceedings were suited to the purpose established in the regulation granting the powers; (c) whether there were actually infringements of fundamental rights or principles, such as equality, proportionality, good faith, protection of legitimate expectations, and prohibition of arbitrary action. The Judiciary also reviews the failure to exercise a discretionary power.¹⁵

Discrecionalidad y de Apreciación. Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 2012; ABERASTURY, Pedro. **La justicia administrativa.** Buenos Aires: Lexis, 2006; (noting, in regards to German law, "according to the case law of the Federal Administrative Supreme Court, an ill-defined concept of law is fully reviewable and only in special cases does the Public Authority have the last word in decision-making in configurations involving a margin of discretion. For the purpose of reviewing examination decisions (in schools, universities, etc.) the Federal Constitutional Court has further expanded the subject-matter jurisdiction of the courts, declaring that the supervision of arbitrary rulings by the Public Authority must be supplemented by supervision of the 'justifiability' of administrative decisions. Another category of cases in which the Public Authority has a margin of discretion involves administrative decisions of a predictive nature, in case of a risk to the public, or planning decisions, especially in environmental law, genetic engineering and economic law with respect to the Nuclear Power Plant Construction Act. The basic idea here is that it is necessary to comply with the special responsibility of the executive authorities when it comes to evaluating risks. That argument is contradictory, at the very least, for the simple reason that, just as the Public Authority, the administrative courts may consult experts. However, even in cases involving a margin of discretion, the courts are acknowledged to have the authority to supervise the Public Authority's decisions. Against that backdrop, orienting itself according to Art. 114 of the Code of Administrative Justice), the court examines whether the Public Authority of civil service career candidates.").

¹⁵ Text prepared in three Euro-American research seminars "Model Administrative Jurisdiction Code", held by the Research Group "Effectiveness of Jurisdiction" in Fluminense Federal University, Niterói (Brazil), and at the German University of Administrative Sciences, Speyer (Germany), between the years 2008 and 2010; approved in the 3rd Seminar held in September 2010 in Niterói. The authors of the code were Pedro Aberastury, Hermann-Josef Blanke, Gabriele Bottino, David Capitant, Jesús María Casal, Diana-Urania Galleta, Ricardo García Macho, Leonardo Greco, Lorena Ossio, Gilles Pellissier, Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, and Karl-Peter Sommermann.

The above-cited stipulations would be no different if the content of the disputed administrative acts relate to public healthcare. This is true except with respect to the technical aspects that might require the Judiciary to have special qualifications to ensure the quality of the judicial supervision, as will be mentioned below.

Thus, the Judiciary does not go beyond its institutional functions to ensure effectiveness of the right to healthcare when it exercises judicial review over healthcare policies, because the right to healthcare is a fundamental right in Brazilian case law.¹⁶ For this reason, the Judiciary involves itself in the healthcare policies otherwise subject to administrative acts and standards. That power of judicial review is not limited to repairing the harm caused by an erroneous policy, but also includes the review of policies and orders to revise the corresponding administrative acts or rules.¹⁷

2. DOES THE JUDICIARY HAVE THE EXPERTISE TO INTERFERE WITH THE HEALTHCARE POLICYMAKING?

As already noted, the National Council of Justice (CNJ) Resolution no. 107 established the National Judiciary Forum to monitor and settle healthcare assistance claims. According to Article 2 of that resolution, one of the objectives of the National Forum is to “propose concrete normative measures to organize and structure specialized judicial units.”¹⁸ That proposal supports the need for the courts to promote judge’s visits to the healthcare units and for judgeship schools to promote courses and events on that subject.¹⁹

In fact, the constant specialization of the courts is an inherent measure of the quality of judicial performance and therefore of the principle of effective judicial protection. It is assumed that the judges are best suited to answer the specialized questions repeatedly referred to them, since that enables them to gain in-depth knowledge and reduce the margin of error.

¹⁶ BRAZIL. Federal Supreme Court, Decision STA 175, 2010, 17 March. Retrieved from: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>.

¹⁷ BRAZIL. Higher Court of Justice, AgRg no REsp. no 1.136.549/RS, 2009/0076691-2, 2010, June 21. Retrieved from: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200900766912&pv=010000000000&tp=51>> (deciding “since social rights must not be dependent on the good will of the administrator, it is of fundamental importance that the Judiciary act as the supervisor of administrative activities. It would be twisted to think that the principle of the separation of powers, originally conceived for the purpose of guaranteeing fundamental rights, might be used to interfere with the assertion of fundamental social rights [...]. The correct interpretation of the principle of separation of powers in public policies is that the Judiciary’s activities should be limited only when the Public Healthcare Authority acts within the limits permitted by law.”).

¹⁸ BRAZIL. National Justice Council Recommendation no. 31 of 2010 [statute on the Internet]. Retrieved from: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Access on 2013, March 3.

¹⁹ BRAZIL. National Justice Council Recommendation no. 31 of 2010 [statute on the Internet]. Retrieved from: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Access on 2013, March 3.

The specialization of judicial bodies in the subject area of healthcare would, however, entail fractionalization of judges and bodies with jurisdiction solely over public healthcare law. In Brazil, there are no judicial bodies specializing in health or public healthcare.²⁰ Certain noteworthy examples of specialized judicial bodies may, however, be found in Europe. In England, for example, the Mental Health Review Tribunal makes decision on compulsory detention in mental health facilities for treatment purposes.²¹ In France, the law of the 4th of March, 2002 (*Loi Kouchner*) and the law of the 9th of March, 2004 (*Loi Perben II*) have created certain courts specializing in public healthcare.²² In Germany, it is worth mentioning the example of the “special healthcare senates” within the social rights courts, as shown by the Code of Judicial Procedural of Social Law.²³

Moreover, the possibility of judicial review of administrative technique questions – also known as “margin of discretion in technical matters” – in the field of public healthcare is inherent to the right to effective judicial protection. In addition to the specialized legal aspects of healthcare law, there is increasing demand for a court with scientific and technical expertise in healthcare and healthcare management in order to decide such cases.

However, in a system such as Brazil’s, in which judges are necessarily educated in the law, such technical knowledge is derived from court appointed expert opinions. The role of the judge is at risk of becoming secondary or dependent in that respect.²⁴ Would

²⁰ In the capital city of the State of Rio de Janeiro, the Lower Treasury Courts adopted a procedure in which civil servants in the field of healthcare (who are employed by the Public Authority) prepare, within the court’s own offices, a technical report on the legal actions initiated and submit it immediately to the judges, who examine the report before performing any judicial acts. That system reduces the number of disputes by preventing the continuation of existing spurious disputes and discouraging new ones, because the judge is promptly supported by an official opinion on the claim presented. In substance, however, that procedure is *sui generis* and is not comparable with a court that has a panel of multidisciplinary judges, since the opinions are drafted by the challenged Public Authority itself. On the one hand, it is intended to make up for the lack of a prior hearing of both parties when granting the precautionary measures “*inaudita altera pars*”, which are common in proceedings concerning healthcare; on the other, it is intended to make up for a gap in the Brazilian legal system which, failing to distinguish between a prior administrative dispute and a prior administrative complaint, requires the absence of such measures as a prerequisite for filing a judicial action.

²¹ BRADLEY, A. W.; EWING, K. D. **Constitutional and Administrative Law**. 14.ed. London: Longman; 2007.

²² Law no. 2002-303 of 4 March 2002 (The Kouchner Act) (written on the rights of patients and the quality of the healthcare system and added provisions to the Public Health Code that created three specialized centers in Paris, Lyon and Marseilles for criminal law issues in the healthcare sector. In France, there are other courts specializing in healthcare, such as the inter-regional courts of social and healthcare pricing – that have jurisdiction over disputes related to reimbursement “by installments” in the daily prices and the prices of other healthcare, social or socio-medical public services (L. 6143-4 CSP, which instituted five competent courts in France: in Bordeaux, Lyon, Nancy, Nantes and Paris) and the courts of technical reviews that exercise jurisdiction over malpractice, abuses, fraud and other offences committed by medical doctors, surgeons, dentists, “midwives”, pharmacists and medical assistants when treatment is given or services are provided to social security beneficiaries.”).

²³ Sozialgerichtsgesetz, § 10, 2 [statute available on the Internet]. Retrieved from: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/sgg/gesamt.pdf>>. Access on 2010, December 31.

²⁴ TARUFFO, M. **Sobre las Fronteras, Escritos Sobre la Justicia Civil** (On the Borders, Writings on Civil Justice). Bogota: Temis, 2006. (enumerating important, hard-to-solve problems in the use of scientific proof, by

the judge be the hostage of the experts? This question generates a certain discomfort and justifies the National Council of Justice's recommendation that courts seek alternative means of raising judge's level of medical expertise, through specific judge training programs, including, for example, visits to public healthcare establishments and events that bring together judges and healthcare managers.²⁵

The United States presents an interesting response to the concern that expert testimony in cases turning on technical questions may reduce the trier of fact's role to a secondary capacity. In the United States both parties to a proceeding find, prepare, and present their own expert testimony. Court-appointed experts are possible, but rare.²⁶ The trier of fact, often a jury in the United States' system, makes a determination based on the trier of fact's evaluation of the competing testimony. This approach is based on the idea that there are often conflicting perspectives on technical questions and that the trier of fact should be presented with those divergent perspectives before making a determination.²⁷ While the trier of fact, whether a judge or a jury, makes credibility determinations, the issue of admissibility of expert testimony is a question of law and is determined by the judge pursuant to Federal Rule of Evidence (FRE) 702.²⁸ FRE 702 states that a court may allow an expert to testify when:

(a) the expert's scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue; (b) "the testimony is based on

calling attention to the "judge's capacity to actually function as a peritus peritorum (expert among experts) on occasions on which he is called upon to make direct use of scientific knowledge when formulating the final decision". He points out, "Resorting to science as an instrument of rationalization of the metal-judicial aspects of the judge's reasoning therefore opens numerous possibilities which, although undoubtedly interesting, nevertheless give rise to a great number of thorny problems concerning both the validity of the scientific knowledge used in the trial and extremely important issues regarding the manner in which the judge performs his role and works out his evaluations."; GRECO, L. **Instituições de Processo Civil** (Institutions of Civil Action). v. 2. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 2010. (stating, "it is hard to see how the judge can refrain from acknowledging the truth revealed by the expert evidence, because the judge does not possess, or is not presumed to possess, the expert's knowledge. Therein lies the great risk of expert evidence: it transforms the expert into a judge." and noting that "the difficulty of understanding and evaluating highly specialized knowledge also justifies a certain resistance in Germany and the United States to judicial review of public policies, which are relegated to internal problem-solving committees of the Public Authority itself or of the regulatory agencies, or considered policy matters to be decided upon by the authorities themselves."); PENALVA, E. P. **Introducción al Derecho Procesal Penal** (Introduction to Law of Criminal Procedure). 2.ed. Managua: Editorial Hispamer; 2002. (finding the difficulty of expert evidence requires the judge be more careful in establishing the grounds for his decisions, in such a way that the judge is not allowed to act as an expert nor the expert to act as a judge).

²⁵ BRAZIL. National Justice Council Recommendation no. 31 of 2010. [statute on the Internet]. Retrieved from: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Access on 2013, March 3

²⁶ BURNHAM, W. **Introduction to the Law and Legal System of the United States**. 4.ed. City: West, 2011.

²⁷ BURNHAM, W. **Introduction to the Law and Legal System of the United States**. 4.ed. City: West, 2011.

²⁸ Federal Rules of Evidence for United States Courts of 2011, Pub. L. No. 93-595, 88 STAT 1926 (December 1, 2011).

sufficient facts or data;" (c) The testimony is the product of reliable principles and methods; and (d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case.²⁹

As can be seen, the role of the judge in the United States with respect to admitting expert testimony under FRE 702 is broad. The requirement of 702(a) is a relevancy requirement, but the requirements of 702(b), 702(c), and 702(d) require the judge to test whether the testimony offered has a reliable basis.³⁰ Another value to this rule is that it addresses, at least in part, the concern that exists in Brazil as well as in the United States that the judge's and trier of fact's role will crumble in the face of expert testimony.

The question, however, arises whether we also consider courts with a multidisciplinary composition of judges. In France, the courts specializing in public healthcare include a medical doctor, a veterinarian and, possibly, a pharmacologist, who act as the judge's permanent assistants: they are civil servants, and the medical doctor is a public healthcare inspector who has graduated from the *École des Hautes Etudes en Santé Publique* (Higher Institute of Public Healthcare) in Rennes.³¹ The German example has aroused quite a bit of interest. In Germany, the social law judicial system, with lay judges, permits judges with healthcare training to settle disputes of public healthcare law.³² The great advantage is that, since they are actual judges rather than mere expert assistants (assistant civil servants), these agents' actions have greater legitimacy thanks to the guaranteed effective independence of judges.

3. CAN THE JUDICIARY PROTECT AN INDIVIDUAL'S PUBLIC HEALTHCARE RIGHTS WITHOUT CONSIDERING OTHER INDIVIDUALS IN THE SAME SITUATION?

The existence of thousands of "healthcare law" cases indicates the extent to which we are faced with questions of public interest that demand suitable judicial measures.³³ In fact, if we look at the main causes of such disputes, we find a single public healthcare authority's action is repeatedly challenged because the widespread effect of its behavior does not impact one claimant alone.³⁴ This raises the question whether

²⁹ Federal Rules of Evidence for United States Courts of 2011, Pub. L. No. 93-595, 88 STAT 1926 (December 1, 2011).

³⁰ Advisory committee's note on Fed. R. Evid. 702, Pub.L. No. 93-595, 88 STAT 1926 (December 1, 2011).

³¹ Law no 2004-806 (Law of 9 August 2004) (formerly called L'École nationale de santé publique).

³² Sozialgesetzbuch, § 12, 3 [statute available on the Internet]. Retrieved from: <<http://www.gesetze-im-internet.de/sgg/index.html>>. Access on 2010, December 31.

³³ BRAZIL. National Justice Council preliminary report no. 107 of 2010 (finding here are 112, 24 judicial actions involving public healthcare law currently underway in the Brazilian state and federal courts). Retrieved from: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf>.

³⁴ MANNING, S.; RADAZZO, K. Leveling the Playing Field? Litigant Success Rates in Healthcare Policy Cases in the U.S. Courts of Appeals. *The Justice System Journal*, v. 30, n. 2, 2009. p. 247; CHILE. Constitutional Court

current procedural instruments in Brazil relating to class actions are up to the task of handling questions of public law that affect public interests.³⁵

The Judiciary should follow the principle of equality before the law, ensuring equal treatment for everyone under its jurisdiction who is in the same factual situation. This principle justifies procedural instruments such as class actions, binding judicial precedents and model proceedings (*Musterverfahren*) that guide courts in resolving similar cases. Additionally, these procedural instruments also serve the goals of ensuring broad access to justice and reducing repetitive judicial proceedings.

However, in a public law case involving an administrative authority's acts or behavior, equal treatment before the law by the Judiciary is a natural consequence of the duty of equality. This duty of equality has always been binding on Government Agencies in their substantive duties and in the extrajudicial sphere.³⁶

It is unacceptable to impose duties on administrative authorities, which benefit individual claimants, without proper regard to the needs of society as a whole. There is no logical reason why an administrative act originally intended for society as a whole should benefit only litigants. Besides fragmenting and undermining the healthcare system, this mechanism involves the risk of excluding minorities who do not have access to the justice system, departing from the idea of a universal and egalitarian healthcare system.³⁷

Such questions should have one-time *erga omnes* decisions. The solution should not reside solely in the system of class actions. Brazil has no solid basis for a specific judicial procedure compatible with the unique nature of public law in relation to private law cases. Class actions— which are traditionally connected with private law – generate

Judgment No. 976-07 of 2008; COLOMBIA. Constitutional Court Judgment no. T-760 of 2008; ARGENTINA. Buenos Aires National Supreme Court, Healthcare Law of 2010; URUGUAY. Court of Appeals in Civil Matters, 2nd Judicial Rotation, Judgment no. 159/2008; URUGUAY. Court for Administrative Litigation, 3rd Judicial Rotation, Action for *Amparo* (constitutional relief) IUE 2-27081/2009.

³⁵ PERLINGEIRO, Ricardo ERLINGEIRO Death of a Concept?, 6 (December 1, 2011). Mendes da. A Impugnação Judicial de atos Administrativos na Defesa de Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos (Judicial challenges of administrative acts in defense of homogeneous individual, common, and collective interests). **Congresso Colombiano de Derecho Procesal** (Colombian Procedural Law Convention). Bogota: Universidad Libre, 2007. p. 919-938.

³⁶ CASSAGNE, J. C. **Derecho Administrativo** (Administrative Law). Buenos Aires: Lexis; 2006. (considering the administrative precedent to be the true source of administrative law); GARAY, A. F. **La Igualdad ante la Ley** (Equality Before the Law). Buenos Aires: Abeledo-Perrot; 1989 (stipulating that the administrative act must be accompanied by a specific statement of grounds in case it ceases to follow administrative precedent).

³⁷ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. **Algumas Considerações Sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 Anos da Constituição Federal de 1988** (Introduction to the Law of Fundamental Rights and Healthcare Promotion in the 20 years of the Federal Constitution of 1988). Retrieved from: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=11691&Itemid=1225> (noting, “the resulting difficulties are demonstrated in practice, especially in the borderline healthcare cases, so that the judicial re solution of such questions, even when attained, still has dubious, even perverse side effect, in that it safeguards the law solely for those who can afford access to the Judiciary.”).

great expectations yet fail to achieve the desired effect in terms of protecting public rights.³⁸

With these considerations we will venture to make a few suggestions *de lege lata* and *de lege ferenda* to improve the Brazilian judicial system concerning litigation of public healthcare disputes. We shall again use the example of a request for medication from the SUS.

The Federal Supreme Court has pointed out that:

*the Judiciary, whose vocation is to specify a just solution for a specific case (microjustice), is often not in a position to examine a certain claim for a social right, to analyze the overall consequences of the allocation of public resources to the benefit of one party to the invariable detriment of the whole.*³⁹

Along the same lines, some scholars wish to exclude from individualized juridical proceedings, claims for new medication not included in the official lists on the grounds that such cases are essentially collective in nature and should be decided as such.

However, there is no clear way to deprive the citizen of the right to call upon the state to provide judicial services to satisfy a public right. Equally improper would be conditioning such services on decisions in class actions initiated by third parties. To deprive the citizen of access to justice and conditioning the recognition of rights upon third-party initiated class actions would contradict to the principle of effective judicial protection and of the Rule of Law.

In fact, upholding an individual's request for the SUS to supply the claimant with new medication is equivalent to judicial recognition that the list of medicines should be modified. Such recognition is undoubtedly of general public interest. Assuming that the Judiciary considers it necessary to include the medication in the list, the natural tendency would be for the SUS not just to supply the medicine to the claimant, but to voluntarily promote modification of the list and make the medication available to everyone in the same situation. Such a measure would be an indirect consequence of

³⁸ The results, as was only to be expected, have not been optimal, and have created a good deal of confusion. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law** (Class Actions in Civil Law And Common Law Countries). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (discussing collective actions, which should be brought by those who are suitably representative, have recently featured the opt in/opt out mechanism typical of class actions. That mechanism allows a group to be included in or excluded from the class action). Yet how is it possible for a certain citizen or group of citizens to be excluded from the scope of a judicial decision which, for example, orders the Administrative Authority to grant benefits? Besides that, how can we reconcile individual actions with collective actions, in issues affecting the Public Authority which, by reason of their unity, should be decided all at once? Would conflicting decisions on issues arising from the same behavior threaten the structure of the Public Healthcare Authority? Law no 7.347 of 1985 (Law of Public Civil Action). (limiting the territorial scope of judicial decisions from class actions to the seat of the corresponding). Yet, how is it possible to judicially restrict administrative behaviors that are regional or national in scope, whose effects transcend those territorial limits?

³⁹ Supreme Admin. Court, Decision no. 175, 17 Mar. 2010.

the judicial decision. To do so, however, the socioeconomic impact and public interest of that measure would have to be exhaustively discussed in advance in the judicial proceedings. The need for prior exhaustive discussion is based on the fact that it is unacceptable for a judge, when delivering a judgment, to ignore the indirect effects of his decision on other patients.

Similarly, in a lawsuit in which it was argued that the medicines Pegylated *Alpha-2a* or *Alpha-2b Interferon* and *Ribavirin* were necessary for the treatment of chronic hepatitis C, one of the judges of the Superior Court of Justice found that “according to the principles of democracy, equal treatment before the law, and the feasibility requirement (*Vorbehalt des Möglichen*), it is not a duty of the state to provide an individual service if it could not be viably provided under equal conditions to all the other individuals in the same situation”.⁴⁰

However, the ideal solution would require enacting a new law in Brazil. The better solution would be to consider the basis of the individual claims as grounds to suspend considerations of the merits of the individual claim and to combine the claim with other like claims in an action brought by an independent public body. Such review would fall within the exclusive jurisdiction of a single court capable of issuing a decision with *erga omnes* effects, so long as the original case is suspended for a reasonable time, without prejudice to granting requests for urgent measures.⁴¹

4. THE RELEVANCE OF FINITE RESOURCES TO THE COURT’S ROLE IN RESOLVING ACCESS TO HEALTHCARE CASES?

In an individual claim to be supplied the medicine *Clexane 40 mg* free of charge, within 30 days after childbirth, the Public Healthcare Authority argued that budgetary constraints precluded relief in this claim, since the Public Health Authority had limited

⁴⁰ BVerfGE 33, 303-358 (the feasibility requirement can be likened to the German *Vorbehalt des Möglichen*, which the German Constitutional Court has generally interpreted as meaning that the judiciary can only impose a duty on the state to provide services that citizens could reasonably expect of the state); BRAZIL. Higher Court of Justice, no. 24.197/PR, 2007/0112500-5, *Mandado de Segurança* (Writ of Mandamus).

⁴¹ This is one of the provisions of the Euro-American Model Administrative Jurisdiction Code prepared by legal scholars associated with Fluminense Federal University and the University of Administrative Sciences of Speyer, Germany. It also coincides in part with the text currently under discussion at the Ibero-American Procedural Law Institute, which appointed a special committee to prepare a Model Administrative Jurisdiction Code, presided over by GRINOVER, Ada Pellegrini (**Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para Ibero-América**. Buenos Aires: IIDP, 2012 Approved by the General Assembly of the Ibero-American Institute of Procedural Law on XXIII Session of Ibero-Americanas de Direito Processual, that occurred in Buenos Aires, on June 8, 2012. The Project was concluded in February of 2012 by the Revising Committee, which is made up by professors Ada Pellegrini Grinover, Brazil (President); Ricardo Perlingeiro, Brazil (Secretary-General); Abel Zamorano, Panama; Adriáns Simons, Peru; Angel Landoni Sosa, Uruguay; Carlos Manuel Ferreira da Silva, Portugal; Eurípides Cuevas, Colombia; Gumesindo García Morelos, Mexico; Ignacio M. Soba Bracesco, Uruguay; Juan Antonio Robles Garzón, Spain; María Rosa Gutiérrez Sanz, Spain; Odete Medauar, Brazil; Ruth Stella Correa Palacio, Colombia; Sergio Artavia Barrantes, Costa Rica.

economic-financial capacity. It is said that public entities work with scarce resources and have duties to meet the needs of the entire population. The court – in accordance with the predominant case law accepted:

the generic assertion of budget limitations related to the feasibility requirement (Vorbehalt des Möglichen). However besides the fact that the non-availability of funds to meet the initial claim has not been specifically demonstrated, it is not sufficient to prevent the realization of the constitutional right under review, especially in light of the well-known fact that the Government has abundant allocations earmarked for far less important interests than the health of the population (for example, advertising, special events, etc.), which can and should be redirected, when necessary, to satisfy the population's basic rights.

Moreover, it was affirmed that:

it is not an undue interference by the Judiciary in the sphere of action reserved to the other branches (of government) but on the contrary, positive judicial action to provide services based on the relevant constitutional grounds and on the illegal omission of the administrative authority in attending to it; especially when that authority, in concrete terms, did not present any grounds that prevented its accomplishment in the least.⁴²

In fact, the lack of budgetary allocation could never interfere with the judicial recognition of rights to public healthcare, or even with the enforcement of sentences against the Public Healthcare Authority. The public budget is an essentially political instrument that depends on the law. Social rights, including the right to healthcare, flow from the Constitution or specific legislation. An administrative authority cannot deny the social rights established by the Constitution and legislation because of budgetary constraints. Both legislation and the Constitution charges the administrative authority with guaranteeing these rights and it would be contrary to the Rule of Law if judicial recognition of rights could be imagined to depend on the political intent of the Legislative or Executive branches when drawing up the budget.

Consideration should, however, be made when ensuring effective enforcement of urgent court orders of the limited human, material or financial resources available to the public healthcare authority. This includes resource limitations such as: the lack of professional specialists, hospital beds, equipment for treatments and examinations, etc. Such considerations are permissible when ensuring effective enforcement of urgent court orders because, in general, the judicial realization of the claimants' rights must not affect the goods or services available to ensure the continuity of an essential

⁴² Trial Apelreex7917-SE, 2009.85.00.001348-8, 14 Jan. 2010.

public service. Therefore, it is necessary to seek a balance between public and private interests.

This idea that budgetary constraints do not excuse non-compliance with constitutionally guaranteed rights is also prevalent in the United States. In *Goldberg v. Kelly* the United States Supreme Court considered whether an individual's welfare benefits could be terminated without an evidentiary hearing.⁴³ The welfare authority cited the excessive costs of providing evidentiary hearings as the reason for not conducting a pre-termination hearing.⁴⁴ The Supreme Court ruled that "[w]hile the problem of additional expense must be kept in mind, it does not justify denying a hearing meeting the ordinary standards of due process."⁴⁵ The approach in *Goldberg* in which a constitutional guarantee to due process could not be overcome for budgetary reasons, matches the approach adopted in Brazil in which the constitutional guarantee to healthcare could not be overcome by budgetary constraints. A central difference is that in the United States there is no constitutional guarantee to healthcare as there is in Brazil.

While the idea that budgetary constraints do not excuse non-recognition of constitutional rights may be obvious, there are diverging approaches on the manner in which rights are recognized. This is significant because diverging approaches to recognition of rights can lead to different outlooks on budgetary constraints. Christopher Newdick compares the individual-centric and the community-centric approaches to rights recognition.⁴⁶

Under the individual-centric approach, rights are vested in the person and may be asserted just as any other right that belongs to an individual. In the community-centric approach, on the other hand, rights belong to society and the recognition of a right in any individual case depends on the effect of recognition on society as a whole.⁴⁷ Since rights belong to society in the community-centric approach, judicial protection should be afforded to guarantee that all members of society have equal opportunity to benefits.⁴⁸ This emphasis leads to greater weight being given to judicial protection of procedural rights.⁴⁹ Under the individual-centric approach, however, judicial protection

⁴³ *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254, 256 (1970).

⁴⁴ *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254, 265 (1970).

⁴⁵ *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254, 261 (1970).

⁴⁶ NEWDICK, C. Citizenship, Free Movement and Health Care: Cementing Individual Rights by Corroding Social Solidarity. **Common Market Law Review**, v. 43, 2006, p. 1645.

⁴⁷ NEWDICK, C. The European Court of Justice, Transnational Health Care, and Social Citizenship – Accidental Death of a Concept? **Wisconsin International Law Journal**, v. 26, n. 3, 2009, p. 846.

⁴⁸ NEWDICK, C. The European Court of Justice, Transnational Health Care, and Social Citizenship – Accidental Death of a Concept? **Wisconsin International Law Journal**, v. 26, n. 3, 2009, p. 846.

⁴⁹ NEWDICK, C. The European Court of Justice, Transnational Health Care, and Social Citizenship – Accidental Death of a Concept? **Wisconsin International Law Journal**, v. 26, n. 3, 2009, p. 846.

is designed to guarantee “that which is properly mine.”⁵⁰ This emphasis leads to greater weight being given to judicial protection of substantive individual rights.

Brazilian courts, as well as the ECJ, adopt the individual-centric approach and offers judicial protection of substantive individual rights.⁵¹ It is clear in a jurisdiction that offers judicial protection for individual substantive rights that budget restriction cannot justify denying a right that belongs to the individual. This is the situation in Brazil and in the ECJ. It is equally clear that in a jurisdiction that takes a community-centric approach and provides judicial protection of procedural rights must take into account the effect that recognition of a right in an individual case has on the budget since the right belongs to society as whole.⁵²

In the procedural sphere, however, the specificity of the topic comes from the fact that public healthcare claims are predominantly asserted through urgent judicial measures (such as claims for injunctive relief). In urgent judicial measures, judicial recognition of a substantive right and protection of that right coincide in time. This is so that the weighing of public versus private interests is one more prerequisite for granting the measure. Additional conditions precedents include the requirements of *fumus boni iuris* and *periculum in mora*.

5. FINAL CONSIDERATIONS

In sum:

1. The judicialization of healthcare policy is no exception to the three-branch system of government since it is the duty of the Judiciary to protect rights by exercising complete jurisdiction over the Public Healthcare Authority. This includes by reviewing its discretionary functions and scientific content.
2. The shortage of public funding is not an obstacle to judicial recognition of public healthcare rights, despite material impossibility of enforcing the decision being considered a legitimate excuse on the part of the administrative authority. Given the lack of public resources, especially human and material resources, the courts must weigh public versus private interests before granting urgent measures concerning healthcare law.

⁵⁰ NEWDICK, C. Citizenship, Free Movement and Health Care: Cementing Individual Rights by Corroding Social Solidarity. **Common Market Law Review**, v. 43, 2006, p. 1645.

⁵¹ NEWDICK, C. Citizenship, Free Movement and Health Care: Cementing Individual Rights by Corroding Social Solidarity. **Common Market Law Review**, v. 43, 2006, p. 1645.

⁵² NEWDICK, C. Citizenship, Free Movement and Health Care: Cementing Individual Rights by Corroding Social Solidarity. **Common Market Law Review**, v. 43, 2006, p. 1646 (stating that “[w]ithin the constraints imposed by finite budgets, a policy to promote substantive, individual rights is likely to under-estimate the costs of diverting resources from one group of patients to another.”).

3. The creation of specialized courts might be considered, perhaps even with a multidisciplinary panel of judges bringing together healthcare professionals in order to ensure high-quality judicial services, particularly when it comes to administrative questions of a scientific nature.
4. The Brazilian class action system is neither adequate nor effective in protecting public rights and consequently public healthcare rights. The healthcare law cases – if based on public policies– should provide single decisions of general applicability, in order to prevent the Judiciary from serving as a tool to circumvent the administrative authority's duty to follow the principle of equal treatment before the law.
5. A single specialized judicial body composed of multidisciplinary members may help safeguard the principle of equal treatment before the law while at the same time reducing the number of repetitive trials and improving the quality of judicial services in public healthcare matters. Such a body would be situated on the federal or State levels. The specialized body would decide on federal, State or municipal healthcare policies, even when individual claims only incidentally imply healthcare policy questions.

Finally, it should be noted that, except for the suggested specialization of certain judicial bodies in the healthcare field, the remaining conclusions show that the “judicialization of healthcare policy” and the judicial protection of public healthcare rights may be carried out efficiently in accordance with the fundamental principles of jurisdictional action vis-à-vis the public health authorities, without requiring any special rules of procedure.

6. REFERENCES

- ABERASTURY, Pedro. **La justicia administrativa**. Buenos Aires: Lexis, 2006.
- BLANKE, Hermann-Josef. **Margenes de Discricionalidad y de Apreciación**. Buenos Aires: Fundacion Konrad Adenauer, 2012.
- BRADLEY, A.W.; EWING, K. D. **Constitutional and Administrative Law**. 14.ed. London: Longman, 2007.
- BUENO, Cassio Scarpinella.; SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Processual Público**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BURNHAM, William. **Introduction to the Law and Legal Systems of the United States**. 4.ed. St. Paul: West, 2001.
- BUSTILLOS, Lorena Ossio. **Introducción a los Fundamentos del Derecho Procesal Social en Alemania**: Jurisdicción y Seguridad. Seminário sobre Estado de Direito. Niterói, 2010.

- CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Lexis; 2006.
- GARAY, A. F. **La Igualdad ante la Ley**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.
- GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para Ibero-América**. Buenos Aires: IIDP, 2012.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- KRITZER, Herbert M. (editor). **The Legal Systems of the World: A Political, Social, and Cultural Encyclopedia**. Denver: Oxford, 2002.
- MANNING Sara; RANDAZZO, Kirk. Leveling the Playing Field? Litigant Success Rates in Healthcare Policy Cases in the U.S. Courts of Appeals. **The Justice System Journal**, v. 30, n. 2, 2009.
- NEWDICK, C. Citizenship, Free Movement and Health Care: Cementing Individual Rights by Corroding Social Solidarity. **Common Market Law Review**, v. 43, 2006.
- NEWDICK, C. The European Court of Justice, Transnational Health Care, and Social Citizenship – Accidental Death of a Concept? **Wisconsin International Law Journal**, v. 26, n. 3, 2009.
- NOBRE, Milton. **The installation of the Fórum Nacional do Judiciário**. Monitoring and resolution of the demands of health care. Conselho Nacional de Justiça: 2010, August 3. Retrieved from: <http://www.cnj.jus.br/portal/images/programas/forumdasaude/discurso_cons_milton.pdf>.
- PENALVA, Ernesto Pedraz. **Introducción al Derecho Procesal Penal**. 2.ed. Managua: Editorial Hispamer, 2002.
- SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. A Impugnação Judicial de atos Administrativos na Defesa de Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos. In: **Congresso Colombiano de Derecho Procesal**. Bogota: Universidad Libre, 2007.
- TARUFFO, Michele. **Sobre las Fronteras, Escritos Sobre la Justicia Civil**. Bogota: Temis, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Michele Filchtiner. **Algumas Considerações Sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 Anos da Constituição Federal de 1988**. Retrieved from: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=11691&Itemid=1225>.





Control judicial del estado de sitio y de la intervención federal*

Judicial control of the state of siege and the federal intervention

ESTELA B. SACRISTÁN**

Universidad Católica Argentina (Argentina)
Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Argentina)
es@bgcv.com.ar

Recebido/Received: 29.01.2014 / January 29th, 2014

Aprovado/Approved: 17.02.2014 / February 17th, 2014

Resumo

El artículo analiza los límites y posibilidades del control judicial del estado de sitio y de la intervención federal, examinando inicialmente las distintas medidas de emergencia y, posteriormente, los fallos de la jurisprudencia argentina que enfrentan dichas cuestiones.

Palavras-chave: control judicial; estado de sitio; intervención federal; cuestiones políticas.

Abstract

The article analyses the limits and possibilities of the judicial control of the state of siege and the federal intervention, initially by examining the various emergency measures and, subsequently, the decisions of the Argentine jurisprudence that face these issues.

Keywords: *judicial control; state of siege; federal intervention; political questions.*

Como citar este artigo | How to cite this article: SACRISTÁN, Estela B. Control judicial del estado de sitio y de la intervención federal. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 39-66, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40247>

* Trabajo originariamente publicado en AAVV, Cuestiones de control de la Administración Pública: Administrativo, legislativo y judicial, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Rap, Buenos Aires, 2010. p. 689-714.

** Profesora de Derecho Administrativo y becaria posdoctoral en la Universidad Católica Argentina (Buenos Aires, Argentina). Doctora en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Profesora visitante en la Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina). Profesora titular de Taller de Jurisprudencia y Doctrina en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina. Recibió el Premio "Corte Suprema de Justicia de la Nación" instituido por Ac. 6/91 (1995). Integra el Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, y las secciones Derecho Constitucional y Derecho Administrativo del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

SUMARIO

1. Planteo. **2.** Las diversas medidas de emergencia. **2.1.** Estado de asamblea. **2.2.** Ley marcial. **2.3.** Facultades extraordinarias ó suma del poder público. **2.4.** Estado de sitio. **2.5.** Estado de prevención y de alarma. **2.6.** Estado de guerra interno. **2.7.** Revolución. **2.8.** Acerca de la enumeración. **3.** Estado de sitio y revisión judicial. **3.1.** Etapa jurisprudencial. **3.2.** Etapa legislativa. **3.3.** Una oportunidad perdida. **3.4.** Otras declaraciones. **4.** Intervención federal. **4.1.** El caso fundador. **4.2.** Casos posteriores. **4.3.** La intervención de Corrientes. **5.** La experiencia jurisprudencial. **6.** Reflexiones finales. **7.** Referencias.

1. PLANTEO

Tanto el estado de sitio como la intervención federal constituyen especies del género “emergencias políticas”. Se trata, como recordaremos, de decisiones que, por su propia naturaleza, poseen un sustancial componente de discrecionalidad pues dependen de la percepción que los poderes políticos tengan, en cada caso, de cuestiones tan imprecisas para el mundo jurídico como la “conmoción interior”, o “garantir la forma republicana de gobierno”.

Por ello, determinar cuándo existe una “conmoción interior” que justifique imponer el estado de sitio o bien cuándo es preciso intervenir los poderes de una provincia para “garantir la forma republicana de gobierno”, parecen ser decisiones que no pueden estar alcanzadas por la revisión judicial. Es más, si los jueces revisaran estas decisiones, invadirían la zona de reserva de los otros poderes, de la misma manera que si pretendieran legislar o administrar.

Empero, bien es sabido también que la Constitución no solo establece un gobierno de poderes separados, sino también un sistema de controles recíprocos entre ellos, como medio de evitar que se produzcan desbordes autoritarios.

Se sigue de ello que, si bien la “decisión política” en sí, no es susceptible –como regla- de control judicial, sí lo son en cambio todas aquellas que se adopten como consecuencia de aquélla pues, de lo contrario, la Constitución –so color de reconocer estados de emergencia-, habría facilitado el ejercicio de poderes absolutos.

El objetivo de este trabajo es, entonces, analizar cómo ha moldeado la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, el control judicial sobre el estado de sitio y la intervención federal, partiendo de la distinción efectuada precedentemente.

Tangencialmente, puede tenerse en cuenta que el tema del control judicial del estado de sitio y de la intervención federal dispuestos por el Poder Ejecutivo nacional presenta ciertas particularidades que bien pueden ser mencionadas de modo preliminar.

Por un lado, puede ponerse de relieve que no habría un paralelo exacto entre esos dos institutos y las figuras comparables consagradas en el Derecho constitucional estadounidense o en el texto mismo de la Constitución de los Estados Unidos. Además,

puede recordarse que, si bien tradicionalmente –y en especial a la luz de lo prescripto en el artículo I, sección IX, de la Constitución estadounidense– se solía entender que estado de sitio era sinónimo de suspensión del hábeas corpus, hoy, en nuestro país, tras la reforma constitucional de 1994, el hábeas corpus se puede interponer “aún durante la vigencia del estado de sitio”, lo cual neutraliza aquella equiparación (e, incidentalmente, puede recordarse que lo mismo cabría predicar de la acción de amparo). En pocas palabras, a la luz de la experiencia constitucional de nuestro país, podría afirmarse que el estado de sitio posee un perfil singular, gobernado por la garantía de posibilidad de interposición del hábeas corpus aún durante su vigencia, con lo que el debate parecería haber abandonado el problema de esa interposición para instalarse en otra cuestión no menor: el problema de la intensidad de la revisión judicial de los actos dictados durante el estado de sitio.

Por otro lado, el instituto de la intervención federal tampoco presenta un absoluto paralelo en el Derecho Constitucional estadounidense; el artículo IV, sección 4, de la Constitución estadounidense sólo implícitamente la establece, por lo, en el ordenamiento norteamericano, se advertiría la existencia de una posibilidad de intervención federal que no sería explícita sino que se hallaría implícita en el texto constitucional de ese país. Nuevamente, entre nosotros, se impone el estudio de la jurisprudencia que ilustra acerca de la intensidad de la revisión judicial de los actos dictados durante la intervención federal.

Veamos, ahora, lo relativo a las diversas medidas de emergencia, para luego adentrarnos en esos dos institutos.

2. LAS DIVERSAS MEDIDAS DE EMERGENCIA

Antes de referirme en particular a los dos institutos objeto de este trabajo, se pueden mencionar, al menos brevemente, todos los que integran el género “medidas de emergencia”, pues ello permite tener un panorama más exacto de la amplitud de las mismas.

Linares Quintana, en la primera edición de su *Tratado*,¹ efectúa una exhaustiva enumeración de los que denomina “institutos de defensa del orden constitucional en situaciones de emergencia”. Tal amplio repertorio, según el citado autor, no abarcaría a la intervención federal (nota esta que, como se verá, no es compartida por otros constitucionalistas). Y sí abarcaría a un sinnúmero de medidas que, en tanto originadas o vinculadas a emergencias en nuestro país, brindan un panorama algo preocupante a la luz de la descripción que de cada una de ellas se realiza en la obra citada.

¹ LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la ciencia del Derecho constitucional argentino y comparado*. Tomo V. Buenos Aires: Alfa, 1953-1960. p. 410.

Dichas medidas o institutos comprenden: (i) el estado de asamblea; (ii) la ley marcial; (iii) las facultades extraordinarias; (iv) el estado de sitio; (v) el estado de prevención y de alarma; (vi) el estado de guerra interno; (vii) la revolución.

2.1. Estado de asamblea

El *estado de asamblea* sería, para nosotros, un instituto de estudio teórico pues no existe en el Derecho Público argentino. No obstante ello, puede recordarse que se entiende, por estado de asamblea, a la convocatoria del ejército sumado al imperio de la ley militar. Son estos dos elementos, entonces, los que lo caracterizan².

El estado de asamblea se halla previsto en la Constitución chilena, que prescribe, bajo el subtítulo de “estados de excepción constitucional”, lo siguiente:

Artículo 40. 1º En situación de guerra externa, el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, podrá declarar todo o parte del territorio nacional en estado de asamblea.”

Artículo 41. 1º Por la declaración de estado de asamblea el Presidente de la República queda facultado para suspender o restringir la libertad personal, el derecho de reunión, la libertad de información y de opinión y la libertad de trabajo. Podrá, también, restringir el ejercicio del derecho de asociación y de sindicación, imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones, disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad. (...) 3º Los tribunales de justicia no podrán, en caso alguno, entrar a calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para adoptar las medidas en el ejercicio de las facultades excepcionales que le confiere esta Constitución. La interposición y tramitación de los recursos de amparo y de protección que conozcan los tribunales no suspenderán los efectos de las medidas decretadas, sin perjuicio de lo que resuelvan en definitiva respecto de tales recursos.

2.2. Ley marcial

La *ley marcial* suele conceptualizarse como el sometimiento de los civiles al juzgamiento de los tribunales militares con sujeción a la ley militar. La pregunta acerca de si el gobierno puede constitucionalmente instituir la fue oportunamente respondida por la jurisprudencia; en 1866, en el precedente ex parte Milligan³, emanado de la Corte Suprema estadounidense:

² LINARES QUINTANA, op. loc. cit.

³ Ex parte Milligan, 71 U.S. 2 (1866): “It follows, from what has been said on this subject, that there are occasions when martial rule can be properly applied. If, in foreign invasion or civil war, the courts are actually closed, and it is impossible to administer criminal justice according to law, then, on the theatre of active military operations, where war really prevails, there is a necessity to furnish a substitute for the civil authority, thus overthrown, to preserve the safety of the army and society; and as no power is left but the military, it is allowed to govern by martial rule until the laws can have their free course. As necessity creates the rule, so it limits its duration; for, if this government is

Se sigue, de lo que se ha dicho en la materia, que hay ocasiones en que la ley marcial puede ser aplicada en forma adecuada. Si, en una invasión externa o una guerra civil, los tribunales están realmente cerrados, y es imposible administrar la justicia penal bajo la ley, entonces, en el teatro de operaciones militares activas, donde la Guerra realmente impera, hay necesidad de proveer un sustituto para la autoridad civil, depuesta, para preservar la seguridad del ejército y de la sociedad; y como no queda ningún poder salvo el militar, se le permite gobernar mediante la ley marcial hasta que vuelvan las leyes. Así como la necesidad crea la norma, así limita su vigencia; pues, si este gobierno es extendido hasta después de que se reinstalen los tribunales, constituye una grosera usurpación de poder. La ley marcial nunca puede existir donde los tribunales están abiertos, y en adecuado y libre ejercicio de su jurisdicción...." (...). "Se arguye que la ley marcial cubre con su amplio manto los procedimientos de esta comisión militar. La afirmación es esta: que en tiempos de guerra, el comandante de una fuerza armada (si en su opinión las exigencias del país lo exigen, y acerca de las cuales emite juicio), tiene poderes, dentro de los confines de su distrito militar, para suspender todos los derechos civiles y los recursos, y para someter a los ciudadanos, así como a los soldados, a la ley que disponga; y en el ejercicio de su legal autoridad no puede ser limitado, excepto por sus superiores o por el Presidente de los Estados Unidos. Si esta postura, con los alcances que se le atribuyen, es correcta, entonces cuando la guerra extranjera o doméstica existe, y el país está subdividido en departamentos militares por mera conveniencia, el comandante de uno de ellos puede, si así lo decide, dentro de sus límites, con fundamentos en la necesidad, con la aprobación del Ejecutivo, substituir la fuerza militar por y excluyendo las leyes, y castigar a cualquiera, como se considere correcto y adecuado, sin reglas fijas o ciertas.

Por ende, aquella pregunta se responde por la negativa, al menos mientras los tribunales estén disponibles o funcionando. En otras palabras, puede haber ley marcial sólo si los tribunales están cerrados y no se la puede instituir si los tribunales están abiertos.

continued after the courts are reinstated, it is a gross usurpation of power. Martial rule can never exist where the courts are open, and in the proper and unobstructed exercise of their jurisdiction...."; "It is claimed that martial law covers with its broad mantle the proceedings of this military commission. The proposition is this: that in a time of war the commander of an armed force (if in his opinion the exigencies of the country demand it, and of which he is to judge), has the power, within the lines of his military district, to suspend all civil rights and their remedies, and subject citizens as well as soldiers to the rule of his will; and in the exercise of his lawful authority cannot be restrained, except by his superior officer or the President of the United States. If this position is sound to the extent claimed, then when war exists, foreign or domestic, and the country is subdivided into military departments for mere convenience, the commander of one of them can, if he chooses, within his limits, on the plea of necessity, with the approval of the Executive, substitute military force for and to the exclusion of the laws, and punish all persons, as he thinks right and proper, without fixed or certain rules." (voto del Justice Davis).

En nuestro país, en las aulas de Derecho constitucional, se suele enseñar el fallo Rodríguez, Ruggero y Tambascio⁴ por haber sido el que convalidó constitucionalmente a la ley marcial; mas debe ponerse de resalto que tal convalidación fue solo por vía de *obiter*. Ello pues, en el caso, Ruggero impugnaba la competencia del tribunal castrense que lo había condenado a 12 años de reclusión e inhabilitación absoluta por el delito de estragos (colocar una bomba en la confitería de Av. Santa Fe 1818, que explotó, causando daños pero no víctimas), y la Corte Suprema resolvió que se dejaba sin efecto la sentencia apelada, disponiendo que Ruggero fuera juzgado por la Justicia nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital, con sustento en la inveterada regla de que toda persona tiene derecho a recurrir a la justicia:

*[S]ubsiste la división de los poderes y (...) las penas perdurables del derecho criminal siguen siendo de la incumbencia de los tribunales de justicia*⁵.

Tal decisión no obstó a que la Corte Suprema considerara, a mayor abundamiento, que la actuación de los tribunales militares en el proceso era un válido ejercicio de un

*poder implícito que es corolario de la facultad de las autoridades civiles de reprimir por la fuerza militar la violencia de la rebelión interna*⁶.

En el caso, el sometimiento a los tribunales castrenses había surgido del Dto. 2639/60 y, posteriormente, de la L. 15293, en el marco del denominado “Plan Conintes”, o “plan conmoción interna del Estado”. Es claro que la fuente de la medida de emergencia –ley marcial– no era la Constitución. Por ello puede afirmarse que la eventual convalidación por parte de la Corte Suprema en el caso reseñado –sin perjuicio de otros originados en la ley marcial impuesta por gobiernos posteriores, como los del período 1976-1983– pone en evidencia que se han admitido medidas de emergencia extrañas a las enumeradas en la Constitución.

2.3. Facultades extraordinarias ó suma del poder público

Respecto de las *facultades extraordinarias*, o la *suma del poder público*, es menester destacar que ambos institutos se hallan prohibidos en el art. 29, Const. Nac., por lo cual, de verificarse en la realidad, se erigen en medidas de emergencia inconstitucionales.

⁴ “Rodríguez, Juan Carlos, Ruggero, Conrado Andrés, Tambascio, Juan Carlos s/ sumario por actividades terroristas, subversivas, intimidación pública y otras”, **Fallos**: 254: 116 (1962).

⁵ “Rodríguez, Juan Carlos, Ruggero, Conrado Andrés, Tambascio, Juan Carlos s/ sumario por actividades terroristas, subversivas, intimidación pública y otras”, **Fallos**: 254: 116 (1962), cons. 17.

⁶ “Rodríguez, Juan Carlos, Ruggero, Conrado Andrés, Tambascio, Juan Carlos s/ sumario por actividades terroristas, subversivas, intimidación pública y otras”, **Fallos**: 254: 116 (1962), cons. 18.

2.4. Estado de sitio

El *estado de sitio*, otro instituto propio de la emergencia, extraño al el *état de siège* galo y más cercano a la antigua suspensión del hábeas corpus del Derecho angloamericano, se halla reglado en los arts. 23⁷, 43⁸, 61⁹, 75 inc. 29¹⁰, y 99, inc. 16¹¹, Const. Nac. En lo que aquí interesa, el art. 23, Const. Nac., prescribe:

“En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.”

2.5. Estado de prevención y de alarma

El *estado de prevención y de alarma* fue una medida de emergencia reglada en la Constitución de 1949 –que rigiera hasta 1956¹²– de carácter similar al estado de sitio, pero en una modalidad más limitada pues no suspendía sino que sólo limitaba las garantías constitucionales. Se halló legislada, en la constitución citada, en estos términos:

Art. 83 – El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: (...) 19. Declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación en caso de ataque exterior y por un término

⁷ “En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino”.

⁸ “Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”.

⁹ “Corresponde también al Senado autorizar al presidente de la Nación para que declare en estado de sitio, uno o varios puntos de la República en caso de ataque exterior”.

¹⁰ Corresponde al Congreso “Declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación en caso de conmoción interior, y aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo”.

¹¹ El Presidente “Declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un término limitado, con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo. El Presidente la ejerce con las limitaciones prescriptas en el art. 23”.

¹² El art. 1º de la Proclama del 27/4/56, Adla 1956-A, ps. 1/2, resolvió: “Declarar vigente la Constitución nacional, sancionada en 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898, y exclusión de la de 1949, sin perjuicio de los actos y procedimientos que hubiesen quedado definitivamente concluidos con anterioridad al 16/9/55”. Ver, asimismo, Dto. 22.337, del 17/12/56, de creación de la Comisión de Estudios Constitucionales *ad honorem* a los fines de una convención reformadora, Adla 1956-A, p. 1153.

limitado, con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior, sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo. Declara también el estado de prevención y alarma en uno o varios puntos del país en caso de alteración del orden público que amenace perturbar el normal desenvolvimiento de la vida o las actividades primordiales de la población por un término limitado y da cuenta al Congreso. El presidente ejerce estas atribuciones dentro de los límites prescritos por el artículo 34.

Y dicho art. 34 prescribía:

Art. 34 – En caso de conmoción interior o de ataque exterior, que ponga en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso, respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir del territorio argentino. Podrá declararse asimismo el estado de prevención y alarma en caso de alteración del orden público que amenace perturbar el normal desenvolvimiento de la vida o las actividades primordiales de la población. Una ley determinará los efectos jurídicos de tal medida, pero ésta no suspenderá, sino que limitará transitoriamente las garantías constitucionales en la medida que sea indispensable. Con referencia a las personas, los poderes del presidente se reducirán a detenerlas o trasladarlas de un punto a otro del territorio por un término no mayor de treinta días.

2.6. Estado de guerra interno

El *estado de guerra interno* fue otra de las medidas de emergencia que alguna vez tuvo consagración en nuestro Derecho positivo. Su origen fue el Dto. 19376/51, del 28/9/1951, emitido con motivo del alzamiento militar contra el gobierno nacional, y significó el “fusilamiento de todo militar que se insubordine”. Fue ratificado, en el mismo día de su firma, por L. 14062, ley que fue derogada en 1955 por Dto. 140/55.

La doctrina¹³ sostiene que es un instituto monstruoso, no previsto en la Constitución nacional, propio de una dictadura.

2.7. Revolución

Finalmente, el apretado repertorio aquí reproducido comprende a la *revolución*, instituto que fuera convalidado constitucionalmente en el fallo “Perón”¹⁴. En dicho fallo se conceptualizó la revolución como posible generadora de emergencia. Se sostuvo

¹³ LINARES QUINTANA, op. cit., p. 521.

¹⁴ “Perón, Juan Domingo (interdicto) –comunica bienes patrimoniales por intermedio de su apoderado”, Fallos: 238: 123 (1957), esp. ps. 129/130.

que las emergencias son acontecimientos extraordinarios, imprevisibles o bien inevitables con los recursos ordinarios, y que tienen una repercusión muy honda y extensa en la vida social, de suerte que demandan remedios también extraordinarios.

Agregó el fallo que las emergencias pueden ser:

acontecimientos de carácter físico, como un terremoto, una grave epidemia, etc.; a veces, de índole económica, como las que han determinado en nuestro país (...) legislaciones especiales, de efectos restrictivos para el derecho de propiedad consagrado por la Constitución (...). También la emergencia puede provenir, sin duda, de un acontecimiento político, como es la revolución, pues lo que hace que una situación tenga aquel carácter no es la naturaleza del hecho determinante, sino su modo de ser extraordinario, la gravedad y amplitud de sus efectos y la necesidad imperiosa de establecer normas adecuadas para restablecer los intereses públicos afectados¹⁵.

2.8. Acerca de la enumeración

Por cierto, la enumeración efectuada hasta aquí es ejemplificativa, y se advertirá que otros autores adoptan otras. Así, Gelli¹⁶, ya con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, enumera emergencias políticas (que provocan, como respuesta, el estado de sitio o la intervención federal), y dos clases más de emergencias, que dan lugar a la delegación legislativa o que autorizan el dictado de decretos de necesidad y urgencia. Igual temperamento adopta Dalla Vía¹⁷. En cambio Barra considera que el constituyente incorporó la emergencia del art. 76, Const. Nac., mas no quiso utilizarla en el art. 99, inc. 3^o¹⁸.

A la luz del texto constitucional vigente, entonces, algunos de los institutos descriptos antes tendrían tan solo un valor histórico, lo cual no obstaría a las preocupaciones que los mismos, como reacciones ante diversas emergencias, podrían generar, en una mirada retrospectiva.

¹⁵ "Perón, Juan Domingo (Interdicto) – comunica bienes patrimoniales por intermedio de su apoderado", **Fallos**: 238: 76 (1957), esp. ps. 127/128.

¹⁶ GELLI, María Angélica. **Constitución de la Nación argentina**. Comentada y concordada. 4 ed. Buenos Aires: La Ley, 2008. p. 390: "El estado de sitio, junto con la intervención federal, constituyen las respuestas institucionales, regladas por la Constitución Nacional, ante emergencias de carácter político. Después de la reforma de 1994, se admitieron dos tipos más de emergencias, las que dan lugar a la delegación legislativa (art. 76) y las que autorizan el dictado de decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3)".

¹⁷ DALLA VÍA, Alberto R. La doctrina constitucional de la emergencia. In: _____. **Derecho constitucional**. Colección de análisis jurisprudencial. Buenos Aires: La Ley, 2002. p. 760: "[L]a Constitución de la Nación Argentina enumera 'institutos de emergencia' para casos excepcionales. Ellos son el estado de sitio (...) y la intervención federal (...). La reforma Constitucional de 1994 introdujo dos nuevos institutos de emergencia que son los reglamentos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3^o) y la delegación legislativa (art. 76, Constitución Nacional)".

¹⁸ BARRA, Rodolfo C. **Tratado de Derecho administrativo**. Tomo I. Buenos Aires: Ábaco, 2002. p. 408.

3. ESTADO DE SITIO Y REVISIÓN JUDICIAL

De cara al tema de este trabajo, corresponde adentrarse en las cuestiones relativas a la revisión judicial de los actos de aplicación de la declaración de estado de sitio.

Liminarmente, y desde el punto de vista de la competencia, se recordará que es el Congreso el que dispone el estado de sitio cuando media conmoción interior, y, durante su receso, es el Poder Ejecutivo el que lo hace, debiendo la medida ser aprobada legislativamente; todo ello, a tenor del inc. 29 del art. 75, Const. Nac., conforme al cual corresponde al Congreso “declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación en caso de conmoción interior, y aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo” y conforme al inc. 16 del art. 99, Const. Nac., que atribuye al Poder Ejecutivo la competencia para declarar el estado de sitio más sólo cuando “en caso de conmoción interior (...) el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo”. En cambio si media ataque exterior, la medida es fijada por el Poder Ejecutivo con el acuerdo del Senado pues el art. 99, inc. 16, Const. Nac., establece que el Poder Ejecutivo “declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un término limitado, con acuerdo del Senado”.

La declaración de estado de sitio es considerada, por la jurisprudencia, una típica cuestión no justiciable. Ello con fundamentos en: el ejercicio de facultades privativas irrevisables judicialmente¹⁹; el ejercicio del juicio prudencial, necesario y final, del Congreso y del Ejecutivo²⁰; la exclusiva responsabilidad del órgano Presidencia de la Nación²¹; la índole política de la cuestión²²; la apreciación política que de ella se hace²³; el ejercicio de criterios de oportunidad, mérito o conveniencia²⁴; entre otros argumentos. De tal modo, la declaración misma de estado de sitio moraría fuera del ámbito de revisión judicial. Mas una cuestión mucho más trascendente ofrecería mayores modulaciones: se trata de la revisión judicial de los actos de aplicación.

Es en punto a la revisión de dichos actos de aplicación que se advierte una línea jurisprudencial rica en tendencias y matices, que puede ser visualizada en etapas. Veamos.

¹⁹ “Trossi, Luis, y otros”, **Fallos**: 247: 528 (1960); “Unión Obrera de la Construcción”, **Fallos**: 247: 77 (1960); “Sauze Almagro, Rodolfo”, **Fallos**: 252: 244 (1962); “Granada, Jorge Horacio”, **Fallos**: 307: 2284 (1985); “Paz, Francisco Oscar c/ PEN”, **Fallos**: 312: 1882 (1989).

²⁰ “Solari Yrigoyen, Hipólito”, **Fallos**: 305: 269 (1983); voto del Dr. Carlos S. Fayt en “Granada, Jorge Horacio”, cit.

²¹ “Granada, Jorge Horacio”, cit.

²² “Antonio, Jorge”, **Fallos**: 236: 657 (1956); “Sauze Almagro, Rodolfo”, **Fallos**: 242: 540 (1958); “Mallo, Daniel”, **Fallos**: 282: 392 (1972); “Moya, Benito Alberto”, **Fallos**: 303: 696 (1981); “Spadoni, Horacio Ernesto”, **Fallos**: 305: 204 (1983).

²³ “Canovi, Ricardo Alberto”, **Fallos**: 278: 337 (1970); “Tieffemberg, Jacobo Adrián”, **Fallos**: 279: 9 (1971).

²⁴ “Sindicato Argentino de Músicos”, **Fallos**: 248: 800 (1960).

3.1. Etapa jurisprudencial

La primera etapa se corresponde con la regla de la irrevisibilidad judicial de las facultades ejercidas por el Poder Ejecutivo (caso Rodríguez²⁵, de 1892).

Al año siguiente, empero, parece inaugurarse una nueva etapa con el caso Alem²⁶, en el cual se resuelve que un legislador no puede ser arrestado por el Poder Ejecutivo ni aún en un estado de sitio: entre las facultades del poder ejecutivo durante el estado de sitio no existía la de arrestar a los miembros del Congreso; ejercida discrecionalmente y sin control la facultad que el art. 23, Const. Nac., acuerda, ella posibilitaría la sustancial modificación del funcionamiento del Congreso. De tal suerte, los legisladores no se hallan bajo otra jurisdicción que la de la propia Cámara a la que pertenecen.

A partir de allí, se perfila una tercera etapa en la que parecería volverse a la tesis de la irrevisibilidad judicial. Así, por ejemplo, en el caso Iscaro²⁷ se señaló que era de la competencia exclusiva del Poder Ejecutivo y excluyente de revisión por el Poder Judicial la apreciación de las circunstancias y motivos que determinan las medidas adoptadas por aquél en virtud del estado de sitio, y en el caso "Jorge Antonio"²⁸ se concluyó en que no correspondía cuestionar, ante la Justicia, la legitimidad de la decisión del Poder Ejecutivo que, durante el estado de sitio, había dispuesto la relegación del recurrente a un territorio patagónico, ni los actos administrativos vinculados a la seguridad dictados en su consecuencia en tanto esas medidas no importaban la aplicación de una pena ni la intromisión del Poder Ejecutivo en funciones propias del Poder Judicial. De tal modo, se hallaban fuera del ámbito de control judicial las "circunstancias" que hacían necesaria la declaración del estado de sitio o su mantenimiento, y, por el otro, el relativo a las circunstancias y motivos determinantes de los "actos" o medidas adoptadas, por el Poder Ejecutivo, en virtud del estado de sitio. En síntesis, todo era irrevisible judicialmente.

En el año 1959, el fallo dictado en el caso Sofía²⁹ modifica esta interpretación, al aseverarse en el mismo que:

El control de los actos en virtud de los cuales el Poder Ejecutivo hace efectivo el estado de sitio declarado por el Congreso por ejemplo, la prohibición de una reunión pública es ajeno a la competencia judicial, salvo casos estrictamente excepcionales. Así, aquél procedería si mediara transgresión franca y ostensible de los límites trazados por la Ley Fundamental en cuanto a la facultad de arrestar o trasladar personas de un punto a otro de la Nación; y, respecto de la generalidad de las medidas de ejecución del estado de sitio, cuando ellas sean clara y

²⁵ "Rodríguez, Fermín", **Fallos**: 48: 17 (1892).

²⁶ "Contra el Dr. Leandro N. Alem y el Dr. Mariano M. Candiotti, por rebelión contra el Gobierno Nacional", **Fallos**: 54: 432 (1893).

²⁷ "Iscaro, Rubén L. y otros", **Fallos**: 236: 632 (1956).

²⁸ "Antonio, Jorge", **Fallos**: 236: 657 (1956).

²⁹ "Sofía, Antonio, y otro", **Fallos**: 243: 324 (1959).

*manifiestamente irrazonables, es decir, cuando impliquen medios que no guarden relación alguna con los fines del art. 23, Const. Nac.*³⁰.

Agregó el fallo que:

*“Al ejercer el control de razonabilidad de los actos ejecutados por el Poder Ejecutivo en virtud del art. 23, Const. Nac., los jueces deben referirlo a la causa constitucional e inmediata del estado de sitio situación de conmoción interior y no a los motivos concretos que el legislador haya mencionado como factores iniciales”*³¹.

Cabe destacar que, en el fallo *Sofía*, la Corte Suprema calificó de actos administrativos a los actos de aplicación realizados por el poder administrador:

*Una vez producido el acto político y no justiciable por el cual el Congreso declara el estado de sitio, las medidas que el Poder Ejecutivo adopta para efectivizarlo por ejemplo, la prohibición de una reunión pública son actos administrativos cuya ejecución supone el ejercicio de facultades propias, dotadas de una fuerza restrictiva mucho más intensa que la atinente a las manifestaciones ordinarias del poder de policía. Esas facultades son privativas del Poder Ejecutivo y, en principio, no se hallan sujetas a revisión judicial, como consecuencia de la división de los poderes y de la índole objetiva de las medidas realizadoras del estado de sitio*³².

Esta calificación ha tenido la virtualidad, según la doctrina constitucionalista, de sujetar, a los actos (administrativos) de aplicación (del estado de sitio), a los requisitos que se fijan también en la L. 19540, de procedimientos administrativos, en su art. 7°:

*El Presidente de la Nación ejerce las facultades excepcionales que le otorga la Constitución Nacional durante el estado de sitio, mediante actos administrativos*³³.

El resultado, naturalmente, consiste en que, a esos actos de aplicación, se les exigirá que sean dictados mediando competencia, y deberán contar con causa, objeto física y jurídicamente posible, motivación, finalidad (razonabilidad o proporcionalidad), deberán estar precedidos de los procedimientos requeridos, y tendrán la forma adecuada. De tal modo, revisibilidad judicial venía a significar, como mínimo, posibilidad de confrontación con el art. 7°, LPA.

³⁰ Voto de los Dres. Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid y Julio Oyhanarte en “*Sofía*, Antonio, y otro”, **Fallos**: 243: 504 (1959).

³¹ Voto de los Dres. Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid y Julio Oyhanarte en “*Sofía*, Antonio, y otro”, **Fallos**: 243: 504 (1959).

³² Voto de los Dres. Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid y Julio Oyhanarte en “*Sofía*, Antonio, y otro”, **Fallos**: 243: 504 (1959).

³³ LINARES QUINTANA, Segundo V. **Tratado de la ciencia del Derecho constitucional**. Tomo VI. 2da. ed. Buenos Aires: Plus Ultra, 1987. p. 398-399.

Mas la práctica posterior no parecería abonar completamente esta sana postura.

Entre 1959 y 1963 se produjeron pluralidad de fallos que insistieron en la irrevisibilidad de la declaración de estado de sitio, y que exigieron, al mismo tiempo, que las medidas de ejecución o aplicación fueran razonables. Ello semejaba una versión minimalista de todo lo que se podía exigir bajo el art. 7° de la L. 19549. Nublaba la escena, asimismo, un extremo irrefutable: la regla general –irrevisibilidad de la declaración, revisibilidad del acto de aplicación- solía estar atada al rechazo de la acción por no haberse demostrado la patente o desmesurada desproporción de la medida o acto a la luz de los fines de la declaración. Así ocurrió en el caso “Sindicato Argentino de Músicos”³⁴, fallo que semeja un catálogo de argumentaciones para convalidar el accionar oficial: doctrina de la subsanación judicial; imposibilidad judicial de substituir el criterio administrativo de oportunidad; naturaleza formal de la acción de amparo, inhábil para el examen de la justicia o injusticia de la medida restrictiva.

Deben tenerse en cuenta, empero, con posterioridad a 1972, una serie de acciones de amparo y de habeas corpus exitosos no obstante el estado de sitio; tales lo producidos en Mallo³⁵, de 1972, Zamorano³⁶, de 1977, Timerman³⁷, de 1978, Celia Machado³⁸, de 1980, Moya³⁹, de 1981.

3.2. Etapa legislativa

El punto de inflexión en este desarrollo jurisprudencial del instituto bajo examen tiene lugar en el año 1984, con la sanción de la L. 23098 de hábeas corpus. Ello pues dicha ley misma estableció, en su art. 4°, que los jueces quedaban habilitados para revisar, entre otros aspectos, la legitimidad de la declaración del estado de sitio:

Art. 4° – Estado de sitio. Cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista en el art. 23 de la Constitución Nacional, el procedimiento de hábeas corpus podrá tender a comprobar, en el caso concreto:

1° La legitimidad de la declaración del estado de sitio.

2° La correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio.

3° La agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad que en ningún caso podrá hacerse efectiva en establecimientos destinados a la ejecución de penas.

³⁴ “Sindicato Argentino de Músicos”, **Fallos**: 248: 800 (1960).

³⁵ “Mallo, Daniel”, **Fallos**: 282: 392 (1972).

³⁶ “Zamorano, Carlos Mariano”, **Fallos**: 298: 441 (1977).

³⁷ “Timerman, Jacobo”, **Fallos**: 301: 771 (1979).

³⁸ “Machado, Celia Sara y otros”, **Fallos**: 303: 1558 (1981).

³⁹ “Moya, Benito Alberto”, **Fallos**: 303: 696 (1981).

4° El efectivo ejercicio del derecho de opción previsto en la última parte del art. 23 de la Constitución Nacional.

De tal modo, el legislador colocaba el umbral de irrevisibilidad muy lejos: deberían revisables judicialmente no solo los actos de aplicación sino la declaración misma en punto a su legitimidad.

La ley fue puesta a prueba al año siguiente, en el caso Granada.

3.3. Una oportunidad perdida

El caso Granada⁴⁰ se suscitó a raíz de la detención del mayor Jorge H. Granada por decretos 2049/85 y 2070/85, suscriptos por el entonces presidente Alfonsín. El primero de ellos –publicado en el BO del 23/10/1985– disponía, por el término de 60 días, el arresto de una cantidad de personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas, incluyendo al mencionado mayor. Por el segundo de ellos –publicado en el BO del 28/10/1985–, el Presidente de la Nación decretaba el arresto, a disposición del Poder Ejecutivo, del citado mayor. En el mismo BO, del 28/10/1985, se publicaba el Dto. 2069/85, de declaración del estado de sitio en todo el territorio de la Nación por el término de 60 días. Surge prístinamente, de la reseña efectuada, que el Poder Ejecutivo había dispuesto el arresto de Granada sin que mediara declaración de estado de sitio. Pues bien, la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional rechazó el habeas corpus incoado por Granada con la firma de los Dres. Elbert, Zaffaroni y Donna. El Procurador General, Dr. Gauna, propició que se confirmara la sentencia apelada, y, finalmente, la Corte Suprema, con una sola disidencia –del Dr. Belluscio–, confirmó la sentencia apelada.

La circunstancia fáctica apuntada –inexistencia de declaración del estado de sitio al disponerse el arresto de Granada, brinda un balance, generado por el respectivo fallo, paupérrimo. Y a la luz de lo prescripto en la L. 23098, y la puerta que abría en su art. 4° para la revisión judicial de la legitimidad de la declaración, el caso Granada devino una oportunidad perdida. Es que la Corte consideró, en los hechos, irrevisable judicialmente esa declaración:

No cabe entender que haya sido intención del legislador apartarse de la reiterada jurisprudencia del tribunal, que ha reconocido como facultades privativas de los poderes legislativo y ejecutivo, las referentes a apreciar las circunstancias de hecho que tornan aconsejable la adopción de tal recurso (...) El juicio de legitimidad a que remite el art. 4° de la L. 23098 no ha de versar, pues, sobre las características de la situación en la cual se proclama el estado de sitio, sino sobre otros elementos que son realmente referibles al concepto de legitimidad⁴¹.

⁴⁰ "Granada, Jorge Horacio", **Fallos**: 307: 2284 (1985).

⁴¹ "Granada, Jorge" cit., esp. p. 2307.

Y con ecos de aplicación de los recaudos del art. 7º, L. 19549, la mayoría entendió que la detención del actor no carecía de “motivación asertiva” (cons. 7º). De tal modo, con una visión integrativa, gobernada por un espíritu ampliamente subsanador, se dio a los decretos 2069/85 y 2070/885 (v.gr., el decreto de declaración de estado de sitio y el decreto de puesta a disposición del P.E.) por “complejo de normas” (cons. 8º), que venían a ratificar o perfeccionar (cons. 8º) el dto. 2049/85 de arresto. Como si de un regreso al futuro se tratara, la declaración, posterior, del estado de sitio (dto. 2069/85), y su acto de aplicación (dto. 2070/85) regularizaba las carencias del dto. 2049/85 de arresto.

Muy por el contrario, la disidencia del Dr. Belluscio puntualizó que el control de razonabilidad se hallaba, en el caso, imposibilitado pues el informe del Ministerio del Interior era insuficiente a efectos de la determinación de las causas del arresto del actor.

3.4. Otras declaraciones

Otras declaraciones de estado de sitio tuvieron lugar posteriormente. Se puede recordar que, en diciembre de 1990, por L. 23902 se ratificó el estado de sitio declarado por Dto. 2536/90, disponiéndose su levantamiento, y por Dto. 2545/90 se promulgó la ley derogatoria 23902. Fue un breve estado de sitio: desde el 4/12/90 hasta el 6/12/90, esto es, dos días.

En ocasión de la crisis que eclosionara en el verano 2001/2002, también se declaró el estado de sitio: ya dictado el primer “corral”, Dto. 1570/01, del 1ro. de diciembre, por Dto. 1678/01 (BO 20/12/01), se declaró, en todo el territorio de la Nación Argentina, el estado de sitio por el plazo de 30 días; posteriormente, por Dto. 18/01 (BO 24/12/01), se lo declaró en todo el territorio de la Provincia de Entre Ríos, por el plazo de 10 días; por Dto. 20/01 (BO 24/12/01), se lo declaró en toda la Provincia de San Juan, por igual plazo; por Dto. 16/01 (BO 24/12/01), se lo declaró en toda la Provincia de Buenos Aires, por igual plazo; por Dto. 20/01 (BO 24/12/01), se lo declaró en la Provincia de San Juan, por igual plazo.

En forma implícita, se hizo mérito de los hechos que motivaran estas declaraciones al fallarse la causa “Bustos”; en palabras del Procurador General⁴²,

[En] diciembre de 2001, (...) se produjeron acontecimientos sociales e institucionales de gran trascendencia, tales como situaciones de protesta ciudadanas que desembocaron en enfrentamientos con saldos lesivos, en cuanto a personas heridas y fallecidas, en la renuncia de un presidente y el consiguiente proceso de recambio de las autoridades ejecutivas. El 24 de diciembre de 2001, la República Argentina anunció que había dispuesto diferir el pago de intereses y capital correspondientes a la deuda pública externa, debido a la persistente recesión económica que, sumada a la falta de acceso a los mercados

⁴² “Bustos, Alberto Roque y otros c/ E.N. y otros s/ amparo”, **Fallos:** 327: 4495 (2004), esp. cap. IX del dictamen de la Procuración General de la Nación.

internacionales de capitales, habían debilitado las finanzas públicas con graves inconvenientes para los argentinos (...).

Desde el punto de vista de la legitimidad de la medida, las circunstancias fácticas –tan nítidamente reseñadas en el citado dictamen– parecerían avalar la declaración de estado de sitio dispuesta, si bien la extensión temporal podría suscitar apreciaciones relativas a su exigüidad. La jurisprudencia echará luz sobre la delicada cuestión de la indemnización por los daños sufridos durante esa declaración.

4. INTERVENCIÓN FEDERAL

Las relaciones entre la decisión de intervenir federalmente una provincia, y los actos de aplicación de la misma –v.gr., los actos de aplicación emanados del órgano intervención– ofrecen también una nutrida jurisprudencia en la cual se transita, de la pura irrevisibilidad, a una suerte de limitada revisibilidad.

4.1. El caso fundador

La línea interpretativa respectiva data de fines del siglo XIX, con Cullen c/ Llerena⁴³, del año 1893. En este caso se requería la revisión judicial de la intervención de la provincia de Santa Fe, con el objeto de obtener su declaración de inconstitucionalidad. Por ende, es un supuesto bien distinto de otro que suele aparecer como de cita obligada –Luther v. Borden⁴⁴, emitido por la Corte Suprema estadounidense en 1849–. La diferencia esencial radica en que, en éste último, Luther acudía a sede judicial para obtener la revisión de la sentencia que había resuelto que las partes recurridas no eran culpables por los daños sufridos por aquél durante una insurrección y durante la posterior declaración de ley marcial.

En punto a la posibilidad de revisión judicial de la intervención federal, dijo la Corte Suprema en el citado Cullen c/ Llerena que:

La intervención nacional en las provincias, en todos los casos en que la Constitución la permite o prescribe, es, como queda dicho, un acto político por su naturaleza, cuya verificación corresponde exclusivamente a los poderes políticos de la Nación; y así está reconocido en nuestros numerosos precedentes al respecto, sin contestación ni oposición de ningún género: todos los casos de Intervención a las provincias han sido resueltos y ejecutados por el poder político, esto es, por el Congreso y el Poder Ejecutivo, sin ninguna participación del poder judicial.

⁴³ “Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de Santa Fé c/ Dr. Baldomero Llerena s/ inconstitucionalidad de la ley nacional de intervención en la Provincia de Santa Fé y nulidad”, **Fallos**: 53: 420 (1893).

⁴⁴ Luther v. Borden, 48 U.S. 1 (1849).

De tal modo, dejó sentada su opinión sobre la sustancia política de la decisión interventora. Aunque en rigor, como apuntara agudamente Miller, lo hizo empleando, como principal argumento, el precitado *Luther v. Borden*, caso no directamente aplicable, con lo que “no proveía suficiente soporte para decidir la cuestión”⁴⁵. Es que una cosa era el reconocimiento o no del gobierno que se insurreccionaba –a efectos de demandarlo por los daños– en el precedente norteamericano, y otra muy diversa era impugnar los procesos legislativos por los cuales se intervenía la provincia de Santa Fe. Sin embargo, el precedente norteamericano fue utilizado para fundar la solución en el precedente argentino, y así quedó sellada la historia de la irrevisibilidad judicial de la decisión de intervención federal.

Posteriormente, en los casos *Lobos c/ Donovan*⁴⁶, de 1893, y *Cía. Azucarera Tucumana*⁴⁷, de 1924, se reiteró, en lo sustancial, esa interpretación. En el primero, se afirmó que los actos políticos de los poderes políticos de la Nación, disponiendo su intervención en las provincias, no fundan un caso judicial; en el segundo, que una intervención nacional en una provincia, en todos los casos en que la Constitución la permite o prescribe, es un acto político por su naturaleza, cuya verificación corresponde exclusivamente a los poderes políticos de la Nación.

4.2. Casos posteriores

Dos casos posteriores parecerían ser exponentes de la misma tendencia interpretativa. En *Orfila*⁴⁸, de 1929 –caso que se originara con la intervención a Mendoza y la puesta en comisión de los jueces locales, que fueran subsecuentemente reemplazados por nuevos magistrados, bajo medidas adoptadas por el órgano intervención–, el actor, exgobernador de la provincia, fue arrestado por uno de los jueces designados por la intervención, razón por la cual interpuso un hábeas corpus. La Corte Suprema rechazó su hábeas corpus con fundamentos en que, caso contrario, se entrometería en la esfera de decisión de los restantes poderes:

Esta Corte, como lo ha declarado en fallos anteriores, no se encuentra, pues, autorizada para examinar los hechos que han conducido a la decisión contenida en la ley, porque saldría de

⁴⁵ MILLER, Jonathan. *Courts and the Creation of a ‘Spirit of Moderation’: Judicial Protection of Revolutionaries in Argentina, 1863-1929*. **Hastings International and Comparative Law Review**, San Francisco, 20 vol, 1997, p. 290. Similar actitud se advierte en BIANCHI, Alberto B. **Control de constitucionalidad**. 2 ed. Buenos Aires: Ábaco, 2002. p. 157, donde compara *Luther* y *Cullen c/ Llerena*: “Si analizamos lo que *Luther* pedía a la Corte norteamericana, veremos que eran cuestiones diametralmente distintas”.

⁴⁶ “Gobernador Provisorio de la Provincia de San Luis c/ Interventor Nacional Dr. Daniel Donovan; s/ inconstitucionalidad de la ley”, **Fallos**: 54: 180 (1893).

⁴⁷ “S.A. Cía. Azucarera Tucumana c/ Provincia de Tucumán. S.A. Azucarera Concepción c/ Provincia de Tucumán”, **Fallos**: 141: 271 (1924).

⁴⁸ **Fallos**: 154: 192 (1929).

*la órbita que le está delimitada por la carta fundamental e invadiría el campo propio de los otros poderes del Estado*⁴⁹.

Similar tesis fue reiterada en Siganevich⁵⁰, en 1937:

*[N]otoriamente, se hallan al margen de la potestad jurisdiccional de esta Corte, las cuestiones de orden político que la defensa ha planteado y que surgen de la validez o invalidez de la constitución de Santa Fe de 1921 y del pronunciamiento que importa la intervención nacional que desconoció dicho estatuto; así lo resolvió en el leading case del t. 53, p. 420 [51]. La Corte ha conocido y resuelto numerosos casos venidos de la provincia de Santa Fe durante el período del gobierno declarado caduco por la intervención federal que invoca el recurrente, regidos por leyes y fallados por jueces surgidos después de la constitución de 1921, sin poner ninguna clase de reparos al estatuto mencionado; porque no le incumbe discutir la forma en que las provincias organizan su vida autónoma conforme al art. 105 de la constitución nacional. Los altos magistrados de Estados Unidos de América del Norte y de la República Argentina conocieron, hace mucho, la sabiduría de la norma de no intervención en las cuestiones meramente políticas. Si según la tesis de la defensa, la corte pudiera examinar la validez de la constitución santafecina de 1921 y de las instituciones, poderes y autoridades creadas a su amparo, podría examinar, lógicamente, la intervención federal que la desconoció; porque su función es la de juzgar y no la de acatar simplemente. Es decir, la Corte se colocaría frente a los poderes políticos del Estado, en el terreno político, desnaturalizando su carácter*⁵².

4.3. La intervención de Corrientes

Menos lejos, temporalmente, se hallan los fallos de la Corte Suprema relativos a la intervención de la provincia de Corrientes en la década del '90.

La virtual maratón de fallos que desencadenara la intervención de la provincia de Corrientes, en el año 1992, se origina, en rigor, en hechos de 1991: "En 1991, tras ocho años de estabilidad, volvió la ingobernabilidad. Fue por un empate entre el Pacto oficialista y el acuerdo PJ-UCR en el Colegio Electoral, un mecanismo anacrónico que ya había sido abolido en el resto de las provincias"⁵³.

El conflicto electoral local suscitado en 1991 prohió sucesivos fallos de la Corte Suprema, entre ellos: "Apoderado del Partido Justicialista"⁵⁴, en el cual se decretó la suspensión de la intervención al respectivo distrito del partido político; "Apoderado del

⁴⁹ Fallos: 154: 192 (1929), esp. p. 200.

⁵⁰ Fallos: 177: 390 (1937).

⁵¹ Corresponde al fallo "Cullen c/ Llerena", ya citado.

⁵² Fallos: 177: 390 (1937), esp. cons. 5°.

⁵³ Helfgot, Marcelo, "La provincia de las 17 intervenciones", en *Clarín*, 2/10/05.

⁵⁴ "Apoderado del Partido Justicialista – Distrito Corrientes", Fallos: 314: 1064 (1991).

Partido Justicialista⁵⁵, en el cual se resolvió dejar sin efecto el pronunciamiento de la Cámara de la Cámara Nacional Electoral que había suspendido cautelarmente la intervención dispuesta por la Mesa Ejecutiva del Consejo Nacional del Partido Justicialista al distrito de Corrientes cuando la cuestión ya se encontraba sometida a conocimiento del congreso ordinario, órgano partidario a quien la propia actora atribuía facultades para resolverla; "Partido Justicialista"⁵⁶, en el cual se declaró procedente la queja deducida por el mencionado partido político y se decretó la suspensión de las actuaciones, requiriéndose su remisión; "Apoderados"⁵⁷, en el cual se resolvió que la cuestión planteada había devenido de inoficioso pronunciamiento atento el fallo dictado por el superior tribunal provincial; "Electores"⁵⁸, en el cual se resolvió que la cuestión a resolver había devenido de inoficioso pronunciamiento pues la actuación del colegio electoral correntino se había desarrollado con prescindencia del aspecto tratado en el recurso intentado; "Electores y Apoderados"⁵⁹, en el cual, advirtiéndose la presencia de gravedad institucional, se resolvió urgir al superior tribunal provincial a que dispusiera las medidas pertinentes para preservar el ejercicio eficaz de su jurisdicción en la causa; "Electores y Apoderados"⁶⁰, en el cual se admitió la medida cautelar pues el superior tribunal provincial no había adoptado las mencionadas medidas; "Electores y Apoderados"⁶¹, en el cual se hizo lugar a la queja de los partidos políticos apelantes, se descalificó, por arbitraria, la sentencia apelada, y, resolviéndose por el fondo bajo el art. 16 de la L. 48, se declaró la nulidad de todo lo actuado por los 13 electores pertenecientes al Partido Autonomista Liberal-Demócrata Progresista de la provincia de Corrientes en la sesión del 22 y 23 de noviembre de 1991⁶².

⁵⁵ "Apoderado del Partido Justicialista – Distrito Corrientes", **Fallos:** 314: 1171 (1991).

⁵⁶ "Recurso de hecho deducido por el Partido Justicialista – Orden Nacional en los autos: Apoderados de los Partidos Justicialistas – Distrito Corrientes, Unión Cívica Radical y Demócrata Cristiano – Distrito Corrientes s/ acción de interpretación", **Fallos:** 314: 1625 (1991).

⁵⁷ "Apoderados de los Partidos Justicialista, Unión Cívica Radical y Demócrata Cristiano – Distrito Corrientes", **Fallos:** 314: 1753 (1991).

⁵⁸ "Electores de Gobernador y Vicegobernador de la Provincia de Corrientes", **Fallos:** 314: 1755 (1991).

⁵⁹ "Electores y Apoderados de los Partidos Justicialista, Unión Cívica Radical y Partido Demócrata (Provincia de Corrientes)", **Fallos:** 314: 1757 (1991).

⁶⁰ "Electores y Apoderados de los Partidos Justicialista, Unión Cívica Radical y Partido Demócrata", **Fallos:** 314: 1759 (1991).

⁶¹ "Recurso de hecho deducido por el apoderado del Partido Justicialista – Orden Nacional- en la causa: Electores y Apoderados de los Partidos Justicialista, Unión Cívica Radical y Democracia Cristiana s/ nulidad de elección de Gobernador y Vicegobernador", **Fallos:** 314: 1915 (1991). Ver, en especial, consids. 4º y 5º del voto de la mayoría.

⁶² En este último fallo, si bien la mayoría detecta los extremos que habilitan la federalización del conflicto, se produce una ilustrativa disidencia del ministro Fayt, opinión en la cual se enumeran, con cuidadoso detalle, las alternativas político-procesales y la totalidad de los fallos producidos hasta entonces, enfatizándose el carácter local del conflicto.

Dada esta escena, el Poder Ejecutivo nacional, por dto. 241/92⁶³, de necesidad y urgencia, en los primeros días de febrero de 1992, decide intervenir la Provincia de Corrientes “en su Poder Ejecutivo”. Para así decretarse, se consideró –en lo principal– que debía convocarse a una nueva elección de electores de gobernador y vicegobernador, careciendo el gobernador interino en ejercicio de facultades para convocarla. Ese cometido, según consideraba el decreto, iba a requerir solamente la intervención federal del Poder Ejecutivo local. Consecuentemente, por Dto. 242/92⁶⁴, se designa al Dr. Durañona como interventor federal, desplazando al ejecutivo local.

Mas en agosto de 1992, por Dto. 1446/92⁶⁵, se acepta la renuncia del Dr. Durañona, y por dto. 1447/92⁶⁶, de necesidad y urgencia, se dispone la ampliación de la intervención, tal que quedara comprendida, en la misma, la “reorganización del Poder Judicial” de la citada provincia, declarándose “en comisión” a todos los jueces. El mismo dto. 1447/92 dispuso que “se diera cuenta, oportunamente, al Honorable Congreso de la Nación”. Por el mismo acto, se facultó al órgano intervención para remover y designar magistrados, funcionarios y empleados de ese Poder. Las razones para la intervención federal del Poder Judicial correntino abarcaron, en lo sustancial, “el incumplimiento y violación de las normas fundamentales que garantizan el funcionamiento de las instituciones de la provincia como así también la absoluta falta de seguridad jurídica proveniente de la inexistencia de un poder judicial independiente...”, con agravio al art. 5º, Const. Nac. También se hizo mérito de que había sido la Federación Argentina de Colegios de Abogados la que institucionalmente propiciara la intervención federal del un poder judicial local. Aparentemente, los mecanismos constitucionales provinciales se hallaban “desbordados e impotentes para resolver y canalizar este estado de crisis institucional”, según rezaba la motivación del Dto. 1447/92. Por Dto. 1449/92⁶⁷ se designa a la señorita Claudia Bello como nueva interventora federal de los Poderes Ejecutivo y Judicial de la provincia de Corrientes.

Asímismo, por Dto. 53/93⁶⁸, en enero de 1993, se amplían los efectos de los decretos ya mencionados, 241/92 y 1447/92, tal que quedaran comprendidos, en la intervención federal, además de los Poderes Ejecutivo y Judicial, el Poder Legislativo de la provincia de Corrientes, declarándose la “caducidad de los mandatos de sus integrantes”, quedando el interventor federal facultado para convocar a elecciones generales de autoridades provinciales. El último artículo del Dto. 53/93 ordenaba dar cuenta, del

⁶³ BO 6/2/92.

⁶⁴ BO 6/2/92.

⁶⁵ BO 14/8/92.

⁶⁶ BO 14/8/92.

⁶⁷ BO 14/8/92.

⁶⁸ BO 22/1/93.

mismo, al Congreso nacional. Asimismo, principios de 1993, por Dto. 112/93⁶⁹ se reemplaza a la interventora señorita Claudia Bello por el Dr. Ideler Tonelli. Finalmente, por Dto. 324/93⁷⁰, de fines de febrero de 1993, se des-interviene el Poder Legislativo local.

Ya dictado el primer decreto de intervención de febrero de 1992, en "Presidente del Superior Tribunal de Justicia"⁷¹, la Corte Suprema rechazó la medida cautelar solicitada en el marco de una acción de amparo cuyo objeto era impugnar la competencia del Poder Ejecutivo para disponer la intervención del Poder Judicial provincial. A su vez, en "Rossi Cibils"⁷², dicho Tribunal resolvió que el dictado del segundo decreto –esto es, el dto. 1447/92, de ampliación de la intervención, decreto que colocaba la decisión en la órbita del Congreso de la Nación- tornaba abstracta la medida cautelar solicitada y quitaba virtualidad a la pretensión sustancial en la acción de amparo pues en el citado decreto se había dispuesto "dar cuenta al Honorable Congreso de la Nación". Por ello, en "Romero Ferris"⁷³, la Corte Suprema resolvió que, en virtud de lo que había decidido en la citada "Rossi Cibils", quedaba extinguida la acción mediante la cual se solicitara que la Corte otorgara efectos suspensivos al recurso extraordinario interpuesto contra esa decisión. En "Apoderado del Partido Justicialista"⁷⁴ se declaró la nulidad de la resolución de la presidencia de la Corte local por la cual se declaraba inoficiosa la prosecución de actividad jurisdiccional en los actuados pertinentes. En "Apoderados Partido Justicialista"⁷⁵ se rechazó la recusación de los jueces de la Corte Suprema federal, y en "Romero Ferris y otro"⁷⁶ se resolvió que era inoficioso pronunciarse en la acción de amparo incoada ya que el decreto posterior, 324/93, había dejado parcialmente sin efecto el decreto impugnado (dto. 53/93 de ampliación de la intervención dispuesta por dtos. 241/93 y 1447/93). En "Apoderados y Electores Frente de la Esperanza"⁷⁷ la Corte Suprema consideró inoficioso pronunciarse pues se hallaba pendiente la elección de gobernador y vicegobernador; en "Juzgado de Instrucción"⁷⁸ se falló en el sentido de que las irregularidades en los comicios convocados por la intervención federal no suscitaban la competencia federal. Puede agregarse que en "Cámara de Senadores"⁷⁹ se decretó una medida de no innovar para que no se afectara la participación de la Pcia. de Corrientes en la coparticipación federal por las sumas tomadas en préstamo al Estado nacional por la exinterventora federal Claudia Bello.

⁶⁹ BO 4/2/93.

⁷⁰ BO 3/3/93.

⁷¹ "Presidente del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes", **Fallos**: 315: 1673 (1992).

⁷² "Miguel Angel Rossi Cibils y otros", **Fallos**: 315: 2074 (1992).

⁷³ "Romero Ferris, José A. c/ EN (PE) s/ amparo", **Fallos**: 315: 2092 (1992).

⁷⁴ "Apoderado del Partido Justicialista y de la Alianza Frente de la Esperanza", **Fallos**: 316: 270 (1993).

⁷⁵ "Apoderado Partido Justicialista y de la Alianza Frente de la Esperanza", **Fallos**: 316: 289 (1993).

⁷⁶ "Romero Ferris, José A. y García Enciso, José E. s/ su recurso de amparo", **Fallos**: 316: 293 (1993).

⁷⁷ "Apoderados y Electores de la Alianza Frente de la Esperanza", **Fallos**: 316: 972 (1993).

⁷⁸ "Juzgado de Instrucción Nro. 6 Capital Corrientes s/ remite actuaciones", **Fallos**: 316: 1603 (1993).

⁷⁹ "Cámara de Senadores de la Provincia de Corrientes c/ EN s/ inconstitucionalidad", **Fallos**: 316: 2860 (1993).

De la apretada reseña jurisprudencial reseñada se advierte cómo, si bien se estaba ante decisiones locales, amparadas por el art. 105, Const. Nac., la jurisdicción del Alto Tribunal se fue restringiendo o abriendo. Específicamente, y en lo que hace a la intervención federal, resolvió que, si bien la impugnación de los actos del interventor no corresponde a la jurisdicción federal pues resultarían ser actos de naturaleza local, ellos suscitaban ese fuero de excepción en ciertos supuestos. Y de cara a la doctrina de la intervención federal como cuestión política no justiciable, cabe poner de resalto que en "Presidente del Superior Tribunal"⁸⁰, al aplicarse dicha doctrina, se soslayó que se dispusiera la intervención del Poder Judicial local por decreto, al tiempo que se enfatizaba, en las disidencias de los Dres. Belluscio y Petracchi y del Dr. Fayt, una visión diametralmente opuesta en tanto entendían que era el Congreso el órgano competente en forma excluyente para disponer la intervención a los poderes legislativo y judicial de una provincia; y que en "Rossi Cibils"⁸¹ se reiteró esa división interpretativa en el Alto Tribunal al aplicar la mayoría la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables a la intervención federal dispuesta por decreto, en tanto la disidencia de los Dres. Belluscio y Petracchi y Fayt puntualizaba que la impugnación de la competencia del Ejecutivo nacional para disponer la intervención del Poder Judicial de una provincia no podía ser tenida por cuestión política no justiciable.

En lo personal, entiendo que, más allá de la postura que se adopte respecto de los decretos de intervención de los tres poderes de la provincia de Corrientes, lo cierto –a los fines de la valoración de las decisiones judiciales que se produjeran, en especial respecto de la competencia ejercida por el Poder Ejecutivo nacional- es que: (i) del dto. 241/92⁸², de intervención al Ejecutivo local, se dio cuenta al Honorable Congreso de la Nación; (ii) del dto. 1447/92⁸³, de ampliación de la intervención al Poder Judicial local declarándose en comisión a todos los jueces, también se dio cuenta al Honorable Congreso de la Nación; (iii) del dto. 53/93⁸⁴, de ampliación de la intervención al Poder Legislativo local, también se dio cuenta al Honorable Congreso de la Nación, y la intervención de dicho Legislativo duró hasta el dictado del Dto. 324/93⁸⁵. De tal modo, habría sido el Gobierno federal⁸⁶ –y no sólo el Poder Ejecutivo nacional- el que resolviera disponer la intervención; mas

⁸⁰ "Presidente del Superior Tribunal de Justicia de la Pcia. de Corrientes s/ deduce acción de amparo", **Fallos:** 315: 1673 (1992).

⁸¹ "Rossi Cibils, Miguel Angel y otros s/ acción de amparo", **Fallos:** 315: 2074 (1992).

⁸² BO 6/2/92.

⁸³ BO 14/8/92.

⁸⁴ BO 22/1/93.

⁸⁵ BO 3/3/93.

⁸⁶ Ver BARRA, Rodolfo C. **Tratado de Derecho administrativo**. Buenos Aires: Ábaco, 2004. p. 294, quien coloca a la decisión de intervención en cabeza del "gobierno federal". Cfr., entre otros, BALBÍN, Carlos F. **Curso de Derecho administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2007. p. 652, para quien, en el marco del gobierno federal, es el Congreso quien ordena la intervención de la provincia, y si mediare receso congresional, ulteriormente habrá una aprobación o revocación de la intervención decretada.

ello, mediante el juego de silencios congresionales (que conocemos bien a partir del fallo Peralta⁸⁷). Es que, como puntualiza Mairal, el poder de intervenir en el territorio de las provincias “ha sido *implícitamente* conferido al Congreso”⁸⁸.

5. LA EXPERIENCIA JURISPRUDENCIAL

Tal vez para comprender los confines, en la práctica, de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables en tanto aplicadas al estado de sitio y a la intervención federal, y para aprehender las consecuencias que de dichos institutos se infieren en el campo del control judicial, puede resultar conveniente repasar dos precedentes que ilustran sobre ello.

A tal fin, puede considerarse el fallo “Zavalía”⁸⁹, del año 2004. En este fallo se advierte, claramente, cómo se considera irrevisable judicialmente la decisión relativa a la propia intervención federal, al tiempo que se consideran plenamente revisables judicialmente los actos de aplicación que lleva adelante el órgano intervención. En el caso, se impugnaba una ley santiagueña por la cual el interventor federal de esa provincia declaraba la necesidad de la reforma parcial de la Constitución local, convocando a elecciones para elegir convencionales constituyentes. El actor solicitaba se suspendiera cautelarmente la mentada elección. La decisión del interventor pretendía ser un acto de aplicación de la decisión –L. 25881– de intervenir los poderes provinciales con caducidad de los mandatos del Poder Ejecutivo y de los miembros del Poder Legislativo, declarándose en comisión a los miembros del Poder Judicial. La Corte Suprema hizo lugar a la medida cautelar solicitada y ordenó la suspensión del llamado a elecciones para convencionales constituyentes dispuesto por la ley local hasta tanto se dictara sentencia definitiva en punto al alcance de las atribuciones del interventor federal al respecto. Para así resolver, en lo sustancial, consideró que “la intervención federal dispuesta, no ha hecho desaparecer a la provincia como persona jurídica distinta del Poder Ejecutivo Nacional”, y que “los actos del interventor federal son susceptibles de ser revisados judicialmente” (cons. 17). Puede advertirse, en este caso, que la base para la revisión –en el estrecho marco de la medida cautelar solicitada– gira alrededor del ámbito de competencias que otorga la respectiva ley.

Otro precedente de ribetes más interesantes aún es el fallo “Lindolfo Díaz”⁹⁰. En el caso, durante la intervención a Corrientes⁹¹, el actor –juez de instrucción de Santo

⁸⁷ “Peralta, Luis A., c/ EN”, **Fallos**: 313: 1513 (1990).

⁸⁸ MAIRAL, Héctor A., **Control judicial de la Administración pública**. Buenos Aires: Depalma, 1984. p. 527, con cita de “Gobernador Provisorio de la Provincia de San Luis c/ Interventor Nacional Dr. Daniel Donovan; s/ inconstitucionalidad de la ley”, **Fallos**: 54: 180 (1893), esp. ps. 198/199. Similar temperamente surge de “Orfila”, **Fallos**: 154: 192 (1929).

⁸⁹ “Zavalía, José Luis c/ Santiago del Estero, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo”, **Fallos**: 327: 3852 (2004).

⁹⁰ “Díaz, Lindolfo Saúl Osvaldo c/Poder Ejecutivo Nacional”, **Fallos**: 330: 345 (2007). Puede ampliarse en el excelente comentario de MASSIMINO, Leonardo. El encuadre y los alcances de la responsabilidad del Estado por obra del interventor federal en una provincia en un fallo de la Corte Suprema. **Revista de Derecho Administrativo**, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 1087-1092.

⁹¹ Ver sección 4(iii) de este trabajo.

Tomé- fue destituido por decreto de la interventora Claudia Elena Bello (dto. 84/92). El decreto de destitución hallaba fundamento en los decretos 1447/92 y 1449/92, del Poder Ejecutivo Nacional. Como se explicara antes⁹², el primero extendió al Poder Judicial correntino la intervención federal dispuesta por el decreto 241/92, a efectos de reorganizarlo, declaró en comisión a todos sus integrantes y facultó al interventor federal para remover y designar a los magistrados, funcionarios y empleados de aquel Poder del Estado local. El segundo designó a Claudia Elena Bello como interventora federal. La acción del exjuez Díaz tuvo por objeto que se le indemnizaran los daños y perjuicios derivados de la destitución. Por cierto, había sido una destitución distinta de las que habilitaran los decretos de intervención pues la misma había sido precedida por declaraciones radiales, de la interventora, según las cuales destituiría a los “jueces corruptos”.

La Procuración General de la Nación advirtió que el actor no había impugnado acto alguno⁹³, razón por la cual debía hacerse lugar a la apelación del Estado Nacional y revocar la sentencia anterior por resultar aplicable la regla jurisprudencial plenaria⁹⁴ conforme la cual *es inadmisile la acción de indemnización por daños basados en el accionar ilícito de la Administración si no se cuestiona, dentro del plazo establecido en la LPA, la legitimidad del acto que desestima la pretensión o cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado*⁹⁵. Como se advertirá, la Procuración entendió que el actor debería haber impugnado, por ilegítimo, el acto de destitución para poder, declarada la ilegitimidad del acto, perseguir los daños. En otras palabras, la Procuración general consideró que se estaba ante un acto administrativo.

Por el contrario, la Corte Suprema –mayoría integrada por los Dres. Lorenzetti, Petracchi, Highton y Argibay- desestimó, por razones formales, el recurso de hecho del Estado Nacional demandado, con lo que quedó convalidado el pago, al actor, de una indemnización por daño moral consistente en salarios caídos desde agosto de 1992 hasta la fecha en que queda firme la sentencia de la Corte Suprema –marzo de 2007-, con más otro tanto en concepto de daño moral⁹⁶, a enjugar por el Estado nacional. Para así resolver consideró que la sentencia anterior –que había acogido el reclamo del actor- contaba con suficientes fundamentos de hecho y de derecho para sustentarla. De la lectura integral

⁹² Ver sección 4(iii) de este trabajo.

⁹³ Cap. V del dictamen del Dr. Bausset.

⁹⁴ Por todos, JEANNERET, María de Pérez Cortés. Reflexiones sobre la admisibilidad de la acción por cobro de pesos o indemnización de daños sin impugnar, dentro del plazo del art. 25 de la L. 19549, la legitimidad del acto administrativo que ha desestimado la misma pretensión o cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado. **Revista de Derecho Administrativo**, Depalma, Buenos Aires, 1990, n. 3, p. 109-120.

⁹⁵ Idem nota precedente, con cita del fallo “Pedro Alcántara Díaz Colodrero c/ Banco de la Nación Argentina”, **Fallos**: 319: 1476 (1996), esp. cons. 5°, como de del dictamen de la Procuración General en “Bottaro, Oscar E. c/ EN”, **Fallos**: 327: 2818 (2004). Comentando estos fallos: Caputi, María Claudia – Sacristán, Estela B., “La caducidad del artículo 25 de la ley 19.549, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y la seguridad jurídica”, en LL 1997-A, ps. 70/80; Sacristán, Estela B., “Acerca de los actos consentidos”, en LL 2005-C, ps. 12/15.

⁹⁶ El detalle surge del cons. 6° de la disidencia, con remisión a fs. 286 vta. y 323vta. del expediente.

de todo el fallo puede inferirse que se estuvo ante un supuesto de responsabilidad del Estado por su actividad ilícita⁹⁷ (destitución precedida de difamación radial imputables, ambas a la interventora en funciones; falta de servicio pues el decreto de intervención no habilitaba a la interventora para difamar a los jueces locales al removerlos; daño cierto en la fama del actor; conexión causal), procediendo el pago del daño emergente y del lucro cesante⁹⁸, lo cual se resolvió según se infiere de la lectura de la disidencia.

La disidencia de los Dres. Fayt, Maqueda y Zaffaroni, propició desestimar el agravio del Estado Nacional relativo a la aplicación, al caso, de la LPA (cons. 4°) y se apartó de la solución de la mayoría en punto a la extensión del resarcimiento (cons. 6°) por entender que, con la indemnización, el actor no debía lucrar⁹⁹.

Cabe poner de resalto los elementos, emergentes de este fallo, que interesan de cara a la revisión judicial de los actos de aplicación de la intervención:

1. La mera remoción del actor, como acto de aplicación de los decretos de intervención a Corrientes (241/92 y 1447/92), no constituía una actividad ilícita del órgano intervención. Sin embargo, el actor no demandó por responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima pues entendió que no había sido removido sin más sino que había sido removido con previa difamación radial que había afectado su fama, su honor.
2. Desde esa perspectiva, entiendo que el acto de remoción era ejercicio de las competencias legítimas emergentes de los decretos de intervención 241/92 y 1447/92, pero, al mismo tiempo, el acto de remoción devenía ilegítimo pues se hallaba motivado no exclusivamente en esos decretos sino, también, en las declaraciones radiales anticorrupción de la interventora.
3. En otras palabras, de no haber existido las declaraciones públicas referidas, el acto en sí no hubiera tenido motivación jurídicamente relevante (una remoción inmotivada estaba habilitada por los decretos de intervención federal, pero sólo hubieran generado responsabilidad del Estado por su actividad legítima, lo cual no es el caso).
4. La acusación radial de corrupción o difamación, sumada a la remoción, aparecen como actos coligados en fundada opinión de Massimino¹⁰⁰, con sustento en la doctrina de Barra¹⁰¹. Se puede adherir a su postura si se considera que, tal como fue planteado el caso por el actor, tanto la ofensa al honor como el acto

⁹⁷ Coincido, en este punto, con MASSIMINO, Leonardo. **El encuadre...**, p. 1087.

⁹⁸ Ampliar, con provecho, en CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo**. 8 ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2006. p. 490.

⁹⁹ Con cita de "Quelas, José c/ Banco de la Nación Argentina", **Fallos**: 323: 1779 (2000).

¹⁰⁰ MASSIMINO, Leonardo. **El encuadre...**, p. 1090-1091.

¹⁰¹ BARRA, Rodolfo C. **Los actos administrativos contractuales**: Teoría del acto coligado. Buenos Aires: Ábaco – CUDES, 1989.

de destitución eran mutuamente interdependientes, v.gr., no tenían, a la luz del planteo del caso, vida jurídica propia.

5. Ahora, en mi opinión, se advierte que el acto de remoción tuvo una motivación o fundamentación in aliunde transmitida por radio previamente: “se destituirá a los jueces corruptos”.
6. Entiendo que el decreto de remoción no fue impugnado por el actor aún cuando era un acto inválido por hallarse viciada su motivación en tanto se fundaba en hechos falsos, difamantes, que endilgaban corrupción. Y la determinación de la ilegitimidad de la destitución era un paso previo e ineludible para demandar los daños.

Como se ve, en el caso, el encuadre de los hechos y actos fue diverso, y diversa fue la fuente de responsabilidad pues, para la mayoría, la misma surgió del daño al honor del actor por mediar difamación, careciendo de relevancia jurídica la posterior remoción de cara al régimen de admisibilidad de la acción de daños; en cambio para la disidencia, hubo un acto administrativo carente de nitidez que mal podía acarrear la aplicación de la doctrina “Petracca”. En todo caso, la “remoción de un juez en el marco de acusaciones de corrupción”¹⁰², en palabras del Superior Tribunal provincial que interviniera en la causa, derribó las estricteces propias del régimen de admisibilidad de la acción por cobro de pesos cuando se demanda al Estado por su actuación ilegítima.

6. REFLEXIONES FINALES

Según la doctrina¹⁰³, existen pluralidad de institutos de defensa del orden constitucional en situaciones de emergencia, incluyendo (i) el estado de asamblea; (ii) la ley marcial; (iii) las facultades extraordinarias; (iv) el estado de sitio; (v) el estado de prevención y de alarma; (vi) el estado de guerra interno; (vii) la revolución. Ciertamente, esta enumeración es ejemplificativa y de la lectura de otros autores -Gelli¹⁰⁴, Dalla Vía¹⁰⁵, Barra¹⁰⁶- surgen otras otras (sección 2).

La declaración de estado de sitio es considerada, por la jurisprudencia, una típica cuestión no justiciable. Mas la revisión judicial de los actos de aplicación se plasma en una jurisprudencial rica en tendencias y matices, ora más activistas, ora más abstencionistas, independientemente, incluso, de la amplitud de la competencia que brinda la ley positiva a efectos de la revisión judicial (sección 3). Por otro lado, las relaciones entre

¹⁰² La expresión corresponde a la sentencia de la Cámara Federal de Corrientes en “Díaz, Lindolfo S. O. c/ Poder Ejecutivo Nacional”, **LL Litoral** 2002, p. 331, en pasaje transcripto en el voto del Presidente del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes en “Pérez Chavez, José O. c/ Estado de la Provincia de Corrientes”, exp. 19610/01, del 24/11/05, publicación *online*.

¹⁰³ LINARES QUINTANA, Segundo V. **Tratado de la ciencia...**, 1953-1960, p. 410.

¹⁰⁴ GELLI, María Angélica. op. loc. cit.

¹⁰⁵ DALLA VÍA, Alberto R. Derecho. op. loc. cit.

¹⁰⁶ BARRA, Rodolfo C. **Tratado...**, 2002, p. 408.

la decisión de intervenir federalmente una provincia, y los actos de aplicación de la misma –v.gr., los actos de aplicación emanados del órgano intervención- ofrecen también una nutrida jurisprudencia en la cual se transita, de la pura irrevisibilidad, a una suerte de limitada revisibilidad (sección 4).

Una muestra jurisprudencial puede ilustrar acerca de aspectos concretos de los actos de aplicación, y, en especial, en punto a la aplicabilidad, a los mismos, del régimen de la LPA, en supuestos en que media intervención federal. Los casos repasados muestran plena susceptibilidad de revisión judicial, así como excepcionamiento, según el encuadre de los hechos, a la doctrina que en el fuero contenciosoadministrativo federal se conoce como “Petracca” por originarse en el plenario que lleva dicho nombre, cuando median circunstancias consistentes en “remoción de un juez en el marco de acusaciones de corrupción” (sección 5).

Para finalizar, puede tenerse presente que las medidas de emergencia datan de tiempos inmemoriales, y no constituyen, en modo alguno, un conjunto cerrado. Considérese el *iustitium* del Derecho romano, que significaba la suspensión del Derecho, el Derecho “quieto”, o el *senadoconsulto máximo*, enderezado a la salvación de la República romana, o incluso el *tumultus*, recaudo necesario para la declaración de *iustitium*¹⁰⁷.

Pero más allá de la cantidad de medidas de emergencia o incluso de las adoptadas ante emergencias políticas, puede afirmarse que, hoy, la emergencia no suspende el Derecho, y debería estar enderezada a fortalecerlo. Una vía para ese fortalecimiento es la intervención judicial revisora de los actos de aplicación desde plataformas de *tests* de razonabilidad coherentes, diáfanos, previsible¹⁰⁸. Otro canal para ese fortalecimiento es la intervención judicial que analiza –dentro de los requerimientos sustanciales y procesales- las consecuencias dañosas de los actos de aplicación respectivos entre los particulares. Ello, en el campo de las emergencias políticas repasadas aquí, v.gr., estado de sitio e intervención federal.

7. REFERENCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **State of Exception**. Chicago: The University of Chicago Press, 2005.

BALBÍN, Carlos F. **Curso de Derecho administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2007.

BARRA, Rodolfo C. **Tratado de Derecho administrativo**. 2 ed. Buenos Aires: Ábaco, 2004.

BARRA, Rodolfo C. **Tratado de Derecho administrativo**. Buenos Aires: Ábaco, 2002.

¹⁰⁷ Ampliar, con provecho, en AGAMBEN, Giorgio. **State of Exception**. Chicago: The University of Chicago Press, 2005. p. 41.

¹⁰⁸ Por todos, el test de razonabilidad tripartito propuesto por CIANCIARDO, Juan, **El principio de razonabilidad**: Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. 2 ed. atual. ampl. Buenos Aires: Ábaco, 2008. p. 64.

BARRA, Rodolfo C., **Los actos administrativos contractuales**: Teoría del acto coligado. Buenos Aires: Ábaco – CUDES, 1989.

BIANCHI, Alberto B. **Control de constitucionalidad**. 2 ed. Buenos Aires: Ábaco, 2002.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo**. 8 ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2006.

CIANCIARDO, Juan, **El principio de razonabilidad**: Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. 2 ed. atual. ampl. Buenos Aires: Ábaco, 2008.

DALLA VÍA, Alberto R. **Derecho constitucional**. Colección de análisis jurisprudencial. Buenos Aires: La Ley, 2002.

GELLI, María Angélica. **Constitución de la Nación argentina**. Comentada y concordada. 4 ed. Buenos Aires: La Ley, 2008.

JEANNERET, María de Pérez Cortés. Reflexiones sobre la admisibilidad de la acción por cobro de pesos o indemnización de daños sin impugnar, dentro del plazo del art. 25 de la L. 19549, la legitimidad del acto administrativo que ha desestimado la misma pretensión o cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado. **Revista de Derecho Administrativo**, Depalma, Buenos Aires, 1990, n. 3.

LINARES QUINTANA, Segundo V. **Tratado de la ciencia del Derecho constitucional argentino y comparado**. 7 Tomos. Buenos Aires: Alfa, 1953-1960.

LINARES QUINTANA, Segundo V. **Tratado de la ciencia del Derecho constitucional**. 2da. ed. Buenos Aires: Plus Ultra, 1987.

MAIRAL, Héctor A., **Control judicial de la Administración pública**. Buenos Aires: Depalma, 1984.

MASSIMINO, Leonardo. El encuadre y los alcances de la responsabilidad del Estado por obra del interventor federal en una provincia en un fallo de la Corte Suprema. **Revista de Derecho Administrativo**, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

MILLER, Jonathan. Courts and the Creation of a 'Spirit of Moderation': Judicial Protection of Revolutionaries in Argentina, 1863-1929. **Hastings International and Comparative Law Review**, San Francisco, 20 vol, 1997.



Caraterización constitucional de la ética pública (especial referencia al marco constitucional español)*

Constitutional characterization of public ethics (special reference to the Spanish constitutional framework)

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ**

Universidade da Coruña (España)
rajaim@gmail.com

Recibido/Received: 03.01.2014 / January 3rd, 2014

Aprovado/Approved: 28.01.2014 / January 28th, 2014

Resumo

El artículo tiene el objetivo de examinar las características que la Constitución Española de 1978 confiere al tema de la ética pública, analizando los dispositivos constitucionales relacionados a la regulación ético-jurídica de la Administración Pública en España.

Palavras-chave: ética pública; caracterización constitucional; Administración Pública; Constitución Española.

Abstract

The article aims to examine the characteristics that the Spanish Constitution of 1978 gives to the subject of public ethics, analyzing the constitutional provisions related to the ethical-legal regulation of the Public Administration in Spain.

Keywords: public ethics; constitutional characterization; Public Administration; Spanish Constitution.

Como citar este artigo | How to cite this article: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Caraterización constitucional de la ética pública (Especial referencia al marco constitucional español). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 67-80, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40248>

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación fundamental no orientada "El Derecho Administrativo bajo el prisma del principio de buena Administración", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Plan Nacional I+D+i 2008-2011 (ref.: DER2010-18993).

** Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidade da Coruña (La Coruña, España). Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Doctor honoris causa por la Universidad Hispanoamericana de Nicaragua. Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Asociación Española de Ciencias Administrativas. Vicepresidente de la Asociación Internacional de Metodología Jurídica y del Instituto Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo Jesús González Pérez. Miembro de la Real Academia Española de Jurisprudencia, de la Academia Iberoamericana de Derecho Electoral, de la Academia Nicaragüense de Jurisprudencia. Presidente honorario de la Asociación Centroamericana de Derecho Administrativo. Miembro fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Electoral. Miembro fundador y miembro del Consejo Directivo de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

La Constitución española de 1978, parafraseando a Zipellius, constituye el ambiente propio en el que deben explicarse, y entenderse, las principales categorías, instituciones y conceptos que componen el entero sistema del Derecho Público y la Ciencia Política. Otto Mayer hace muchos sentenció, con su proverbial solemnidad: el Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece. Y el célebre magistrado alemán Werner, refiriéndose a esta cuestión dejó escrito que el Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretizado.

Evidentemente, no es este el momento ni el foro adecuado para trazar las relaciones existentes entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo. Sin embargo, es menester, en mi opinión, recordar que nuestra Norma Fundamental, como fuente de las fuentes del Derecho reconoce todo un conjunto de parámetros, vectores, criterios o principios de Derecho que son expresiones todas de los valores superiores del Ordenamiento jurídico establecidos en el artículo 9.3 de la propia Constitución.

En este contexto, la caracterización constitucional de la Ética pública requiere, con carácter previo, que analicemos con algún detalle el precepto que nuestra Carta magna dedica a la Administración, que es, como todos saben, el artículo 103: "La Administración pública sirve con objetividad el interés general". La redacción de este precepto demuestra el profundo significado ético de la función y la esencia de la Administración pública que no es otro que el servicio objetivo al interés general, al bienestar integral y permanente de los ciudadanos.

El entendimiento de la Ética como ciencia social supone el estudio de la conducta humana de acuerdo con los postulados de la recta razón, lo que aplicado al ámbito de la función pública en sentido amplio implica un esfuerzo de comprensión de lo que puede significar, desde este punto de vista, el interés general en un Estado social y democrático de Derecho como el español.

Es bien sabido que uno de los conceptos que más aparecen en la Constitución es precisamente el interés general. Es lógico que sea así puesto que, en esencia, en un modelo de Estado social y democrático de Derecho el Derecho Administrativo, como ha señalado atinadamente mi colega el profesor González Navarro, es el Derecho del poder para la libertad. Esta feliz construcción doctrinal ayuda sobremanera a hacerse una idea del sentido que tiene la función constitucional de la Administración pública tal y como, por ejemplo, aparece caracterizada en los artículos 9.2, 10.1 y 103 de la Constitución, sin contar todas las referencias que el capítulo III de la Carta Magna atribuye a los poderes públicos como promotores de objetivos constitucionales de naturaleza social.

Ciertamente, el artículo 9.2 es uno de los preceptos más comentados y glosados del texto constitucional en orden a determinar el sentido y funcionalidad de los Poderes públicos. Algún sector de la doctrina ha llegado a sostener que en dicho artículo se construye una auténtica función promocional de los poderes públicos dirigida a

promover y facilitar la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran. De esta manera, además de imponer a dichos poderes públicos la obligación de remover los obstáculos que impidan la efectividad de estos objetivos constitucionales, la Constitución afirma que, en efecto, la función esencial de los poderes públicos es una tarea abierta y comprometida con la libertad y la igualdad, lo que implica que toda la producción administrativa debe estar animada de esta relevante tarea. Evidentemente, desde la consideración de la Ética pública como ciencia que estudia el comportamiento de las personas al servicio de los poderes públicos de acuerdo con el interés general, el artículo 9.2 cobra una especial relevancia.

Junto a este capital precepto constitucional nos encontramos, desde la perspectiva objetiva, con el artículo 10.1 CE que, como es sabido, dispone que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Aquí se encuentra, en mi opinión, la determinación constitucional del alcance del interés general en el estado social y democrático de Derecho. Como ha señalado García de Enterría en un trabajo de 1981 titulado la significación de las libertades públicas, hoy el interés público reside en una labor de promoción de derechos de los ciudadanos superando una versión cerrada y casi patrimonial del interés público. Es más, si estamos de acuerdo en que la finalidad del estado hoy es la garantía de los derechos de los ciudadanos desde la orientación que he denominado de la libertad solidaria, entonces podremos llamar la atención sobre la función que en esta materia corresponde a la Administración pública en general y a sus agentes en particular. Que esto puede ser así se deduce sin dificultad de la cantidad y calidad de pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional en los que, en sede de derechos fundamentales, queda bien claro que los éstos constituyen uno de los objetivos del Estado social y democrático de Derecho y que, por tanto, la Administración cumple su dinamismo constitucional en la medida en que su actuación sigue estos postulados.

Por lo que se refiere al artículo 103.1 de la Constitución española, debemos señalar, en este momento, que en este precepto se encuentra a mi juicio el ethos constitucional que la Norma Suprema atribuye a la Administración y a los Poderes públicos en general. No es casual que el constituyente hubiera querido seleccionar entre las diferentes opciones posibles el término servicio para caracterizar la esencia de su función. En efecto, según dispone el artículo 103.1 la Administración sirve con objetividad el interés general. Es decir, la Administración pública está al servicio de los intereses generales que desde esta perspectiva se nos presentan como un concepto jurídico indeterminado que, como señalé antes, en un Estado social y democrático de Derecho aparecen vinculados a la realización efectiva de la libertad solidaria. Si la Administración pública sirve los intereses generales como persona jurídica, los agentes o empleados singularmente considerados deben distinguirse también por el servicio en

su trabajo profesional ordinario de gestión pública, cualquiera que sea su posición en la maquinaria administrativa. Lógicamente, es diferente, en este sentido, la posición que pueda tener quien opera potestades públicas discrecionales que quien realiza tareas administrativas materiales más o menos mecánicas. Aquí se encuentra, pues, una fuerte componente ética de la caracterización constitucional de la Administración pública que va a permitir a los ciudadanos juzgar acerca de la temperatura ética del aparato administrativo en general y en particular.

El servicio ha de ser objetivo pues tras la victoria del principio de legalidad y el ocaso de una manera de entender antigua en virtud de la cuál el capricho y el puro deseo de dominación eran la fuente del Derecho, hoy emergen una nueva forma de concebir el ejercicio del poder de cuño objetivo que, por obvias razones, quizás porque la condición humana sigue siendo la misma que hace dos milenios, requiere de temple, de moderación, de equilibrio y de sensibilidad social pues, de lo contrario, el poder aparece en clave de fuerza racionalizada en lugar de ser un instrumento para promover la justicia y el interés general.

Estos son algunas de las reflexiones iniciales que me parece que pueden ayudar a entender el sentido de la Ética pública en un tiempo en que ciertamente el poder, el dinero y la notoriedad, como ya advirtieron los clásicos, conducen, cuándo se pierde la perspectiva instrumental a toda suerte de desaguisados y estropicios que tienen en la base la desnaturalización del poder, que en lugar de ser, como decía Santi Romano, una función de servicio a la colectividad, tantas veces se convierte en instrumento de dominación, de laminación o de exclusión, cuándo no de fuente de enriquecimiento.

Podemos definir la Ética, en términos generales, como ese conjunto de principios y normas morales que regulan las actividades humanas de acuerdo con la recta razón, de tal manera que es la primera entre todas las ciencias prácticas. Más que como una reglamentación, debe entenderse como la fuente de las cualidades, la disposición al hábito moral y la adecuación personal al ideal humano. En el caso de la Ética pública, la referencia ha de hacerse al interés general tal y como se ha comentado anteriormente.

Probablemente nunca a lo largo de toda la historia tantos han hablado tanto de ética. ¿Por qué de repente un interés tan generalizado por las normas que deben regir íntimamente, si podemos hablar así, nuestro comportamiento?. No pretendo dar una respuesta exhaustiva a esta cuestión, simplemente apuntar lo que a cualquiera de nosotros posiblemente le ha pasado por la cabeza con su sola mención.

En el interés actual por la Ética hay razones circunstanciales, como pueden ser los escándalos que nos sirve con mayor o menor intensidad y frecuencia la prensa diaria en todo el mundo. Hay razones políticas en este interés desusado, porque la ética se ha convertido en un valor de primer orden, o cuando menos (hay que admitirlo nos guste o no) como un cierto valor para el mercadeo político. Además, hay también

situaciones de desconcierto, ante las nuevas posibilidades que ofrece la técnica, que exigen una respuesta clarificadora. Pero hay una razón de fondo que pienso que justifica plenamente el interés por las cuestiones éticas, e intentaré ahora referirme a ella con un poco de detenimiento.

En efecto, son incontestables los síntomas de que se están produciendo profundos y vertiginosos cambios en los modos de vida del planeta, hecho que se pone particularmente en evidencia en las sociedades avanzadas de occidente, o en aquellas otras de dispares ámbitos geográficos que con mayor o menor éxito se han adaptado a las denominadas exigencias occidentales de vida. Estos cambios en los modos de convivencia son tan extensos, y se manifiestan con tal intensidad en las diversas áreas del entero existir, desde la producción a la comunicación, por ejemplo, que muy bien podemos estar asistiendo, como muchos pensadores han apuntado, a un cambio de civilización.

Todo el elenco, inacabable, de cambios en la estructura técnica de nuestra sociedad se traduce en transformaciones profundas, entre otras cosas, de nuestros modos de vida. Y con ellos se produce un derrumbamiento de los valores tradicionales, o más exactamente cabría decir, de los valores de la sociedad tradicional, entendiendo aquí tradicional en el sentido de una sociedad cerrada y rígidamente estructurada.

Se ha hablado mucho de la contraposición entre sociedades tradicionales y sociedades abiertas, y sin pretender entrar ahora en el pormenor de la cuestión, digamos que efectivamente es posible discernir en la sociedad que estamos configurando una serie de rasgos que la caracterizan en oposición con el modelo social que se va quedando atrás. La democracia, con todo lo que tiene de perfectible en los modos en que la articulamos, parece afortunadamente afianzarse universalmente como forma de organización de la vida política; al menos esa tendencia es clara. La participación en la vida pública por parte de todos los miembros de la sociedad se enriquece progresivamente, sobre todo en las sociedades avanzadas, posibilitándose la integración de los individuos en la vida social a través de un tejido asociativo cada vez más rico. El pluralismo alcanza todos los órdenes de la vida, extendiéndose a la cultura, caracterizándose así nuestras sociedades como sociedades multiculturales. La remodelación y desformalización de los roles sociales más característicos de la sociedad tradicional contribuye, en algún sentido, a crear estructuras más equitativas y más respetuosas con la condición personal de todos los miembros de la sociedad. La ampliación del tiempo de vida, debido a las mejores condiciones de nuestra existencia y a los adelantos médicos y sociales, está provocando un incremento temporal de dos segmentos de la vida humana (la vejez y la juventud), con un inaceptable desplazamiento y marginación de sus integrantes.

Los valores de la sociedad tradicional (los de “nuestra” sociedad tradicional, habría que decir), repito, han quebrado, pero no lo han hecho los valores humanos, los

valores que cimentan toda civilización y cultura posibles, y que de alguna manera son valores permanentes, de siempre. Por eso, la construcción de una civilización o de una nueva cultura no podrá hacerse sin volver sobre ellos. Sin embargo, no se trata de hacer una repetición mimética, sin más, no se trata de fotocopiar o de clonar. De lo que se trata es, en relación con los valores humanos, de pensarlos, de remozarlos, de renovarlos, de dotarlos de una nueva virtualidad que sólo la inventiva, la imaginación y la creatividad de esta criatura singular que es el hombre puede proporcionarles.

Ahora bien, si no podemos siquiera esbozar las nuevas relaciones, las nuevas estructuras que el hombre debe crear, sí podemos tal vez apuntar los valores desde los que ese cambio debe ser abordado, o algunos aspectos del sentido que debemos proponer a ese cambio.

En primer lugar la dignidad del hombre, de la persona, de cada vecino. Me gusta esta expresión “cada vecino”, para subrayar la condición de realidad concreta del sujeto a que me estoy refiriendo. El hombre y los derechos del hombre, que se hacen reales en cada hombre, son para mí la clave del marco que queremos construir, y no nos exime esta aseveración de la necesidad de indagar y buscar una comprensión cada vez más cabal y completa de su significado. No me importaría ser tildado de reiterativo por esto, pero para mí la dignidad personal del hombre, el respeto que se le debe y las exigencias de desarrollo que conlleva constituyen la piedra angular de toda construcción civil y política y el referente seguro e ineludible de todo empeño de progreso humano y social.

Otro punto de apoyo esencial para abordar esta tarea civilizadora, que es una tarea ética, lo veo en la apertura a la realidad. La realidad es terca, la realidad es como es, y un auténtico explorador no debe dibujar edenes imaginarios en su cuaderno de campo, sino cartografiar del modo más fiel la orografía de los nuevos territorios. La apertura a la realidad significa también apertura a la experiencia. Apertura a la experiencia quiere decir aprender de la propia experiencia, y de la ajena. Quizás haya sido esta una de las lecciones más importantes que nos ha brindado la experiencia de la modernidad: descubrir la locura de creer en los sueños de la razón, que cuando se erige en soberana absoluta engendra monstruos devastadores. No hay ya sitio para los dogmas de la racionalidad absoluta. La aceptación de la complejidad de lo real, y muy particularmente del hombre, y la aceptación de nuestra limitación, nos conducirá a afirmar la caducidad y relatividad de todo lo humano, salvo, precisamente, el ser mismo personal del hombre, y a sustentar por lo tanto, junto a nuestra limitación, la necesidad permanente del esfuerzo y del progreso.

Pero lo que estoy haciendo, no se me malinterprete, es criticar una racionalidad que podríamos denominar absoluta, no la capacidad real de la razón para conocer, aunque sea de un modo todo lo limitado y parcial que se quiera. Es decir, pienso que

es necesaria una reivindicación terminante de nuestra capacidad racional para conocer y, si vamos acompañados del acierto, para conocer progresivamente mejor la realidad.

Pues bien, para que nuestro conocimiento de las cosas progrese, para que superemos los límites que la modernidad ultraracionalista nos impuso, al tiempo que creía que nos hacía dueños totales de nuestro futuro, considero que debemos desarrollar lo que se ha llamado pensamiento compatible. Debemos desarrollar formas de pensamiento que nos permitan orillar las dificultades originadas por un pensamiento sometido a las disyuntivas permanentes a que nos condujo el racionalismo. El pensamiento compatible nos permite superar esas diferencias y apreciar que en la realidad se puede dar unido, y de hecho se da, lo que una mentalidad racional “matemática” nos exigía ver como opuestos. Estimo que es un imperativo ético hacer ese esfuerzo de comprensión. Posiblemente nos permitirá descubrir que realmente lo público no es opuesto y contradictorio con lo privado, sino compatible y mutuamente complementario, o que incluso vienen recíprocamente exigidos; que el desarrollo individual, personal, no es posible si no va acompañado por una acción eficaz a favor de los demás; que la actividad económica no será auténticamente rentable (en todo caso lo será sólo aparentemente) si al tiempo, y simultáneamente, no representa una acción efectiva de mejora social; que el corto plazo carece de significado auténtico si no se interpreta en el largo plazo; etc., etc. Que la norma no se opone a la libertad, sino que si es auténtica, justa, la potencia; que debe distinguirse la valoración moral de los comportamientos (que es una exigencia ética) del juicio moral de las personas, que es un abuso de nuestra condición racional... Discúlpeme, pero no me he resistido a hacer, aunque sea de pasada, una referencia a cuestiones tan fundamentales y tantas veces mal tratadas.

Debo mencionar, al menos, otro rasgo que debemos potenciar en nuestro acercamiento a las cosas: el pensamiento dinámico, que nos lleva a comprender que la realidad (y más que ninguna la social, la humana) es dinámica, cambiante, abierta, y no sólo evolutiva, preñada de libertad. Por eso debemos superar la tendencia a definir estáticamente, o con un equilibrio puramente mecánico, lo real, que no resistiría tal encorsetamiento sin sufrir una grave tergiversación. A esto venimos refiriéndonos, precisamente. Sobre la afirmación de su ser radical, el hombre ha de desarrollar las virtualidades que allí se encierran, tanto en lo que se refiere a su autodesarrollo personal como en lo relativo a la realización de su ser social. Pensar el hombre, la sociedad o la historia, a plazo fijo, con un punto final, como un proceso cuyo cierre vislumbramos, viene a ser negar el mismo ser del hombre. Quizás pueda afirmarse que ese ha sido el más grave error de la modernidad, o el de más graves y trágicas consecuencias.

Estas dos características del pensamiento y del conocimiento que, según me parece, debemos desarrollar y potenciar (el pensamiento compatible y dinámico), y las anteriores referencias a la dignidad del hombre y la apertura a lo real, fundamentan otro de los valores sobre los que debemos asentar nuestra acción: el diálogo. No me

extenderé más en esta cuestión, únicamente apuntaré que el diálogo sólo es auténtico si se construye sobre una actitud profundamente ética. El diálogo es una acción propia no del hombre astuto, del negociador, del habilidoso, del que regatea en corto. El diálogo es propio del hombre bueno. Bueno no en el sentido de “bondadoso” (ya me entienden), en el de “torpe de buenas intenciones”, ni siquiera me inclino a aceptar lo de “bueno, en el buen sentido de la palabra”, como se definía el maestro Machado. El diálogo es propio del hombre bueno en el sentido fuerte de la palabra “bueno”, en el sentido ético.

Es precisamente en el seno de estas organizaciones humanas donde se hace necesaria la recuperación de los valores éticos como referentes de su actuación. Las estructuras económicas y políticas son instrumentos al servicio del hombre, como también la Administración Pública debe promover los derechos fundamentales y hacer posible un ambiente de calidad y eficacia en el marco de la legalidad y del servicio público. Cuando se pierde de vista el carácter instrumental de las instituciones y los únicos aspectos que sobresalen son los mercantiles, entonces la lucha por los derechos fundamentales del hombre no puede menos que experimentar un claro retroceso.

Este renacimiento del interés por la ética se produjo concretamente en el mundo de los negocios y de la empresa privada hace dos décadas, teniendo como resultado el desarrollo, es cierto que todavía no muy logrado, de nuevas sensibilidades sociales de las empresas que trasciende de lo puramente económico. La aplicación de esta reflexión ética a la Administración Pública es mucho más tardía, habiéndose fijado su nacimiento en 1978, fecha de publicación del primer libro sobre el tema (“Ethics for bureaucrats” de John Rohr). Es a esta última dimensión de la Ética, la Ética de la Administración Pública o Ética pública, a la que voy a referirme a partir de este momento, tratando de proyectar sobre la organización administrativa los mismos valores éticos que (de acuerdo con el razonamiento que he venido desarrollando desarrollado) deben regenerarse para alcanzar el pregonado “cambio de civilización”.

El paso de los años ha ido cambiando numerosos aspectos que rodean el régimen y funcionamiento de la Administración pública. Siguiendo al profesor Peters, podemos resumir en tres las modificaciones más importantes acontecidas en el ámbito de la propia Administración pública. Los cambios políticos, entre los que destaca la implantación generalizada de sistemas democráticos, los cambios económicos, principalmente la austeridad en el gasto público impuesta por la crisis fiscal del Estado Social, y los cambios en la forma de gestión del sector público, mediante la importación de técnicas desde el management privado y la devolución de actividades hasta ahora públicas a la sociedad civil. A éstos deben añadirse los cambios tecnológicos que han revolucionado los instrumentos de gestión. Todos estos cambios han influido sobre el funcionamiento de la Administración y sobre el comportamiento de los propios funcionarios.

La Administración Pública del Estado Social y Democrático de Derecho es una organización que debe distinguirse por los principios de legalidad, de eficacia y de servicio. Legalidad porque el procedimiento administrativo no es otra cosa que un camino pensado para salvaguardar los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Eficacia porque hoy es perfectamente exigible a la organización administrativa que ofrezca productos y servicios públicos de calidad. Y servicio, sobre todo, porque no se puede olvidar que la justificación de la existencia de la Administración se encuentra en el servicio a los intereses colectivos, en el servicio del bien común. Por eso, me atrevería a decir que una de las asignaturas pendientes de la Administración pública de nuestro tiempo es la recuperación de la idea de servicio y, eso sí, la necesaria profesionalización de la Administración pública que, en cualquier caso, ha de estar, no sólo abierta a la sociedad, sino pendiente ante las demandas colectivas para ofrecer servicios públicos de calidad.

Estas circunstancias, entre otras muchas, exigen un cambio sustancial en la concepción y actuación de la Administración Pública. Los programas de reforma y modernización de la Administración Pública deben tener como objetivo recuperar esta concepción instrumental de la Administración. Para ello, deben incidir sobre varios elementos claves, como son la introducción de criterios de competencia en la Administración, la desburocratización y simplificación de los procedimientos, la motivación del personal, así como la reducción del gasto público y su gestión de acuerdo con criterios de eficacia y eficiencia, en un marco en el que la Administración pública contribuya decididamente a una constante humanización de la realidad.

Ahora bien, no se trata sólo de poner en marcha una reforma administrativa que camine única y exclusivamente hacia principios de eficacia y servicio. Se trata de algo más profundo: hacer posible que la calidad y la transparencia sean propiedades conaturales en la actuación de la Administración y de todos sus agentes.

La idea de la Administración Pública ligada a manifestaciones unilaterales de poder y autoridad está en crisis. El modelo tradicional constituido por una estructura jerarquizada y burocratizada, fuertemente ligada al poder político, indiferente a la realidad social y a los intereses de las personas, empeñada en preservar una peculiar y estática idea de independencia y de imparcialidad, colocándose al abrigo de intereses y presiones, y preocupada con sus secretos a fin de mantener y cultivar el distanciamiento de los ciudadanos, viene cediendo progresivamente el paso a una Administración Pública con otra filosofía y otro comportamiento. Una Administración pública que sea una verdadera "casa de cristal".

Pues bien, la Administración Pública debe ser transparente en su servicio a los ciudadanos, ciudadanos que son quienes justifican su existencia. Durante los últimos años, la transparencia administrativa ha suscitado un interés creciente y un amplio consenso. Por todo ello, hablar de transparencia es hablar de uno de los valores esenciales

en que se asienta la reforma y modernización de la Administración Pública como caracterización de lo visible, accesible y comprensible.

El concepto de transparencia no es antitético con el de eficacia. Para buscar esa Administración transparente es necesario programar la actividad y, por tanto, tomar decididamente la vía de la racionalización de los procedimientos, que inevitablemente conduce a una mayor eficacia. Por ello, la transparencia debe ser una prioridad, no sólo en la relación ciudadano-Administración, sino también dentro de la Administración misma, si queremos mejorar el funcionamiento de la maquinaria administrativa en su totalidad y si queremos disponer de un aparato administrativo que funcione con criterios éticos.

Por tanto, vincular transparencia y eficacia es esencial para evitar que la reforma administrativa sea únicamente formal, y así poder realizar una economía efectiva de los recursos y una mejora de los servicios.

La transformación del concepto de súbdito en el de ciudadano no sólo implica ser titular de derechos e intereses frente al Estado (Estado de Derecho), sino también que el respeto a la legalidad pase por la salvaguarda de las posiciones legítimas de terceros, superando la unilateralidad como forma de ejercicio de poder y la dependencia y sujeción como situaciones perennes de los interesados. Supone este proceso, en definitiva, la participación y la colaboración mutua de ciudadanos y Administración en un marco de transparencia, propio de un Estado Social y Democrático de Derecho. Es más, como ha reconocido solemnemente nuestro Tribunal Constitucional en 1984, hoy, los intereses públicos deben definirse en una acción combinada entre el Estado y los agentes sociales. En este punto, la Constitución Española es suficientemente clara, pues el artículo 105, ya establece los presupuestos necesarios para la participación de los ciudadanos en la actividad de la Administración Pública.

La identidad intereses administrativos/intereses de los ciudadanos, centrada en la promoción del bien general, exige que la Administración pública sea un organismo transparente, abierto a la información, a la participación y al control democrático por parte de los ciudadanos.

Los mecanismos de transparencia exigen numerosas medidas organizativas y normativas. Entre ellas es fundamental la racionalización de los procedimientos administrativos, ya que la transparencia no es un resultado que se obtenga sin haber cumplido antes la condición previa fundamental: procedimientos claros, documentados y difundidos entre todos los operadores internos y externos.

Pero más importante que las formulaciones normativas es la transformación de la mentalidad y de los comportamientos del personal al servicio de las Administraciones públicas, capaz de hacer suyas estas importantes transformaciones, dando contenido concreto en la práctica a las medidas de reforma que se pretenden. Para ello es fundamental el comportamiento ético de los funcionarios. Es fundamental la Ética

pública. La Ética pública es necesaria para reforzar las condiciones de credibilidad en la propia Administración Pública y en sus agentes, algo sustancial a la transparencia administrativa que ahora analizamos. Es más, me atrevería a decir que las consideraciones éticas en la función pública tienen una importancia creciente pues no se puede olvidar que el oficio público supone una tarea de servicio a los demás.

La Ética pública, en una primera aproximación, estudia el comportamiento de los funcionarios en orden a la finalidad del servicio público que le es inherente. Es la Ciencia que trata de la moralidad de los actos humanos en cuanto realizados por funcionarios públicos.

La Ética pública es, como la Ética en sí misma, una Ciencia práctica. Es Ciencia porque el estudio de la Ética para la Administración pública incluye principios generales y universales sobre la moralidad de los actos humanos realizados por el funcionario público o del gestor público. Y es práctica porque se ocupa fundamentalmente de la conducta libre del hombre que desempeña una función pública, proporcionándole las normas y criterios necesarios para actuar bien.

La idea de servicio a la colectividad, a la sociedad, en definitiva, a los demás, es el eje central de la ética pública, como lo es la conservación del bien común. Esta idea de servicio al público es el fundamento constitucional de la Administración y debe conectarse con una Administración Pública que presta servicios de calidad y que promueve el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Una Administración que se mueva en esta doble perspectiva, debe ser una Administración compuesta por personas convencidas de que la calidad de los servicios que se ofertan tiene mucho que ver con el trabajo bien terminado y de que es necesario encontrar – cuando así sea menester – los intereses legítimos de los ciudadanos en los múltiples expedientes que hay que resolver. Contribuir a la Administración moderna que demanda el Estado Social y democrático significa, en última instancia, asumir el protagonismo de sentirse responsables, en función de la posición que se ocupe en el engranaje administrativo, de sacar adelante los intereses colectivos.

En un Estado Social y Democrático de Derecho, la Administración ya no es dueña del interés público sino que está llamada a articular una adecuada intercomunicación con los agentes sociales para definir las políticas públicas. Desde esta perspectiva puede entenderse mejor la función promocional de los poderes públicos, cuya misión es crear un clima en el que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos fundamentales y puedan colaborar con la propia Administración en la gestión de los intereses públicos. En este contexto, pienso que estaremos más cerca de un aparato público que oferte servicios de calidad y que promueva los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La Ética pública se mueve en la frontera con la Ley y el Derecho. La Ética, hace referencia a valores objetivos que trascienden a la persona y que hacen referencia al comportamiento de los individuos. Es más, la Ética supone la existencia de unos valores

que van más allá del Derecho. Ahora bien, a los funcionarios y a los ciudadanos les conviene que estén tipificadas las faltas de servicio y que se distingan de las faltas personales porque, no todo en la función pública puede reducirse a derechos. Por eso es importante delimitar los ámbitos respectivos del Derecho y de la Ética, aunque, eso sí, no pueden ser compartimentos estancos. Pero es también necesario recordar que en el mundo del Derecho existen toda una serie de principios entre los que los derechos fundamentales no son los menos importantes, que han permitido, o deben permitir, que el Ordenamiento jurídico discorra siempre por una senda de profundo respeto al hombre.

El Derecho es insuficiente para cubrir toda la actuación del funcionario y para remediar los perjuicios de lo que no es conforme a los cánones del buen gobierno, sobre todo en un contexto de creciente complejidad en el que la eficacia debe estar integrada en la legalidad y en los valores del servicio público.

De ahí la cada vez más evidente necesidad de una ética pública que debe configurarse como una "ética de máximos", fundada en principios o declaraciones universales que deben servir de guía para la reflexión, la comprensión moral y la actuación pública, en contraposición a una "ética de mínimos" basada en la mera formulación negativa de lo que no se puede hacer.

Los principios éticos para la acción administrativa no deben ser contemplados como restricciones para la actividad pública. No. Deben ser interpretados como garantías para una mejor gestión pública y como una oportunidad importante para que los ciudadanos sean más conscientes de que la Administración es una función de servicio y que únicamente busca la satisfacción de los intereses colectivos.

En este sentido, los principios de Ética pública deben ser positivos y capaces de atraer al servicio público a personas con vocación para gestionar lo colectivo. Han sido muchos los estudiosos que han tratado de sintetizar los principios esenciales de la Ética Pública. La que a continuación reproduzco es una más de estas listas (en este caso un decálogo), cuyos principios pertenecen al sentido común y traen su causa de las exigencias del servicio público.

En primer lugar, los procesos selectivos para el ingreso en la función pública deben estar anclados en el principio del mérito y la capacidad. Y no sólo el ingreso sino la carrera administrativa.

En segundo lugar, la formación continuada que se debe proporcionar a los funcionarios públicos ha de ir dirigida, entre otras cosas, a transmitir la idea de que el trabajo al servicio del sector público debe realizarse con perfección. Sobre todo porque se trata de labores realizadas en beneficio de "otros".

En tercer lugar, la llamada gestión de personal y las relaciones humanas en la Administración pública deben estar presididas por el buen tono y una educación esmerada. El clima y el ambiente laboral ha de ser positivo y los funcionarios deben

esforzarse por vivir cotidianamente ese espíritu de servicio a la colectividad que justifica la propia existencia de la Administración pública.

En cuarto lugar, la actitud de servicio y de interés hacia lo colectivo debe ser el elemento más importante de esta cultura administrativa. La mentalidad y el talante de servicio, en mi opinión, se encuentran en la raíz de todas las consideraciones sobre la Ética Pública y explica, por sí mismo, la importancia del trabajo administrativo.

En quinto lugar, debe destacarse que constituye un importante valor deontológico potenciar el sano orgullo que provoca la identificación del funcionario con los fines del organismo público en el que trabaja. Se trata de la lealtad institucional, que constituye un elemento capital y una obligación central de una gestión pública que aspira al mantenimiento de comportamientos éticos.

En sexto lugar, conviene señalar que la formación en Ética pública debe ser un ingrediente imprescindible en los Planes de Formación para funcionarios públicos. Además, deben buscarse fórmulas educativas que hagan posible que esta disciplina se imparta en los programas docentes previos al acceso a la función pública. Y, por supuesto, debe estar presente en la formación continua del funcionario. En la enseñanza de la Ética Pública debe tenerse presente que los conocimientos teóricos de nada sirven si no calan en la praxis del empleado público. Por eso, Mark Lilla escribió no hace mucho tiempo, que la vida moral del funcionario es mucho más que enfrentarse con supuestos delicados, se trata de adquirir un conjunto de hábitos operativos que le caractericen como un auténtico servidor público, como un gestor de intereses colectivos que busca su instauración en la sociedad.

En séptimo lugar, conviene resaltar que el comportamiento ético debe llevar al funcionario público a la búsqueda de las fórmulas más eficientes y económicas para llevar a cabo su tarea.

En octavo lugar, la actuación pública debe estar guiada por los principios de igualdad y no discriminación. Además la actuación conforme al interés público debe ser lo "normal" sin que sea moral recibir retribuciones distintas a la oficial que se reciben en el organismo en que se trabaja.

En noveno lugar, el funcionario debe actuar siempre como servidor público y no debe transmitir información privilegiada o confidencial. El funcionario, como cualquier otro profesional, debe guardar el silencio de oficio.

En décimo lugar y último lugar, el interés colectivo en el Estado social y democrático de Derecho se encuentra en facilitar a los ciudadanos un conjunto de condiciones que haga posible su perfeccionamiento integral y les permitan un ejercicio efectivo de todos sus derechos fundamentales. Por tanto, los funcionarios deben ser conscientes de esa función promocional de los poderes públicos y actuar en consecuencia.

En cualquier caso, y a pesar del decálogo de valores éticos que he enumerado, la formulación que debemos dar en estos tiempos a la Ética no puede consistir tan sólo

en enunciar valores deseables o atribuirles características ideales a los profesionales (bien sean éstos directivos o no), sino, por el contrario, se debe ser capaz de situar de manera práctica y efectiva, en los procesos de fijación de metas y objetivos, y desde allí impregnar toda la cultura de la organización para que sea compartida por todos los miembros de la misma y sirva de punto de referencia obligado para llevar adelante la gestión cotidiana.

Las Administraciones públicas deberán fomentar modelos de conducta que integren los valores éticos del servicio público en la actuación profesional y en las relaciones de los empleados públicos con los ciudadanos, contemplando una serie de valores éticos que han de guiar la actuación profesional de los empleados públicos: voluntad de servicio al ciudadano, eficaz utilización de los medios públicos, ejercicio indelegable de la responsabilidad, lealtad a la organización, búsqueda de la objetividad e imparcialidad administrativa, perfeccionamiento técnico y profesional, etc.

La Ética pública supone la enseñanza de un conjunto de conocimientos que deben convertirse en un hábito para el funcionario. No se trata de transmitir ideas tan interesantes como la lealtad institucional, el principio de igualdad, la transparencia, el uso racional de los recursos, la promoción de los derechos fundamentales de los ciudadanos, etc. Es imprescindible que la actividad del funcionario este presidida por un conjunto de valores humanos que están inseparablemente unidos a la idea del servicio y que, indudablemente, facilitan la sensibilidad ante lo público. Me refiero a virtudes tan importantes como la laboriosidad, la solidaridad, la magnanimidad o la modestia entre otras.

Pienso que si a alguien se puede exigir un plus especial de calidad humana es a los funcionarios y responsables públicos. Por una parte porque gozan de una serie de potestades que no tiene el sector privado y, por otra, porque la gestión de intereses colectivos es una de las actividades más trascendentales del horizonte profesional.

Realmente, el nivel de ejemplaridad y de altura ética que se exige al funcionario hace necesario que permanentemente las Escuelas de Administración pública presten atención en sus programas docentes a estos temas. Junto a ello, que es muy conveniente, el propio funcionario debe hacer autocrítica sobre los motivos que le llevan a la actuación administrativa habitualmente. De esta manera, es más fácil tener presente los criterios éticos para la acción pública y así irá creciendo la sensibilidad colectiva de los empleados públicos.

Son, en definitiva, los propios empleados públicos los que deben asumir como propios los principios éticos, y aplicarlos a su actuación profesional y a sus relaciones con los ciudadanos. Ello sin duda modificaría la imagen peyorativa de la Administración y ayudaría a su rearmamiento moral. En resumen, contribuiría decididamente a recuperar la tan difuminada idea de servicio público tanto en el ámbito privado como en el público.



Algunas reflexiones sobre la delegación legislativa en Estados Unidos de Norte América y en la República Argentina *

Some thoughts on legislative delegation in United States of America and Argentina

RAQUEL CYNTHIA ALIANAK**

Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina)
Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires (Argentina)
raquelalianak@hotmail.com

Recebido/Received: 19.03.2014 / March 19th, 2014

Aprovado/Approved: 13.04.2014 / April 13th, 2014

Síntesis

El trabajo analiza aspectos sobresalientes de la delegación legislativa en una visión comparativa histórica y actual entre los sistemas jurídicos de Estados Unidos de Norteamérica y la República Argentina. Este relevante instituto es focalizado comparativamente en su evolución, a través de los distintos estadios de interpretación judicial por los que ha atravesado en ambos regímenes legales.

Palabras claves: delegación legislativa; doctrina de no delegación; reglamentos de ejecución sustantiva y adjetiva; reglamentos; procedimiento de elaboración de reglamentos.

Abstract

The paper analyzes relevant aspects of legislative delegation, from an historical and current comparative vision between the legal systems of United States of America and the Argentine Republic. The important and so used legal institute is focused comparatively in its evolution through the various stages that has gone on its judicial interpretation.

Keywords: legislative delegation; non delegation doctrine; interpretative rules and legislative rules; rules; rulemaking procedure.

Como citar este artículo | How to cite this article: ALIANAK, Raquel Cynthia. Algunas reflexiones sobre la delegación legislativa en Estados Unidos de Norteamérica y en la República Argentina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 81-110, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40250>

* Trabajo elaborado como conferencia, expuesta en el seno de la Jornada "Perspectiva Constitucional Argentina y Estadounidense: Controversias Constitucionales Contemporáneas", organizada por la Fundación Nueva Generación Argentina y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 2014.

** Profesora titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Rosario, Argentina) y profesora adjunta por concurso de dicha materia en la citada Facultad. Master on Comparative Law (University of San Diego, USA). Profesora adjunta en la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires (sede Rosario). Profesora titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Centro Educativo Latinoamericano (UCEL) de Rosario. Miembro fundadora y miembro activa de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo. Profesora estable de la Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho Administrativo, de la Facultad de Derecho de la UNR; Profesora invitada en la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Ha sido Secretaria y Vice-presidente del Colegio de Abogados de Rosario (periodos desde el año 1999/2008). Presidenta del Instituto de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados de Rosario. Fundadora y Vice-Presidente de la Asociación Argentina de Abogados de la Construcción, con sede en Capital Federal. Abogada.

SUMARIO

1. La interpretación de la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica sobre la separación de poderes. Primera etapa: Es la etapa de la Non Delegation Doctrine o doctrina de la no delegación, en la cual el caso "Field v. Clark", del año 1892, ha sido uno de los más citados, como ícono de esta posición. **2.** La siguiente etapa: Admisión de la delegación legislativa, con fundamento en la eficacia del ejercicio de las atribuciones legislativas. **3.** El siguiente estadio de la evolución: admisión de la delegación, pero sólo basada en estándares inteligibles. **4.** Llegamos así al siguiente estadio, en el cual se incrementa el ejercicio de poderes delegados por parte de órganos administrativos, pero sin la existencia de estándares significativos, en la ley de delegación. **5.** Volviendo al derecho norteamericano, esta etapa de la delegación sin estándares legislativos claros y precisos, se complementa con una deferencia judicial hacia los reglamentos delegados emitidos por las agencias administrativas. **6.** Pero en esa línea, las decisiones judiciales han expandido al mismo tiempo, el rol de las garantías procedimentales, o vallas de seguridad administrativas, consideradas fundamentales en el tema de la delegación. **7.** La Delegación en los Estados particulares de Estados Unidos de Norteamérica. **8.** Primeras Conclusiones. **9.** La interpretación judicial en torno a la delegación legislativa en la República Argentina. **10.** Para terminar este trabajo, cabe preguntarnos si actualmente en Estados Unidos de Norteamérica, se sigue aplicando en materia de delegación legislativa, la doctrina sentada en el caso "Chevron".

El propósito de este trabajo ha sido brindar someramente una visión comparativa del instituto de la delegación legislativa, en ambos sistemas jurídicos, a través de su recepción normativa y de su interpretación judicial histórica y actual.

1. LA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA SOBRE LA SEPARACIÓN DE PODERES. PRIMERA ETAPA: ES LA ETAPA DE LA *NON DELEGATION DOCTRINE* O DOCTRINA DE LA NO DELEGACIÓN, EN LA CUAL EL CASO "FIELD V. CLARK", DEL AÑO 1892, HA SIDO UNO DE LOS MÁS CITADOS, COMO ÍCONO DE ESTA POSICIÓN

A fines del Siglo XIX, la Suprema Corte comenzó a expresar que el Congreso no podía delegar poder legislativo.

a) el CONGRESO no podía delegar al Presidente o a una agencia administrativa, autoridad legislativa, agregando que

b) ese principio era vital para la integridad y el mantenimiento del sistema gubernamental, ordenado por la Constitución.

En ese caso se discutía la constitucionalidad de la Sección III de la Ley de Aranceles Aduaneros de 1890, que delegaba al Presidente la facultad de suspender su vigencia por el tiempo que creyera conveniente, para evitar que la libertad de importación que

la ley proclamaba, se convirtiera en reciprocidad inequitativa respecto a países que gravaban la importación de productos norteamericanos con aranceles aduaneros.

La Corte sostuvo la validez de dicha ley porque consideró que la política que debía seguir el Presidente estaba claramente indicada en la ley, y que el Presidente no disponía de ninguna atribución discrecional, salvo en lo referente a la duración de la suspensión que ordenaba.

En definitiva, la Corte se negó a reconocer que estaba validando una delegación legislativa, al comenzar el fallo con la afirmación acerca de que la no delegación era vital para la integridad del gobierno; pero en la práctica sí lo hizo.

1.1. Fundamentos de la doctrina de la no delegación:

Esta doctrina, se basó – entre otras consideraciones – en las siguientes líneas argumentales:

1.1.1. El Art.1, sección I de la Constitución norteamericana dispone que “Todos los poderes legislativos aquí conferidos serán investidos por el Congreso de Estados Unidos de Norteamérica”. Y por ende, el Congreso como representante del pueblo, no podía desviarse de esa manda constitucional.

1.1.2. El principio del gobierno consensual, como esquema constitucional, impide la delegación legislativa, pues los legisladores responden – como representantes del pueblo – ante los ciudadanos, en la elección de las políticas legislativas. Y en consecuencia, no pueden delegar el poder del pueblo a otros, sin el consentimiento del pueblo, tal como lo sostuvo John Locke, en “Two treatises of civil government”.

1.1.3. En otro orden, la Constitución no menciona expresamente el tema de la delegación, posiblemente porque los constituyentes no creyeron que el Congreso fuera a delegar sus funciones, sino por el contrario, presumieron que sus poderes aumentarían o se incrementarían (Freedman, “Delegation of power and institutional competence”)

1.1.4. Existen además, poderes o facultades que expresamente no son delegables de acuerdo a los términos de la Constitución, como por ejemplo, la delegación de las atribuciones legislativas para crear y recaudar impuestos (Art. 1, sección VIII Constitución americana). Ningún delegado del Congreso podría adquirir tal poder, pues ningún otro órgano en el gobierno federal posee las cualidades únicas sobre las cuales los constituyentes reposaron a los fines de prevenir una imposición opresiva: la responsabilidad directa del Congreso frente al electorado, así como los antecedentes y diversos orígenes sociales y económicos de los senadores y diputados.

Recordemos que en Estados Unidos de Norteamérica, el Presidente no tiene facultades reglamentarias propias (Art. II Constitución norteamericana), y sólo posee la denominada “take care clause”, por la cual se le encomienda cuidar que las leyes sean fiel y debidamente ejecutadas por la Administración.

Pero, al mismo tiempo se utilizan las “legislative rules” (reglamentos dictados por delegación legislativa y dentro de la competencia de quien los emite) que pueden incidir en la esfera de derechos de los ciudadanos e imponer obligaciones.

2. LA SIGUIENTE ETAPA: ADMISIÓN DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA, CON FUNDAMENTO EN LA EFICACIA DEL EJERCICIO DE LAS ATRIBUCIONES LEGISLATIVAS

En este estadio evolutivo, se admite que el Congreso delegue facultades legislativas, con fundamento en la eficacia del ejercicio de tales atribuciones, para lo cual es el órgano Ejecutivo quien deberá cumplir la finalidad perseguida por la ley, así como los resultados propuestos en aquélla.

2.1. Ejemplo de ello, es el fallo “Buttfield v. Stranaham” de 1904, en el cual la Corte Suprema convalidó la constitucionalidad de una ley que autorizaba al Secretario del Tesoro a fijar “normas uniformes de pureza, calidad y aptitud para el consumo” de los tés que importara Estados Unidos. La Corte sostuvo que “el Congreso legisló sobre tales materias hasta donde fue razonablemente posible, y según las necesidades del caso, se vio obligado a delegar en los funcionarios ejecutivos el deber de lograr el resultado señalado por la ley”.

Y negar esa facultad, implicaría que el Congreso no podría regular eficazmente el comercio, en el ejercicio de sus propias atribuciones constitucionales.

2.2. También en el caso “Hampton and Co. V. Unites States” (1928), la Corte sostuvo la constitucionalidad de la Ley de Aranceles de Importación del año 1922, que le otorgaba al Presidente la facultad de aumentar o reducir hasta en un 50% las tarifas aduaneras (previa investigación preliminar de la United States Rate Commission); ello, a fin de equilibrar el costo de producción de las mercaderías importadas con las nacionales.

Los fundamentos de la Corte reposaron en que con este procedimiento se evitaban las dificultades que hubiera tenido el Congreso de pretender regular directamente la materia: (i) por la insuficiencia de las informaciones de que podría disponer; y (ii) por los constantes reajustes que hubieran sido necesarios para lograr el propósito perseguido.

El Juez Taft (presidente de la Corte) focalizó en las necesidades de la moderna administración, subrayando que si bien el Congreso no puede renunciar a su poder legislativo, las tres ramas son partes coordinadas de un gobierno, y la amplitud y el carácter de la ayuda que una rama puede requerir de otra, deben ser fijados de acuerdo con el sentido común y las necesidades inherentes a la coordinación gubernamental.

Vemos entonces una transformación. Se admite la delegación legislativa fundada en el gobierno eficiente, en las complejidades técnicas de las materias; en que la ley

debe cumplir con eficacia sus cometidos y propósitos previstos por el propio legislador. Se pone el foco en la necesaria coordinación gubernamental y es el órgano Ejecutivo el que debe lograrlo en la aplicación de la ley.

3. EL SIGUIENTE ESTADIO DE LA EVOLUCIÓN: ADMISIÓN DE LA DELEGACIÓN, PERO SÓLO BASADA EN ESTÁNDARES INTELIGIBLES

Encontramos así casos que han convalidado delegaciones del Congreso a las agencias administrativas, bajo el “meaningful standard” o “inteligible standard”, esto es, principio inteligible, bases claras.

Hay dos fallos muy importantes en los que la Corte norteamericana invalidó las leyes de delegación, precisamente por carecer del estándar o parámetro inteligible en base al cual el Ejecutivo debía actuar, dentro de esos límites.

Ambos son del año 1935, y han sido tenidos en cuenta por la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, en el caso “Mouviel Raúl y otros” (1957). La Corte americana fijó importantes límites a los parámetros intervencionistas de la “National Industry Recovery Act” (Ley de Recuperación de la Industria Nacional).

Encontramos así, en los casos que se mencionarán seguidamente, una nítida y fuerte posición de no delegación.

3.1. El caso “Panama Refining Co. v/ RYAN” (1935): se había puesto en crisis las facultades que esa ley había conferido al Presidente para fijar un sistema de cuotas para la producción petrolera, dentro de un marco muy vago definido en N.I.R.A. – Panama Refining lo había infringido y había sido sancionada.

El voto de la mayoría de la Corte (escrito por el Presidente Hughes) puntualizó la vaguedad de la ley, en tanto no había declarado los objetivos de la prohibición; no mencionaba bajo qué condiciones, el transporte del excedente de petróleo debía ser prohibido por el Ejecutivo; no había fijado un parámetro para que el Ejecutivo pudiera actuar.

La Corte dijo que el Congreso dejó la materia al Presidente, para que la regulara como a él le pareciera.

Por el contrario, el Juez Cardozo (en su disidencia), sostuvo que la posición mayoritaria era exagerada y no consistente con la jurisprudencia de la Corte, ya que a su entender esa delegación no era vaga ni carente de límites.

3.2. En el caso “Schechter Poultry Corporation v. United States” (1935), también se discutía una amplia delegación conferida por la Ley NIRA al Presidente, autorizándolo a aprobar códigos de competencia leal para diversas ramas de la producción.

La empresa Schechter los había infringido reiteradamente y fue sancionada, incluido prisión a sus dueños.

Las únicas limitaciones que la ley le imponía al Ejecutivo eran que el código debía sancionarse con el concurso de representantes de toda la industria; no debía admitir prácticas monopólicas; y que el Ejecutivo debía asumir la fiscalización del cumplimiento de la ley.

Pero no existían en la ley patrones discernibles, y la decisión judicial fue unánime, postulando la inconstitucionalidad de la ley.

El propio Juez Cardozo, en este fallo, se pronunció por la inconstitucionalidad de la ley (concurriendo con la mayoría del Tribunal), al considerar tan amplia esa delegación, que podría abarcar todo el campo de la reglamentación industrial, sosteniendo que la competencia para regular el comercio propia del Congreso, podría ser ejercida por el Presidente con la sola recomendación de una asociación industrial, denominándolo código.

Por tal razón, indicó que se trataba de una “una delegación tumultuosa”.

3.3. El Juez Harlan en el caso “Arizona v. California” (1963) ,n el caso “Arizona v. California” (1963) afirmó que “las decisiones políticas fundamentales en nuestra sociedad deben ser hechas por los legisladores y no por los administradores”. Al mismo tiempo, y refiriéndose al rol del Poder Judicial en la revisión, estimó necesario proveer a los tribunales con algunas pautas seguras a los fines del juzgamiento de la acción administrativa cuestionada.

El mismo tipo de estándar fue utilizado en “Amalgamated Meat Cutters v. Connelly” (del año 1971) y otros tantos fallos.

4. LLEGAMOS ASÍ AL SIGUIENTE ESTADIO, EN EL CUAL SE INCREMENTA EL EJERCICIO DE PODERES DELEGADOS POR PARTE DE ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS, PERO SIN LA EXISTENCIA DE ESTÁNDARES SIGNIFICATIVOS, EN LA LEY DE DELEGACIÓN

Esta etapa, en la evolución de la delegación legislativa, no llegó a la República Argentina con esa profundidad.

Encontramos aquí cientos de casos resueltos por la Corte Suprema americana, en los cuales se convalidaron delegaciones a órganos administrativos, sin estándares significativos, sin principios inteligibles en el texto de la ley.

4.1. Kenneth Davis, en su Tratado de Derecho Administrativo, señaló que la realidad ha demostrado que el Poder Ejecutivo había incrementado notoriamente sus poderes (sobre todo en la década del 80), a través de la práctica cada vez más creciente del Congreso de dictar leyes en términos muy generales, las cuales debían ser necesariamente complementadas por regulaciones emanadas de Jefes de Departamentos Ejecutivos, bajo la dirección del Presidente.

A lo que se sumaba que el Congreso fue encontrando cada vez menos reticencia judicial al desarrollo de su política de dejar, entonces, los “detalles” de las leyes a ser completados por las agencias administrativas, las cuales – se dijo – están capacitadas para llevar a cabo constantes investigaciones en sus respectivos campos de acción y para adaptar sus medidas a las cambiantes condiciones, con una relativa facilidad (Edward Crowins, “The Constitution and what it means today” (1978).

Pierce, en un artículo del año 1981, “Political and judicial review of an agency action”, concluyó que reposando en delegaciones de autoridad amplias y genéricas, más que específicas y claras, el Congreso encontró que podía resolver muchos de los problemas sociales del país, cuya complejidad requiere de los administradores tomar decisiones no sólo políticas sino también técnicas.

Esta postura sin embargo, nunca se aplicó cuando se trata de delegación de poder impositivo, tal como sucedió en el caso “National Cable Television Association v. United States” del año 1974, en el cual la Corte Suprema adhirió a la posición tradicional de no delegar, afirmando que ella debe sobrevivir cuando se trata de la delegación del poder impositivo.

4.2. Otro fundamento para considerar como necesaria para el gobierno, a la delegación sin pautas ni clara política legislativa precisada en la ley, es tener en cuenta que las agencias administrativas debían muchas veces decidir *asuntos que no podrían haber sido anticipados al tiempo que la ley fue dictada*.

Entre tantos ejemplos, un caso a citar es “United States v. Southwestern Cables Co.”, de 1962, en el cual la Corte sostuvo que “a pesar de que la ley no contempló el desarrollo de los sistemas de antena de televisión comunitarias en razón de que la ley fue dictada en 1934, la Comisión tiene la facultad de proveer a todo el pueblo de Estados Unidos de un suficiente, rápido y moderno sistema de radiocomunicación”; y que el administrador puede hacer reglamentos en este tema, si ellos son requeridos por la necesidad, el interés público o la conveniencia.

4.3. Este último estadio (delegación sin clara base legislativa, sin estándares ineluctables) no ha llegado a la jurisprudencia argentina.

Si en este punto pensamos en una COMPARACIÓN con lo sucedido en la República Argentina, las condiciones que han sido generalmente requeridas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para admitir como válida una delegación, ANTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL de 1994, fueron las siguientes:

- a. la delegación no puede debilitar el ejercicio de las funciones de control por parte del delegante;
- b. no puede ser objeto de delegación, la determinación de sanciones o excepciones; la tipificación de delitos; el poder impositivo; el poder fiscal; el poder de restringir los derechos reconocidos por el Art. 14 de la CN; el poder de establecer cargas personales;

- c. el poder reglamentario conferido al Ejecutivo debe ser limitado con pautas y estándares fijados expresos y claros, fijados por el Congreso en la ley de delegación, en una clara política legislativa;
- d. está prohibida la delegación total para hacer la ley;
- e. la delegación ni puede ser objeto de sub-delegación;
- f. los fundamentos en pos de la admisión de delegación legislativa, se concentraron en las hondas transformaciones de la vida moderna que imponen la necesidad de regulaciones flexibles, a partir de existir cuestiones técnicas y científicas que pueden ser mejor manejadas por los administradores que por el Congreso.

4.3.1. Precisamente uno de los leading cases de la CSJ de Argentina, en el tema de delegación de facultades legislativas, fue el caso “Delfino y Cia”, del 20.06.1927, en el cual si bien se invocó como en juego una delegación prohibida, la Corte Suprema se pronunció por la constitucionalidad del Reglamento del Puerto de la Capital Federal, al cual lo consideró dictado en ejercicio de las atribuciones reglamentarias del Poder Ejecutivo (Art. 86 inc. 2 de la Constitución Nacional en su versión originaria), respecto a la Ley Nro. 3445 dictada por el Congreso.

Citando al Juez Marshall, la Corte señaló que existía una fina línea a los fines de separar aquellos temas importantes que deben ser enteramente regulados por el Congreso en forma directa, de aquellos otros de menos interés en los cuales puede haberse hecho una norma general, dando poder a los que van a actuar bajo esa norma a llenar los detalles (Lo dijo Marshall en el caso “Wayman v. Southard” del año 1825).

4.3.2. La delegación en materia penal ha sido siempre reprobada por la Corte argentina. En “Mouviel y otros” (1957) se cuestionó la pena de arresto impuesta por la Policía Federal por una infracción a edictos policiales sobre desórdenes y escándalos. La Corte declaró la inconstitucionalidad de los Edictos de la Policía Federal, sosteniendo que la configuración de un delito así como su represión, sólo debe ser tipificado por el Congreso en virtud de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional.

Precisamente en ese caso, nuestra Corte nacional citó aquellos dos precedentes importantes resueltos por la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica en el año 1935: “Panamá” y “Shechter Poultry”, en los cuales el Tribunal norteamericano invalidó las leyes que delegaban atribuciones legislativas al Ejecutivo, sin estándares claros.

5. VOLVIENDO AL DERECHO NORTEAMERICANO, ESTA ETAPA DE LA DELEGACIÓN SIN ESTÁNDARES LEGISLATIVOS CLAROS Y PRECISOS, SE COMPLEMENTA CON UNA DEFERENCIA JUDICIAL HACIA LOS REGLAMENTOS DELEGADOS EMITIDOS POR LAS AGENCIAS ADMINISTRATIVAS

Ha señalado Kenneth Davis que el Congreso, muchas veces, al delegar poder legislativo, lo ha hecho porque ese cuerpo no tiene tiempo ni inclinación para dar respuestas claras a esas cuestiones de política legislativa mayor, a través de una ley.

Los fines perseguidos por la teoría que prohibió la delegación legislativa fue minimizar las injusticias que podrían producirse para los administrados, derivados de la acción oficial.

Sin embargo, el Profesor Davis ha puntualizado es que lo importante a pensar es si esa delegación es deseable, o si ella representa la alternativa más aceptable en un caso particular.

Sostiene por lo tanto que si la delegación es el resultado de un desacuerdo político fundamental en el seno de la legislatura, por su incapacidad para determinar tal política, la delegación debe ser aceptada. Esa es la corriente que los tribunales han aceptado.

Además, cuando el tema en cuestión es de carácter eminentemente técnico, las cortes judiciales seguramente convalidarán esa delegación amplia, ya que las agencias administrativas están mejor equipadas que el Congreso, para desarrollar las políticas en esas áreas.

El caso CHEVRON (año 1984) es el leading case en materia de deferencia a la interpretación que la agencia hace de la ley que administra, y veremos cómo en un fallo actual del año 2013, la Corte norteamericana lo continúa aplicando.

5.1. Caso "CHEVRON v. National Resources Defense Council" (1984)

Sienta el principio de deferencia judicial hacia las agencias.

En torno a los "hechos" del caso, la Ley de Aire Puro (Clean Air Act), en su modificación de 1977, exigía a los Estados que no se habían ajustado a los niveles de calidad de aire establecidos por la Agencia de Protección Ambiental (EPA – Environmental Protection Agency), a que establecieran un programa que regulara las nuevas fuentes de contaminación, o las ya existentes que fueran modificadas.

La ley no decía qué debía entenderse por "fuente".

En el año 1981, EPA modificó su reglamentación, en relación al significado de dicha expresión, haciéndola menos limitativa de la contaminación que la anteriormente vigente.

Esta nueva regulación fue cuestionada judicialmente ante una Corte Federal, por el Consejo de Defensa de los Recursos Naturales, organización ambiental no gubernamental.

La sentencia invalidó las reformas de E.P.A., y Chevron, como parte afectada, apeló la decisión.

El caso llegó a la Corte Suprema, que analizó qué estándar de revisión debía ser aplicado judicialmente, frente a la interpretación que una agencia hizo de una ley, que le confiere a esa agencia autoridad para regular una determinada situación.

La Corte Suprema revocó esas sentencias inferiores que habían invalidado las reformas de EPA, estableciendo el principio general de la DEFERENCIA JUDICIAL a la reglamentación administrativa, con las siguientes premisas:

- a. si la intención del Congreso es clara y está declarada en el texto de la ley, ello es determinante para la Corte y para la agencia administrativa;
- b. pero si la Corte determina que el Poder Legislativo no se pronunció sobre ese punto, porque la ley es ambigua o guarda silencio, el juez no puede imponer su propia interpretación de la ley. En ese caso, debe examinar si lo que hizo la agencia se basa en una *“interpretación plausible o razonable de la ley”*.

En consecuencia, sostuvo la Corte Suprema norteamericana que la especialidad técnica del órgano administrativo en cuestiones complejas, sumado a la falta de definición de la ley, representaba una delegación implícita del Congreso a la agencia, y la Corte le dio la deferencia judicial.

5.2. Esa interpretación plausible de la ley, por parte de la agencia administrativa, fue analizada por el Poder Judicial desde variadas ópticas:

5.2.1. Por ejemplo, la interpretación de la ley según el “significado de las palabras”:

Caso “ATT y T v/ Federal Communication Comision” (1999). Se trataba de la Ley de Telecomunicaciones de 1996, respecto a la cual fue cuestionada una regulación delegada realizada por una agencia federal, por exceder los parámetros de la ley. Aquí se discutía el significado de algunos términos previstos en una sección de la ley, y cómo los había interpretado la agencia en su regulación. Los términos eran “necesario” y “perjuicio” (contenidos en la Sección 251 de la ley, que expresaba que en la regulación a dictarse, la agencia debía considerar si el acceso a determinados elementos del servicio de telecomunicaciones era “necesario”, y asimismo, si la falta en dar acceso a esos elementos podría “perjudicar” la posibilidad del proveedor del servicio de telefonía de suministrar eficazmente el servicio).

La Corte por mayoría consideró que la agencia se había excedido en sus atribuciones. Y aquí hubo una discusión judicial sobre el significado de esas palabras.

Prueba de ello, es leer la disidencia del Juez Souter quien afirmó “Si quiero cambiar una lamparita, dentro del significado de “necesario”, podría válidamente decirse que una escalera es necesaria para ello, aún cuando lo pudiera hacer parado en una silla, en una lata de leche o en 8 tomos de Gibbon. Y también podría decirse que la carencia de escalera habría de “perjudicar” mi posibilidad de poner la lamparita. Estos son significados en el sentido ordinario de las palabras.

Por su parte, el Juez Scalia (por la mayoría), en nota al pie, refuta y reargumenta a Souter, exponiendo que la correcta analogía no pasa por ausencia de escalera, sino por la existencia de una escalera lo suficientemente alta como no estirar del todo el brazo. Una escalera de media pulgada de alto, no sería necesaria en el significado ordinario y

razonable de ese término, ni su ausencia implicaría “perjudicar” la posibilidad de que no haga el trabajo.

5.2.2. Otra óptica de análisis judicial acerca de la existencia o no, de una interpretación plausible de la ley, por parte de la agencia administrativa, lo ha sido teniendo en cuenta los “propósitos de la ley”.

A mero título ejemplificativo, en “Whitman v. American Trucking Asociaton” (2001) la Corte debía fijar la validez de los estándares ambientales de calidad de aire, fijados por la Agencia de Protección Ambiental en su reglamentación de 1997, en base a la ley que establecía que esa agencia “debía determinar estándares necesarios para proteger la salud pública con un adecuado margen de seguridad”. La Corte invalidó la regulación que hizo la Agencia Ambiental, modificando los estándares previos, invocando la necesidad de realizar un análisis costo-beneficio a fin de considerar los gastos que demandaría la aplicación de aquéllos. La Corte dijo que esos no eran los propósitos de la ley.

5.2.3. La interpretación de la política legislativa, a través de la historia legislativa, “legislative history”.

Es la etapa de la que habló el Prof. Davis, es como una delegación metafórica del Poder Legislativo al Poder Judicial, para que éste – analizando la historia legislativa de la ley –, vea si la reglamentación es válida.

Se remite a debates parlamentarios, a las ponencias de las comisiones, a los informes del Congreso.

Kenneth Davis ha señalado que la Suprema Corte americana se ha negado a interferir o alterar el modo como el Congreso cumple su función, aceptando que cuando los legisladores no son capaces de resolver cuestiones de política legislativa mayor a través de un lenguaje preciso y claro, ellos deben adoptar el lenguaje amplio respecto al cual concuerdan; y luego guiar la interpretación judicial a la luz de la historia legislativa de la ley.

Expresa el autor que el Congreso conoce mucho más que los jueces sobre la capacidad o incapacidad de los legisladores y a veces encuentra que el mejor camino para desarrollar política legislativa, lo es delegando la determinación de políticas mayores a las agencias administrativas y a las cortes judiciales.

En el caso “American Textile Manufacture Institute v. Donovan Secretary of Labor” (del año 1981) y en el caso “Industrial Union Department v. American Petroleum Institute” (1980), la delegación fue realizada directamente a los tribunales.

En American Textile, la mayoría de la Corte sostuvo que el Congreso no había evadido su responsabilidad constitucional cuando dictó la ley, porque *a través de la historia legislativa, se había podido determinar la pauta para dirigir la acción del administrador.*

De la historia legislativa, la Corte dedujo que la ley pretendía autorizar al Secretario de Trabajo a tomar las medidas más protectoras como fuere factible, para prevenir el sufrimiento de daños en la salud de trabajadores, sin requerir previamente un estudio de costos-beneficios; y que por ende, podía entonces dictar la reglamentación conteniendo los estándares más restrictivos posibles para las sustancias tóxicas.

El Juez Rehnquist (disidente) en su opinión, enfatizó la inconstitucionalidad de la delegación al Ejecutivo para que éste determinara la política legislativa, considerando que se trataba de una abdicación por el Congreso de su responsabilidad a funcionarios no elegidos, al no proveer al delegado con pautas inteligibles para guiar su accionar, que permitieran a la Corte revisar el ejercicio de ese poder delegado, a la luz de su conformidad con aquellas pautas.

Davis afirmó que la delegación fue hecha a los jueces de la Cort Suprema, y fue conducida por el análisis de la historia legislativa en la cual la Corte basó su decisión.

En “Industrial Union Department c. American Petroleum Institute”, se cuestionó la constitucionalidad de una regulación del Secretario de Trabajo (quien había actuado en base a una autorización dada por la Ley de Seguridad e Higiene en el Trabajo – OSHA), en la cual había modificado el límite permitido de exposición de los trabajadores al Benzeno, de 10ppm a 1ppm. – Se cuestionaba que esa modificación no se había basado en una explícita conclusión de que la exposición a 1pm de benzeno evitaría contraer enfermedad, cuando la ley decía que podía modificar el límite de exposición que fuere “razonablemente necesario”.

A través de un análisis de la historia legislativa de la Ley, la Corte construyó el estándar “razonablemente necesario” que había sido fijado por la ley, concluyendo que el deber del Secretario de Trabajo era el de determinar si los beneficios esperados de la aplicación del nuevo estándar, guardaban una relación con los costos que su imposición irrogaría. En consecuencia, la Corte invalidó el límite de 1ppm de exposición a benzeno.

6. PERO EN ESA LÍNEA, LAS DECISIONES JUDICIALES HAN EXPANDIDO AL MISMO TIEMPO, EL ROL DE LAS GARANTÍAS PROCEDIMENTALES, O VALLAS DE SEGURIDAD ADMINISTRATIVAS, CONSIDERADAS FUNDAMENTALES EN EL TEMA DE LA DELEGACIÓN

Las garantías del debido procedimiento administrativo, en el derecho norteamericano, con controles internos en las agencias, y la participación pública en la elaboración de los reglamentos administrativos constituye una valla contra el ejercicio arbitrario de la facultad delegada.

Las agencias tienen oportunidad de oír argumentos, de considerar presentaciones escritas, de concluir en base a las actuaciones administrativas; todos estos factores contribuyen a la aceptación de las delegaciones legislativas.

6.1. Pensemos que en el derecho americano el tema de los poderes delegados de la Administración es enfocado desde la perspectiva de los reglamentos sustantivos or “legislative rules”; que prescriben derecho o política, o que implementan la ley, de acuerdo a la sección 551 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Estas regulaciones deben ser dictados mediante el procedimiento de participación pública para la elaboración de reglamentos .

El procedimiento es en principio obligatorio en Estados Unidos de Norteamérica, salvo las materias expresamente excluidas, tales como las referidas a *organización administrativa, *función pública, *dominio público, *préstamos y beneficios; o en el caso de los *reglamentos de ejecución – “interpretative rules” – los cuales están exceptuados de este procedimiento participativo, debido al menor impacto que tienen en la esfera de los derechos de los habitantes, en comparación con los “legislative or substantive rules” (nuestros reglamentos delegados), para los cuales sí está previsto el procedimiento participativo.

Cada agencia por sobre los recaudos mínimos exigibles, puede agregar otros adicionales (publicación por ejemplo de la noticia previa sobre el procedimiento administrativo futuro, cuando desea confrontar la aceptación pública de su propuesta, o solicitar ideas antes de iniciarlos).

Si la agencia considera que el procedimiento participativo es impracticable, innecesario o contrario al interés público, podrá abstenerse de llevarlo a cabo, pero con la carga de exponer en el reglamento que dicte, las razones que motivaron esa decisión.

6.2. El procedimiento participativo para la emisión de reglamentos (rulemaking procedure) puede ser formal (formal rulemaking – audiencia pública), o informal (informal rulemaking, notice and written comments).

- a. Notice and written comments: *Se publica en el Federal Register el proyecto de reglamento o los temas sustanciales de la futura regulación, con un plazo determinado para recibir comentarios escritos que se recopilarán en un expediente, y la Administración, posteriormente, dictará el reglamento debiendo incorporar una conclusión concreta y general de sus fundamentos y de la deferencia que ha dado en general a los comentarios recibidos.
- b. Formal rulemaking: hay audiencia pública (como un trial) con testigos, prueba, contraprueba y conclusiones, con total deferencia a lo ocurrido en la audiencia (el reglamento se dicta en base al expediente, on the record).

6.3. En materia de revisión judicial de estos reglamentos, también existen notorias diferencias, ya que en Estados Unidos de Norteamérica , para los “reglamentos de ejecución” (interpretative rules) – al no existir respecto a ellos procedimiento

participativo en su elaboración – la revisión judicial será más intensa a la hora de examinar si la agencia se excedió o no en sus facultades reglamentarias. Por el contrario, para los “reglamentos delegados” (legislative or substantive rules) los jueces darán mayor deferencia a lo actuado por la Administración Pública, en los procedimientos participativos llevados a cabo para su dictado; y las cortes entonces sólo verificarán si esos reglamentos son caprichosos, arbitrarios o contrarios a un derecho constitucional, estándares éstos previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo (Administrative Procedure Act).

6.4. En Estados Unidos de Norteamérica también existe un procedimiento negociado de participación para el dictado de reglamentos – legislative rules –, denominado “Negotiated rulemaking”.

La ley denominada “Negotiated Rulemaking Act” data del año 1990; fue reautorizada en el año 1996 y posteriormente este procedimiento fue incorporado a la Ley de Procedimientos Administrativos Federal (Administrative Procedure Act, 5 U.S.C. Arts 561-570).

El procedimiento negociado de elaboración de reglamentos se utiliza de modo complementario al procedimiento informal, y puede ser usado para mejorarlo.

Tiene lugar antes de que la agencia elabore un proyecto de reglamento, a fin de crear consenso sobre su texto, para luego someterlo al “informal rulemaking”.

Para ello, se crea un Comité negociador de carácter consultivo, que va a tratar y discutir los temas a considerar en el proyecto de reglamento, para llegar a un consenso en la elaboración del texto. Dicho Comité estará integrado por representantes de las industrias que serán sujetos pasivos de la futura regulación, por asociaciones comerciales, ciudadanos, funcionarios de la agencia.

Previamente, la agencia debe declarar de “interés público”, el uso del procedimiento negociado, si se dan las condiciones y consideraciones que establece la sección 563 de A.P.A.:

- a. Necesidad imperiosa de dictar determinado reglamento;
- b. existencia de un número limitado de intereses identificables que se verán afectados por el reglamento;
- c. posibilidad razonable que el Comité Negociador pueda integrarse equilibradamente de modo que estén representados todos los intereses involucrados en la norma a dictarse;
- d. que ese procedimiento no implique una demora irrazonable para el inicio del procedimiento de “informal rulemaking”;
- e. que la agencia tenga recursos para afectarlos a actuación del comité (incluyendo la asistencia técnica);

- f. que el consenso logrado en ese Comité, sea la base del proyecto que luego será sometido al procedimiento participativo informal.

En cuanto al procedimiento en sí, comienza con la publicación en el Federal Register, debiendo necesariamente incluir la invitación a presentar comentarios acerca de la idea de formar un Comité Negociador, y las personas propuestas para integrarlo, dentro de un plazo de treinta días.

La agencia, en base a las opiniones recibidas, decidirá si forma o no el Comité, dependiendo de que pueda ser o no representativo de los intereses en juego conforme a la temática del futuro reglamento.

Asimismo, se puede designar un facilitador para que opere como mediador en las negociaciones del Comité, asistiendo imparcialmente a sus miembros.

Se forma el Comité, éste debe llegar a un consenso acerca del proyecto de reglamento a someter al procedimiento participativo informal. Y finalmente, elabora un INFORME con el proyecto del reglamento.

Entre las ventajas que se visualizan en favor de este procedimiento, se han señalado, entre otras, la disminución del tiempo de dictado de resoluciones; menor revisión judicial posterior; y la de favorecer el acuerdo.

A mero título de ejemplo, actualmente en la página web de U.S. Department of Education, se encuentra publicado el "Procedimiento negociado de rulemaking 2013/2014", respecto a regulaciones a dictarse para reautorizar la Ley de Violencia contra la Mujer (VAWA) de 2013. Aparece integrado el Comité Negociador con el facilitador, el negociador federal, y los demás integrantes que representan los intereses de la comunidad (representantes de estudiantes, de organizaciones de asistencia a mujeres, de organizaciones de consumidores, de centros institucionales de lesbianas, gays y transexuales, de organizaciones no gubernamentales, etc.).

6.5. Precisamente, la deferencia judicial a la regulación de la agencia, basada en esos procedimientos participativos públicos que ésta lleva adelante para dictar el reglamento delegado, fue analizado nuevamente en el caso "UNITED STATES v. MEAD" (2001) sobre fijación de tarifas aduaneras, a través de cartas o disposiciones aduaneras emitidas precisamente, sin ese procedimiento de participación pública previa. Podemos advertir así, cómo la Corte Suprema norteamericana sostuvo un criterio diferente al de "Chevron".

Concretamente se cuestionaba si las Tribunales judiciales debían dar la deferencia aplicada en el caso Chevron, a la gran cantidad de decisiones clasificatorias emitidas por las Oficinas Regionales de los Servicios Aduaneros de Estados Unidos, en base a delegaciones autorizadas por la Ley de Aduanas.

La empresa Mead importaba agendas que estaban exentas de derecho importación, conforme una clasificación aduanera de muchos años de vigencia, hasta que fue modificada por una nueva carta aduanera que disponía que debían tributar.

La Corte otorgó certiorari, a fin de determinar los límites de la deferencia sentada en el caso “Chevron”.

El voto mayoritario (a través del Juez Souter), a quien se unieron los jueces Rehnquist, Stevens, O’Connor, Kennedy, Thomas, Ginsburg y Breyer, señaló que a esas miles de decisiones tarifarias aduaneras, realizadas cada año por las 46 oficinas regionales del Servicio Aduanero, no se les aplicaría la deferencia de la doctrina “Chevron”.

Los argumentos sustentados por estos jueces pueden resumirse de este modo:

(i) La delegación puede ser ejercitada por la agencia mediante un procedimiento participativo formal o informal, o por otro procedimiento que hubiere indicado el Congreso en la ley de delegación. La regulación que se dicte es obligatoria, a menos que haya defecto de procedimiento, arbitrariedad, o sea caprichosa o contraria a la ley.

(ii) Cuando se aplicó la teoría de la deferencia de “Chevron”, los jueces siempre han revisado los resultados de los procedimientos de emisión de reglamentos, formales o informales.

(iii) A una carta de clasificación tarifaria aduanera, no se le puede dar la deferencia de Chevron, porque no ha sido producto de ese procedimiento de emisión de reglamentos, pero puede ser respetada si es persuasiva, es decir, conforme a su persuasividad.

(iv) El peso, entonces, acordado al juicio de la agencia, dependerá:

**de la consistencia de sus argumentos;*

**de la validez de su razonamiento;*

**de la conformidad con interpretaciones anteriores;*

**de las amplias investigaciones e informaciones que han estado disponibles para la agencia.*

Todos estos factores le darán el poder para persuadir (estándar que había sido aplicado en el año 1944, en el caso “Skidmore v. Swift”, 323 U.S. 134).

La Corte Suprema reenvió entonces el caso a la Corte de Apelaciones de Circuito Federal, a fin de que dicho Tribunal determinara si las clasificaciones aduaneras cuestionadas podían recibir la deferencia judicial, en base a su poder persuasivo.

7. LA DELEGACIÓN EN LOS ESTADOS PARTICULARES DE ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

Los jurisprudencia nos demuestra que la tendencia, en estos casos, es diferente, pues las cortes estatales han invalidado numerosas delegaciones legislativas, requiriendo al menos la existencia de estándares inteligibles, aunque fueren amplios y generales, para implementar la política legislativa elegida.

8. PRIMERAS CONCLUSIONES

Si debiéramos entonces hacer una comparación entre el sistema norteamericano y el argentino, antes de la reforma constitucional, cabe puntualizar que la Corte Suprema de Justicia Nacional de la Rep. Argentina ha insistido en la necesidad de una clara política legislativa, manifestada a través de estándares claros y concretos previstos en la ley de delegación, como requisito indispensable para sostener como válida una delegación, y el reglamento delegado.

En Estados Unidos de Norteamérica, la Corte y los juristas americanos, en la interpretación del principio de separación de poderes, han tenido en cuenta cuál es el mejor resultado, cuál es la alternativa más conveniente o la solución más eficaz y operativa, enfrentando la realidad, de un modo diferente al modo en que se han expresado los tribunales argentinos.

La Corte Suprema norteamericana ha aceptado que el Poder Legislativo puede delegar, incluyendo delegación del poder de fijar las políticas legislativas mayores, pues el rol que se han adjudicado los tribunales en el control judicial del ejercicio de esas facultades, es diferente al rol que en su momento asumieron los tribunales argentinos.

Los tribunales americanos han enfatizado la necesidad de vallas de seguridad administrativas que permitan la participación pública en la creación de los reglamentos administrativos.

Y ello demostraría, como lo señala el Prof. Kenneth Davis, que la carga impuesta por la Constitución al Congreso de hacer la ley, fundada en la responsabilidad de los legisladores como representantes del pueblo frente a ese pueblo, se habría trasladado al pueblo directamente, cuya participación en el procedimiento de creación o emanación de reglamentos administrativos evitaría la posibilidad de arbitrariedad, a través de un sistema de investigaciones públicas, razones expresadas y conclusiones fundadas. Y es el propio Congreso, en la ley de delegación, quien tiene que señalar el tipo de procedimientos (formal o informal) que deberá utilizar la agencia, para dictar el reglamento en cuestión.

Esta posición representó en su momento, una diferencia fundamental con el sistema argentino, en el cual el público no participaba en el procedimiento de emisión de reglamentos por el Poder Ejecutivo, pues ello no estaba previsto en el texto del Decreto Nro. 1759/72, reglamentario de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nro. 19.549, en el cual sólo se preveía, en el Art. 107, la facultad del órgano ejecutivo de someter el proyecto de reglamento a la opinión pública, para recibir comentarios al respecto, facultad ésta de ejercicio discrecional por el Ejecutivo, y sin ninguna otra cláusula que aclarara las características, y/o modo de llevarse a cabo, y/o lapsos temporales involucrados, y/o grado de deferencia a otorgar, en su caso, a esos comentarios.

La disposición citada fue posteriormente eliminada de ese Decreto reglamentario, al reformárselo en el año 1991 por Decreto Nro. 1883/91.

Actualmente, en la República Argentina, a partir del Decreto 1172/2003, se aprobó – entre otros – el Reglamento de Participación elaborativa de normas, sistema que de todos modos difiere del norteamericano: (i) la decisión de abrir un procedimiento participativo queda en cabeza de la autoridad responsable administrativa, pero la iniciativa de apertura puede surgir de un órgano administrativo o de toda persona pública o privada interesada en un procedimiento de este tipo; (ii) el procedimiento no es obligatorio para la Administración, sino de uso facultativo, característica que como hemos visto, marca una diferencia sustancial con el modelo norteamericano, en el cual la participación es siempre obligatoria, salvo excepciones taxativas contempladas en la Administrative Procedure Act; (iii) se publica el proyecto de reglamento y sus fundamentos, para recibir ideas y sugerencias, a través de un formulario previsto en el Anexo VI del Decreto 1172/03.

9. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL EN TORNO A LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

En Argentina, la historia legislativa de las leyes no ha sido usualmente una guía para concretar el sentido y la definición de las pautas de política legislativa, en las delegaciones al Ejecutivo.

Los tribunales generalmente se han limitado al texto de la ley y al espíritu que surge de sus cláusulas introductorias o de la exposición de motivos, no construyendo estándares legislativos con contenidos que el Congreso no proveyó expresamente.

9.1. La interpretación que analiza la intención del legislador es la llamada interpretación histórica. La Suprema Corte de Argentina ha omitido la consideración de las opiniones individuales de los legisladores cuando se discute un proyecto de ley si esas opiniones no han sido receptadas por la ley (caso Mortola), pero no ha rechazado el análisis de la exposición de motivos de la ley elaborada en las comisiones legislativas pertinentes.

En favor de la interpretación histórica, la Suprema Corte Argentina ha expresado diversas aristas de argumentación:

- a. El rol judicial no termina con la consideración de los términos de la ley.
- b. El espíritu de la ley, la intención del legislador puede aparecer en la Exposición de Motivos (“Ferrocarriles de Bs.As”, Fallos T.111, p.334).
- c. Las explicaciones y clasificaciones hechas por los informantes de los proyectos, así como los informes preparados por las comisiones legislativas encargadas de su estudio, constituyen una fuente propia de interpretación (“Municipalidad de Córdoba c. Ferrocarril Central”, Fallos T.114).

d. La intención del legislador puede ser detectada del debate en el cual el proyecto fue discutido (Portillo c. Banco del Hogar Argentino, Fallos T. 210).

Por ende, para indagar la intención del legislador o el espíritu de la ley las fuentes más usuales son: las palabras de la ley, la Exposición de Motivos, las conclusiones de comisiones legislativas, las explicaciones de los miembros informantes del Congreso, los debates legislativos (en última instancia).

Recientemente, en fallo del 16/09/2014 de la Corte Suprema de Justicia nacional argentina, en la causa "De Maio Ana c/ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Alto Tribunal sostuvo que "...en esa tarea (refiere a "interpretación", el agregado me pertenece) no es siempre método recomendable el atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que la nutre ha de determinarse en procura de una aplicación racional, que elimine el riesgo de un formalismo paralizante; es necesario buscar en todo tiempo una interpretación valiosa de lo que las normas, jurídicamente, han querido mandar, de suerte que la admisión de soluciones notoriamente injustas cuando es posible arbitrar otras de mérito opuesto, no resulta compatible con el fin común de la tarea legislativa y de la judicial". (16.09.2014 –De Maio Ana c/ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, CSJN)

9.2. Por su parte la interpretación dinámica permite que el intérprete llene los vacíos de la ley, derivados de hechos nuevos no cubiertos.

9.3. Y la interpretación mutativa implica sustituir la intención histórica del legislador, teniendo en cuenta la realidad social y los cambios producidos en los tiempos actuales.

En el caso CARMELO PRATTICO (1960) , se cuestionaba un aumento de salarios definido por el Presidente invocando la ley que – con el objeto de reprimir la especulación y los precios abusivos – había otorgado al Ejecutivo la facultad a fijar las remuneraciones.

La Corte Suprema Nacional consideró que tratándose de materias de contornos peculiares, distintos y variables, no le era posible al legislador prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrían en los hechos; y en ese caso no era inválido reconocer legalmente atribuciones que queden libradas al arbitrio del Ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida.

9.4. Llegamos así al caso "JORGE COCCHIA c. NACION ARGENTINA", del 02/12/1993, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Este fallo constituye un interesante precedente, pues en primer lugar fue dictado antes de la reforma constitucional del año 1994 y por ende no se encontraban regulados en la Constitución los reglamentos delegados; y en segundo lugar, porque el Alto Tribunal Argentino remite a pautas del sistema jurídico norteamericano, introduciendo clasificaciones que nunca antes las había expresado.

A modo de síntesis, cabe recordar los “hechos del caso”, el cual llega a la Corte Suprema por recurso extraordinario frente a dos sentencias (de primera y segunda instancias) que habían declarado la inconstitucionalidad de varios artículos del Decreto Nacional Nro. 817/92, que al derogar convenios colectivos de trabajo y normas legales relacionadas con la actividad portuaria y marítima, representaba ejercicio de competencias que sólo eran atribuibles al Congreso.

Y aquí vamos a encontrar argumentos de la doctrina norteamericana, deferencia hacia lo decidido por el Congreso y deferencia hacia la regulación elaborada por el administrador.

Algunas consideraciones interesantes de la Corte, en tal sentido, refieren a la realidad de cada época que descubre nuevos aspectos a los que la sociedad de otra época no se enfrentaba; así como que el Alto Tribunal “debe evitar convertirse en órgano de decisión de políticas circunstanciales, pues desvirtuaría las políticas que el pueblo ha decidido a través de sus representantes”.

Cita el voto mayoritario del Alto Tribunal – en esa línea – a la doctrina norteamericana (Cooley) y al Juez Rehnquist de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, quien afirmó que “si la Corte Suprema decide erróneamente que una ley sancionada por el Congreso es constitucional, comete un error, pero el resultado del mismo es dejar a la Nación con una ley debidamente sancionada por los miembros de la Cámara de Representantes y del Senado elegidos popularmente y promulgada por el presidente popularmente elegido. Pero si la Corte Suprema decide erróneamente que una ley sancionada por el Congreso es inconstitucional, comete un error de considerable mayor consecuencia; ha derribado una ley debidamente sancionada por las ramas del gobierno elegidas por el pueblo, no debido a ningún principio asentado en la Constitución, sino debido al criterio individual de una determinada política sostenida por la mayoría de los nueve jueces en ese momento (confr. “The Supreme Court, how it was, how it is”, p. 318, 1987).

El voto mayoritario en “COCCHIA” parte siempre de la necesidad de existencia de una clara política legislativa (estándar éste del que nunca claudicó nuestro Tribunal Supremo), pero concluye su presencia a partir de un bloque de legalidad que – según indica e individualiza – validaría la constitucionalidad del Decreto 817/92 cuestionado.

Sin embargo, debemos analizar esa “clara política legislativa” a la cual el voto mayoritario alude, pues en mi opinión (en coincidencia con el voto en minoría) proviene más de apreciaciones subjetivas que el tribunal realiza de las normas que concretamente señala, que de su contenido objetivo.

9.4.1. El fallo considera que el Decreto Nro. 817/92 es un reglamento de ejecución (Art. 86 inc. 2 de la Constitución Nacional, texto anterior a reforma de 1994), sosteniendo que no existía estrictamente delegación legislativa en nuestro sistema, a

partir de lo cual resume los cuatro tipos de reglamentos que podían derivarse del texto constitucional a esa época, y de la jurisprudencia de la CSJN:

- a. Reglamentos autónomos: previstos en el Art. 86, inc. 1° de la Constitución;
- b. Reglamentos de emergencia: originados en el presupuesto constitucional de la subsistencia misma del sistema, a partir del fallo "Peralta c/Gobierno nacional" del año 1990.
- c. Reglamentos de ejecución adjetiva (inc. 2 Art. 86): para poner en práctica las leyes cuando éstas requieran determinada actividad del Poder Ejecutivo para su vigencia efectiva.
- d. Reglamentos de ejecución sustantiva: el legislador define la materia a regular, pero encomienda al Poder Ejecutivo la determinación de aspectos relativos a la aplicación concreta de la ley, según el juicio de oportunidad temporal o de conveniencia de contenido que deberá hacer el Ejecutivo.

Los encuentra a estos últimos también previstos en el Art. 86 inc 2 de la C.N.; son también decretos de ejecución de la ley pero con un contenido diverso de los reglamentos de ejecución adjetiva, traspolando al derecho norteamericano al aludir a las "legislative rules".

9.4.2. El Voto del Dr. Boggiano , individual, pero concurrente con la mayoría, sigue en su lineamiento argumental , el criterio de análisis de la jurisprudencia norteamericana. En efecto, el ministro de la Corte se remitió al debate parlamentario (la historia legislativa) de la Ley de Reforma del Estado, para ver si el Decreto en cuestión, al modificar el régimen del trabajo portuario, había alterado o no los objetivos de la privatización previstos en esa ley. Y allí focaliza las palabras del miembro informante del Congreso, por la mayoría, señalando que aludió a la crisis profunda de la actividad económica por la que atravesaba el país y con un gran déficit presupuestario).

Concluye el Dr. Boggiano que de ese DEBATE PARLAMENTARIO surgió la intención de la mayoría de los legisladores de adoptar soluciones para eliminar o reducir desequilibrio de cuentas públicas, con eficaz prestación de servicios, considerando que el Decreto Nro. 817/92 tuvo en cuenta que el régimen laboral de la actividad portuaria generaba gravosos costos a economía, dejando sin efecto esas normas que distorsionaban la productividad.

Refiere finalmente a la eficacia del aparato gubernamental en su conjunto, colaborando la legislación y la administración en conjunto (que precisamente es uno de los criterios de interpretación que ya hemos analizado, proveniente de la Corte Suprema de Justicia norteamericana).

9.4.3. Los Dres. Fayt y Belluscio, en su voto conjunto EN DISIDENCIA, si bien partieron de la misma premisa en cuanto a que la delegación para ser válida debe contener en la ley pertinente, los estándares inteligibles que guíen la actuación del órgano administrativo, consideraron sin embargo insuficiente la pauta de delegación invocada

por el Poder Ejecutivo al dictar el Decreto Nro. 817/92 (en base al Art. 10 de la Ley 23696 de Reforma del Estado).

Afirmaron en tal sentido, que se había tratado de una *suerte de delegación legislativa indeterminada y vasta, quebrándose el Estado de Derecho*, al considerar que las leyes citadas por el voto mayoritario (como bloque de legalidad de la delegación) no brindaban ningún patrón inteligible que habilitara al Ejecutivo a derogar leyes laborales, o suspender convenios colectivos.

9.4.4. Por su parte la disidencia del Dr. Petracchi (por su voto) enfoca cada una de las inconsistencias alegadas por el Estado Nacional y convalidadas por el voto mayoritario del Tribunal, en pos de fundar la validez del Decreto 817/92; a saber:

*el Art. 10 de la Ley de Reforma del Estado resulta inapropiado a tales efectos, ya que no puede privatizarse lo que ya estaba privatizado, habida cuenta que la actividad de control y descarga de cargas marítimas ya se encontraba en manos privadas antes del dictado del Decreto 817/92;

*la invocación de la Ley 23697 de Emergencia Económica, tampoco atraviesa el test de validez, en tanto la facultad otorgada por dicha ley al Ejecutivo de revisar regímenes de empleo de la Administración Pública Nacional y entes autárquicos, no abarca ni comprende a los convenios colectivos de trabajo;

*la invocación de la Ley de Puertos, tampoco es útil a la validez del Decreto 817/92, ya que fue dictada con posterioridad a aquél.

Concluye en consecuencia, sosteniendo que el Decreto 817/92 habría sido dictado en ejercicio de las atribuciones del art. 86 inc. 2 de la Constitución Nacional, siendo inválido al reglamentar per se, derechos constitucionales.

9.5. La Reforma Constitucional del año 1994. El Art. 76 de la Constitución Nacional de la República Argentina.

A partir de 1994, los reglamentos delegados tienen consagración constitucional en el Art. 76, cuyo principio es la "prohibición de delegación", admitiéndola excepcionalmente en materias de administración y en casos de emergencia pública; con plazo de caducidad al Ejecutivo para hacer uso de la facultad delegada.

El Jefe de Gabinete debe refrendar el reglamento delegado (Art. 100, inc. 12) y es controlado por la Comisión Bicameral permanente.

En cuanto a la delegaciones preexistentes, la Cláusula transitoria octava de la Constitución determinó que caducaban a los cinco años, excepto que fuera ratificadas por el Poder Legislativo de modo expreso por una nueva ley.

Bidart Campos ya sostenía que no podía haber delegación en materia penal, tributaria, electoral, y régimen de partidos políticos.

Esta posición fue asumida por la Corte Suprema Argentina en el caso "Selcro c / Jefatura de Gabinete" (2003), fallo en el cual se sostuvo que respecto a una tasa (en el

caso, la contraprestación con relación a servicios que presta la Inspección General de Justicia), resulta aplicable el principio de “reserva de la ley”.

El Tribunal afirmó que “ni un Decreto del Poder Ejecutivo ni una decisión del Jefe de Gabinete pueden crear válidamente una carga tributaria, ni diferir o modificar sin sustento legal, los elementos esenciales del tributo. Esa delegación legislativa es inválida, pues no establece límite alguno ni una clara política legislativa para ejercer tal atribución”.

De más está advertir, que ni siquiera hubiera sido necesaria la referencia a la inexistencia de pautas claras para la delegación, en tanto el primer argumento sustancial es que la materia tributaria es indelegable.

“Los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias en que la C.N. por excepción en el Art. 76 autoriza bajo determinadas circunstancias, la delegación”.

La Ley Nro. 25148 fijó las materias determinadas de administración, conteniendo supuestos taxativos tales como “creación, organización y atribuciones de entes autárquicos institucionales, y toda entidad que le competa al Poder Legislativo crear, organizar, incluyendo correos, bancos, entes impositivos y aduaneros, entes educacionales de instrucción general y universitaria, entes vinculados al transporte y colonización”; “la fijación de las fuerzas armadas y su organización”; “la organización y atribuciones de la Jefatura de Gabinete y Ministerios”; “la creación y organización del organismo fiscal federal de coparticipación de impuestos”; “legislación en materia de servicios públicos”; agregando en el último inciso una cláusula general que permite incluir una gama extremadamente variada de supuestos (“toda otra materia que se relacione con la administración del país”).

9.5.1. Uno de los casos más recientes y trascendentes sobre delegación legislativa y ratificación de legislación delegada, es el precedente “CAMARONERA PATAGONICA S.A. c/ Ministerio de Economía s/Amparo (CSJN, 15.04.2014).

La Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata declaró la inaplicabilidad e inconstitucionalidad de dos resoluciones emanadas del Ministerio de Economía Nacional que habían fijado derechos de exportación (las llamadas “retenciones aduaneras”), argumentando que *la regla es la prohibición de delegación, salvo supuestos concretos; *que el Presidente tiene vedado emitir disposiciones legislativas, salvo los Decretos de Necesidad y Urgencia, pero excluye expresamente en el Art. 99 inc. 3 CN la materia tributaria; * que la Resolución Nro. 11/02 del M.E. es de naturaleza impositiva, y por ende, contraviene el principio de legalidad tributaria; *que en su caso, la delegación se ejerce mediante decretos del Poder Ejecutivo, y no por un Ministro, porque la subdelegación no es admisible (art. 100 inc. 12). Asimismo, el Tribunal de Alzada analizó, desde la delegación impropia, si las resoluciones ministeriales cuestionadas se ajustaban al marco regulatorio dictado por el Congreso (esto es, la Ley 25561 de Emergencia en

materia social, administrativa, cambiaria y económica), concluyendo que eran violatorias del principio de reserva legal, sin que el interés público invocado por la Aduana al establecer esas retenciones, pudiese salvar su inconstitucionalidad.

La Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) interpuso Recurso Extraordinario contra dicho pronunciamiento, alegando que la Ley 25.561 se ajustaba al art. 76 de la CN, así como que el Art. 755 del Código Aduanero facultaba al Poder Ejecutivo a gravar las mercaderías con derechos de exportación, no existiendo norma que prohibiera al órgano ejecutivo delegar esas funciones en otros departamentos de Estado.

La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA, en su fallo, puntualizó la naturaleza tributaria de los derechos de exportación, a propósito de la Res.11/02 del M.E. que para determinadas mercaderías, había fijado ciertos derechos de exportación para consumo, con fundamento en el Código Aduanero y la ley de Emergencia 25561. En tal sentido, dispuso un derecho de exportación del 5% para mercaderías comprendidas en Nomenclatura del Mercosur, que se elevaba al 10% para las expresamente mencionadas en unos anexos de la citada resolución.

Se trata, sostuvo, de cargas pecuniarias coactivas para el sujeto pasivo, con destino a las arcas públicas; y la finalidad extrafiscal invocada por el Ministerio de Economía (en torno a la “necesidad de atenuar el efecto de las medidas cambiarias sobre los precios internos”), no alteraba ni modificaba la naturaleza de tributo del derecho establecido.

Con remisión al texto constitucional, el Alto Tribunal afirmó que conforme a los Arts. 4, 17 y 52, le corresponde exclusivamente al Poder Legislativo la facultad de imponer las contribuciones del art. 4. Agregó que “la atribución de crear tributos es la más esencial al sistema republicano y representativo de gobierno...; y la legalidad tributaria no cede cuando se actúa conforme a delegación legislativa”.

Resulta enriquecedora la lectura del Considerando 8 del fallo, en el cual la Corte remite a las palabras de Juan Bautista Alberdi.

Pero a mayor abundar, y sin perjuicio de los contundentes argumentos anteriores, la Corte realiza un tercer estadio de análisis, a fin de determinar si eventualmente la delegación podría haber sido válida, para cuyo propósito examina si se han dado o no las condiciones necesarias para ello.

Desde esa óptica, el Tribunal sostuvo que ni el Código Aduanero ni la ley 25561 tienen los mínimos elementos estructurales del tributo que se crea; no hay una clara política legislativa a la cual deba atenerse el Presidente. El Código Aduanero no cumple tal exigencia, pues no sólo no prevé una alícuota para las retenciones que se pretendía aplicar a Camaronera Patagónica, sino que ni siquiera fija topes máximos que limiten la actuación del Poder Ejecutivo; y la Ley 25661 de emergencia económica, sólo refiere en uno de sus artículos, a los derechos de exportación de hidrocarburos.

Sin embargo, y como existieron leyes que ratificaron la legislación delegada, el voto mayoritario del Tribunal sostuvo la invalidez e inconstitucionalidad de la Resolución Nro. 11/02 desde su entrada en vigencia (marzo de 2002) y hasta el 24/08/2002, fecha en que entró a regir la ley de ratificación 25645, que le otorgó rango legal para el futuro.

Resulta relevante el voto en disidencia y en conjunto de los Dres. Carmen Argibay y Enrique Santiago Petracchi, eximios juristas de superlativo nivel intelectual, que honraron con sus opiniones la actuación del máximo Tribunal de la República; y valga como recordatorio a sus memorias, la síntesis de su disidencia en el caso:

- a. La cláusula transitoria octava dispuso que la legislación delegada que no tuviera plazo determinado para su ejercicio, caducaría a los 5 años de esta disposición, excepto que fuera ratificada por una nueva ley.
- b. Sucesivas leyes, con posterioridad al año 1994 (desde el año 1999) Nros. 25148, 25645, 25918, 26135 y 26519, establecieron la ratificación de toda la legislación delegada dictada antes de a reforma constitucional.
- c. Sin embargo, la voluntad legislativa, para ser entendida como un aval a las normas que se ratifican, debe ser clara y explícita; y eso no ocurrió respecto a la Resolución 11/02, pues ninguna de las leyes de ratificación señaladas parecen que hayan querido avalar la Res. 11/02 (más aún, tratándose de materia ajena a las del Art 76).
- d. Agregaron los Dres. Argibay y Petracchi que la propia ley 26.519 puso en evidencia que pese a transcurrir más de 10 años desde el vencimiento del plazo de 5 años que el convencional le concedió al Congreso para expedirse, éste no ha logrado determinar qué leyes son las que delegan facultades y/o cuáles están vigentes, modificadas o derogadas. – Y que la Comisión Bicameral especial creada para revisar, estudiar y analizar la totalidad de la legislación delegada preexistente, culminó su tarea con un Informe Final el 30.06.10, y a la fecha (año 2014) el Congreso aún no se había expedido.

Para finalizar, los ministros mencionados del Alto Tribunal recuerdan palabras del Dr. Sebastián Soler, en su famoso Dictamen 247:121, al señalar: *“Cuando un determinado poder, con el pretexto de encontrar paliativos fáciles para un mal social, recurre a facultades que no está investido, crea un peligro que entraña mayor gravedad y que una vez desatado, se hace de difícil contención: el de identificar atribuciones legítimas en orden a lo reglado, con excesos de poder. Poco a poco la autoridad se acostumbra a incurrir en extralimitaciones... y se transforma con mayor o menor tiempo, en condiciones normales de ejercicio del poder. Ocurre después algo peor. Los gobernantes se familiarizan con el ejercicio de facultades discrecionales para resolver problemas. Y entonces, siempre como si el derecho escrito vigente hubiera sido sustituido o derogado por un nuevo derecho consuetudinario, cada sector de la comunidad exige, si está en juego el propio interés y es preciso para*

contemplanlo, que la autoridad recurra a cualquier exceso o desvío de poder. A cualquiera, no le importa en qué medida, basta que sea idóneo para que la pretensión reclamada sea inmediata y favorablemente acogida; y así como su concesión no comprometa el patrimonio estatal será más fácil y cómodo para el gobierno acordar a lo pedido que negarlo.

El voto concluyó entonces considerando a la Resolución Nro. 11/02 inconstitucional por no cumplir con el principio de reserva de ley en materia tributaria; y asimismo dicha inconstitucionalidad la declararon sin límite temporal alguno, es decir, desde su entrada en vigencia, pues las leyes dictadas con posterioridad a la reforma constitucional ratificando la legislación delegada, NO RESULTAN APTAS para ratificar el contenido de la Res.11/02 M.E.

10. PARA TERMINAR ESTE TRABAJO, CABE PREGUNTARNOS SI ACTUALMENTE EN ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA, SE SIGUE APLICANDO EN MATERIA DE DELEGACIÓN LEGISLATIVA, LA DOCTRINA SENTADA EN EL CASO “CHEVRON”

Un fallo actual, dictado por la Corte Suprema norteamericana, el 20/05/2013 en la causa “CITY OF ARLINGTON TEXAS v. FEDERAL COMMUNICATION COMMISSION”, es interesante a esos efectos.

El caso llegó a la Corte Federal por certiorari de la Corte de Apelaciones del 5to. Circuito.

10.1. Los hechos del caso.

*En relación a la comunicación inalámbrica, y los sitios para la instalación de torres y antenas, la Ley de Comunicaciones, en la “Sección 201-b” autorizó a la Comisión Federal de Comunicaciones a “dictar reglamentos y regulaciones que fueren necesarios, en el interés público, para implementar y concretar los objetivos de la ley”; y por otro lado, la “Sección 332 (c) (7) (8) (ii)” determinó que la intervención de los gobiernos locales o estatales en los trámites de solicitudes para instalar redes inalámbricas, concediendo o no el pedido, debían concluirse “dentro de un período razonable de tiempo” desde la presentación de aquella solicitud.

*En Julio de 2008, la Asociación de Telefonía Inalámbrica solicitó a la F.C.C. que *clarificara el significado de “período razonable de tiempo” de la Sección 332*, en base al cual las autoridades locales debían actuar en relación a los pedidos de autorización de sitios de instalación; ello así, en razón de las grandes demoras que en los hechos se producían.

*En Noviembre de 2009, la F.C.C. en ejercicio de sus amplios poderes para implementar las disposiciones de la ley, emitió una Declaración Regulatoria, en la cual *dispuso que la expresión “período razonable de tiempo” es de 90 días si se trata de procesar*

un pedido de instalación de una nueva antena en una torre existente, y de 150 días, para procesar todos los demás pedidos.

*Las ciudades de San Antonio y de Arlington se opusieron a adoptar esa Declaración Regulatoria, sosteniendo que la Comisión Federal carecía de facultades para interpretar las disposiciones ambiguas de la Sección 332 de la ley, en base a dos argumentos que surgían de la misma ley:

- a. una de esas cláusulas (saving clause – “sección 332 –c–”) disponía que la ley no limitará o afectará las facultades de los gobiernos locales o estatales;
- b. otra cláusula (“sección 332 (c) (7) (B) (v)”), permitía a cualquier que se considerara afectada por la decisión u omisión del gobierno local o estatal, solicitar su revisión judicial).

*Por ende, las dos ciudades plantearon la revisión judicial de esa regulación ante la Corte de Apelación del 5to. Circuito, sosteniendo que jamás podría interpretarse que el Congreso habría tenido intención de validar la autoridad de la Comisión Federal de Comunicaciones para interpretar qué debía entenderse por “período razonable de tiempo”, interpretación que por ende, había sido realizada con exceso de facultades.

10.2. El fallo de la Corte de Apelación.

La Corte de Apelación se basó en el precedente “CHEVRON USA Inc. v/ Natural Resources Defense Council”, y lo aplicó a esta cuestión, pues dijo que la ley era ambigua, y que la regulación de esa Comisión Federal era una construcción permisible de la ley, pues la ley le confería un amplio poder regulatorio.

10.3. El fallo de la Corte Suprema de Justicia norteamericana.

Vamos a analizarlo siguiendo en primer lugar el voto de la mayoría (Jueces Scalia, Thomas, Ginsburg, Sotomayor y Kagan), para luego desentrañar también la interesante postura de la disidencia, encabezada por el Juez Roberts, seguido de los jueces Kennedy y Alito.

10.3.1. Opinión del Juez Scalia por la mayoría, con la concurrencia señalada anteriormente:

Los tópicos fundamentales de esta opinión, se resumen seguidamente:

- a. *Este caso vuelve sobre el alcance de la doctrina sentada en Chevron: si el Tribunal advierte que el Congreso habló claro del tema, la Corte y la agencia tienen que estar a esa intención. Pero si la ley es silenciosa o ambigua, respecto a un tópico específico, la Corte debe ver si la respuesta de la agencia está basada en una interpretación plausible o en una construcción permisible de la ley.*
- b. La Corte, siguiendo entonces a Chevron, debe dar deferencia a la interpretación que la agencia ha realizado de la ambigüedad de la ley.
- c. El poder de las agencias para actuar y cómo deben actuar es imperativamente determinado por el Congreso. Por ende cabe analizar si la agencia ha ido más allá, o no, de lo que el Congreso le ha permitido hacer.

- d. Chevron ha aplicado muchas veces, dando deferencia a la interpretación que la agencia ha realizado sobre el alcance de sus propias facultades, ya sea tanto cuando la ley ha pretendido recortarle facultades, como cuando la agencia realiza una interpretación expansiva de sus poderes.
- e. Sobre el rol de los jueces, sostiene que no se deben transferir decisiones interpretativas de las agencias a las cortes federales, porque los jueces no deben hacer política legislativa.
- f. Concluye finalmente, que en este caso se dan las condiciones para aplicar Chevron: dar deferencia a la regulación de la Comisión Federal, porque el Congreso de MODO CLARO le dio a aquélla los poderes generales para administrar la Ley de Comunicaciones, a través del dictado de reglamentos y actos particulares. Y la interpretación de la agencia, en cuestión (relacionada con los plazos para concluir trámites de solicitudes de instalación), fue promulgada en el ejercicio de esa autoridad, y está basada en una construcción permisible de la ley.
- g. Confirma por ende, la sentencia de la Corte de Apelación.

10.3.2. Opinión del Juez Breyer, concurriendo en parte con la mayoría y concurriendo en la decisión.

Afirma que si el Congreso habló en forma ambigua, esa es una señal de que el Poder Legislativo ha tenido la intención de que una corte preste particular atención a la interpretación de la agencia (con cita a "Gonzalez v. Oregon", 546 U.S. 243, 258-269 (2006)).

En tal circunstancia, señala que deberán tenerse en cuenta para el análisis, diversos factores, tales como *el texto de la ley; *la estructura del esquema legal;* los cánones de construcción textual. Y ello además puede venir acompañado de la *experticia de la agencia, *la importancia de la cuestión que la agencia administra, *la complejidad de la administración, como para llenar esta brecha con una interpretación que lleve adelante la fuerza de la ley. Considera también importantes los propósitos de la ley, incluyendo aquellos revelados en parte por la historia legislativa. Posteriormente, y analizando el caso concreto de autos, afirma que varios factores han favorecido los argumentos esgrimidos por la Comisión Federal de Comunicaciones acerca de que estaba investida de facultades para determinar "el período de tiempo" que estimaba como razonable, para la gestión de las solicitudes de instalación de antenas: (i) los amplios poderes que en el lenguaje de la ley, están conferidos con palabras abiertas a la Comisión; y (ii) la materia administrativa compleja involucrada, jugando un rol importante la experiencia de tal agencia, para dar respuesta a la "razonabilidad" de la que la ley habla.

Concurre en la decisión con la mayoría.

10.3.3. La opinión disidente del Juez Roberts, concurriendo Kennedy y Alito.

Estos jueces manifiestan su desacuerdo fundamental con lo resuelto por la mayoría (decisión del Tribunal), afirmando que una corte no debe dar deferencia a la

agencia, salvo que la Corte decida, por sí misma, que la agencia tiene derecho a esa deferencia.

La cuestión a dilucidar, sostienen, es si el Tribunal es el que por sí mismo, va a decidir si la agencia tiene esa autoridad o facultades, sin deferencia a la opinión de la agencia.

El Juez Roberts nos habla de la realidad de las agencias administrativas, que concentran poder regulatorio (legislativo), facultades ejecutivas y también jurisdiccionales, cuando deciden ejecutar acciones e imponer sanciones a aquéllos que violaron esas regulaciones.

Señala que los autores de la Constitución jamás podrían haber visualizado la gigantesca burocracia estatal federal actual, la cual en los últimos quince años, ha crecido exponencialmente, habiendo el Congreso creado más de 50 agencias administrativas, con un grado importante de independencia. Tampoco podrían haber imaginado el poder que esas agencias detentan sobre las actividades económicas, sociales y políticas. Muchas veces, indica, han sido catalogadas como la cuarta rama del gobierno.

El Juez Roberts y los que concurren en su opinión, piensan que este fenómeno debe tener un freno, y se preguntan entonces si deben incrementarse las facultades de las agencias administrativas, para incluir no sólo el amplio poder de dar respuestas a cuestiones dejadas a ellas por el Congreso, sino también el amplio poder para decidir cuándo el Congreso les ha dado ese poder.

Citan a "Marbury v. Madison" (1803), fallo en el cual la Corte norteamericana sostuvo que es deber del Poder Judicial decir qué es la ley. – Y la Ley de Procedimiento Administrativo Federal (APA), que regula la revisión judicial de la acción de las agencias administrativas, instruye a las Cortes revisoras acerca de que deben decidir todas las cuestiones relevantes de derecho (5 U.S.C. Sección 706).

Dice el Juez Roberts que los jueces dan deferencia obligatoria a una permisible interpretación que haga una agencia de las ambigüedades legales, siempre que por sí mismos, los jueces puedan concluir que el Congreso ha delegado en los hechos a la agencia, facultades legislativas para interpretar una particular ambigüedad de la ley, de modo específico.

Es decir, es el tribunal quien por sí mismo, tiene el deber de concluir si el Congreso ha hecho eso, antes de aplicar la doctrina de Chevron. Es decir, una Corte resuelve de novo si una agencia administrativa ha actuado dentro de los límites de las facultades legislativas delegadas por el Congreso para regular un tópico en particular; para dar luego deferencia a la interpretación de la agencia, si se trata de una interpretación plausible de la ley.

Concluye la disidencia, opinando que debe enviarse el caso nuevamente a la Corte inferior para que se expida sobre ello.

10.3.4. En los fallos de la Corte Suprema, los jueces de la mayoría, al final del pronunciamiento, responden y/o refutan las opiniones de los ministros que manifestaron su disenso (el voto en disidencia).

En tal sentido, el Juez Scalia afirmó que “la minoría ha señalado que otorgar de modo general a la Comisión Federal de Comunicaciones la facultad de dictar reglamentos para el mejor cumplimiento de los objetivos de la ley (según lo contempla la Sección 201), no implica validar los reglamentos para todas las materias que la agencia está encargada de administrar”. “La minoría propone que, aún cuando el poder general de regulación fuera claro, cada reglamento de la agencia debería quedar sujeto a una decisión judicial acerca de si un determinado tópico particular, en su caso, fue sometido a la discreción regulatoria de la agencia”.

A criterio de Scalia, “ello implicaría un verdadero caos, si las trece (13) Cortes de Apelación aplicaran el test de analizar nuevamente – de novo – en sede judicial, todas las circunstancias, porque se destrozaría el efecto obligatorio de las regulaciones de las agencias”.

Como vemos, el fallo es jugoso, y en el tema de la delegación, la opinión disidente pone límites antes no plasmados en los fallos previos analizados de deferencia judicial a la actividad regulatoria de las agencias administrativas.

11. Para concluir, esta visión comparativa entre el sistema jurídico norteamericano y el argentino, marca notas comunes y asimismo, diferencias sustanciales en los criterios interpretativos, seguidos en uno y otro país, en torno a la validez de la delegación legislativa y de los reglamentos delegados dictados en su consecuencia. Este panorama ha abarcado en ambos regímenes legales, el esquema constitucional y legal en los tópicos que nos ocupan, así como su evolución jurisprudencial hasta la actualidad, con fallos recientes de las Cortes Supremas de Argentina y de Estados Unidos de Norteamérica.

Valga sólo como un aporte al conocimiento y aplicación práctica de esta temática, que sea motor de reflexiones, de dudas y de enriquecedoras conclusiones personales.



Uma ideia de Constituição *

An idea of Constitution

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR**

Universidade Federal de Pernambuco (Brasil)
edilsonnobre@trf5.jus.br

Recebido/Received: 14.04.2014 / April 14th, 2014
Aprovado/Approved: 30.04.2014 / April 30th, 2014

Resumo

O presente artigo objetiva traçar aquilo que, nos dias atuais, pode ser tido como conceito de constituição, partindo-se de uma retrospectiva até chegar no que vem, atualmente, sendo denominado Estado constitucional, onde aquela incorpora densidade valorativa tal que a autoriza a se qualificar como a ordem jurídica fundamental da coletividade.

Palavras-chaves: Constitucionalismo; constituição; estado constitucional

Abstract

This article intends to delineate what, nowadays, can be known as a concept of constitution, starting from a retrospective until it reaches what is currently been called constitutional State, where the constitution incorporates evaluative density, such that authorizes it to qualify itself as the fundamental law of society.

Keywords: Constitutionalism; constitution; constitutional state

Como citar este artigo | How to cite this article: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma ideia de Constituição. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 111-145, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40251>

* Este escrito é o primeiro de uma série de quatro, todos contendo um mesmo liame lógico, os quais são hábeis, uma vez integrados num conjunto, para dar lugar a um livro. As funções de magistrado – que, a despeito da incompreensão da sociedade, são as mais exigentes em dedicação dentre as demais atividades jurídicas, sem que estas percam o seu relevo, – impossibilitaram-me de escrever o trabalho pretendido de uma só assentada, o que se agravou com o exercício da Vice-Presidência do Tribunal Regional Federal da Quinta Região, em virtude da qual me foi atribuído o múnus de examinar a admissibilidade de milhares de recursos extraordinários e especiais. Segue, então, o capítulo inicial, à esperança que, nos dias vindouros, o tempo seja compreensivo e me permita integralizar o trabalho, dedicado ao exame do relacionamento entre a jurisdição constitucional e o legislador.

** Professor da Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco (UFPE – Recife-PE). Doutor e Mestre em Direito Público pela UFPR. Desembargador do Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Segundo ocupante da Cadeira Dezesesseis da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte.

SUMÁRIO

1. À busca de um conceito. 2. A constituição no correr do tempo. 3. A constituição do Estado constitucional. 4. A matéria constitucional. 5. Algumas conclusões. 6. Referências.

1. À BUSCA DE UM CONCEITO

Um dos desafios mais instigantes e, ao mesmo tempo, penosos, da ciência jurídica – e que é reflexo dos mistérios que envolvem a verdade científica – é a procura da definição de seus institutos. Essa circunstância se faz presente, com intensidade, quando a tarefa é a de buscar uma compreensão do que seja constituição.

A problemática se põe seja pela pluralidade semântica que o vocábulo “constituição” faz evocar, ou, ainda, pela existência, no plano do tecnicismo jurídico, de inúmeras definições que, na sua maioria, portam, não obstante as suas diferenças, elementos comuns.

Essa preocupação não passou despercebida por García-Pelayo¹, ao afirmar que o conceito de constituição é um daqueles a oferecer uma maior pluralidade de formulações, o que acontece por dois motivos. Inicialmente, aponta o autor a circunstância dos conceitos jurídico-políticos, em sua maioria, serem conceitos polêmicos, por referirem-se à substância da existência política de um povo. Noutro passo, há uma razão de ordem objetiva, consistente no fato de a constituição formar um liame entre diversas esferas da vida humana, nas quais se inter-relacionam setores da realidade política, jurídica, sociológica, entre outros.

A dificuldade em se conceituar o que venha a ser a constituição fez com que a doutrina se lançasse a sistematizar as mais diversas definições. Talvez seja possível atribuir-se um pioneirismo a Carl Schmitt², cujo relevo de sua lição é demonstrado pela sua atualidade incontestes.

Delinea aquele uma significação absoluta e outra relativa de constituição. A primeira delas, no entender do autor, permite abrigar quatro sentidos, a saber: a) a maneira concreta de ser de qualquer unidade política (um Estado particular e concreto); b) a forma especial de domínio que afeta cada Estado, ou seja, a constituição é identificada com a forma de governo; c) o princípio do futuro dinâmico da unidade política, isto é, o fenômeno da contínua renovação da unidade política; d) a regulação legal fundamental, ou seja, o sistema de normas últimas e supremas (Constituição como norma das normas), concepção que parece ter alcançado uma maior aceitação doutrinária.

¹ **Derecho constitucional comparado**. Madri: Alianza Editorial, 1993, p. 33.

² **Teoría de la constitución**. Madri: Alianza Editorial, 1982, p. 36-40 e 45.

Noutro pórtico, é cogitado o sentido relativo ou formal, consistente numa lei fundamental determinada. Desprende-se, assim, de todo e qualquer critério objetivo e de conteúdo. Afiguram-se indiferentes quais os temas disciplinados pelo seu texto³.

Volvendo-se a García-Pelayo⁴, é encontradiço o desenvolvimento de três concepções distintas. Uma delas é a concepção racional normativa, a visualizar a constituição como um sistema de normas que disciplina de forma total e exaustiva as funções fundamentais do Estado, regulando os seus órgãos, o âmbito de suas competências e as relações entre eles. É dele característico a consideração da constituição unicamente como a constituição expressa juridicamente e de forma escrita, operando como garantia de racionalidade frente à irracionalidade dos costumes. Aproxima-se do conceito formal de constituição.

Em seguida, traz o autor o conceito histórico tradicional, a preconizar que a constituição de um povo não se qualifica como um produto da razão, mas sim uma estrutura que resulta duma lenta transformação histórica. Daí que aquela não é a resultante de um ato único e total, mas, diversa e assiduamente, de atos parciais que são o reflexo de situações concretas, bem assim de usos e costumes de lenta formação. Por isso, afigura-se cristalino que a constituição não necessita revestir-se da forma escrita integralmente, não se podendo obscurecer o costume, o qual deve ostentar a mesma qualidade que lhe corresponde na teoria do Direito elaborada sob as bases historicistas⁵.

Numa terceira ordem, traz o autor o conceito sociológico, o qual, apartando-se das concepções racional e histórica, louva-se nas seguintes constatações: a) a constituição é preferencialmente uma forma de ser e não de dever ser; b) a constituição não é produto do passado, mas imanência de situações e estruturas sociais do presente; c) a

³ Isso é perceptível através da seguinte parcela do texto do autor: "Para este conceito <<formal>> é indiferente que a lei constitucional regule a organização da vontade estatal ou tenha qualquer outro conteúdo. Já não se perguntará por que uma prescrição legal-constitucional necessita ser <<fundamental>> (grundlegend). *Este modo de consideração relativizadora, chamada formal, faz indistinto tudo o que está numa <<Constituição>>; igual, é dizer, igualmente relativo*" (Para este concepto <<formal>> es indiferente que la ley constitucional regule la organización de la voluntad estatal o tenga cualquier otro contenido. Ya no se preguntará por qué una prescripción legal-constitucional necesita ser <<fundamental>> (grundlegend). Este modo de consideración relativizadora, llamada formal, hace indistinto todo lo que está en una <<Constitución>>; igual, es decir, igualmente relativo. Loc. cit., p. 45).

⁴ **Derecho constitucional comparado.** Madri: Alianza Editorial, 1993, p. 34-53.

⁵ Recentemente, do paralelo entre história e constituição se ocupou Gustavo Zagrebelsky (**Historia y constitución.** 2ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2011, p. 90. Tradução e prólogo de Miguel Carbonell), *para quem a interpretação de uma constituição informada por princípios representa um ato que relaciona um passado constitucional que se assumiu como valor e um futuro que se apresenta como um problema a ser solucionado numa relação de continuidade. Durante a tentativa de desenvolver o seu remate, bem assinalou o autor: "As constituições de nosso tempo observam o futuro tendo firme o passado, é dizer, o patrimônio de experiência histórico-constitucional que querem salvaguardar e enriquecer"* (Las constituciones de nuestro tiempo miran al futuro teniendo firme el pasado, es decir, el patrimonio de experiencia histórico-constitucional que quieren salvaguardar y enriquecer". Loc. cit., p. 91).

constituição não se apoia numa norma transcendente, revelando que a sociedade tem a sua própria “legalidade”, refratária à pura normatividade e impossível de ser domada por esta; d) o que deverá possuir relevo é a vigência e não a validade ou a legitimidade.

Singulariza o conceito sociológico a compreensão de que a estrutura política real de um povo não é definida pelas regras normativas, sendo, ao invés, expressão de uma infraestrutura social. Dessa maneira, se as normas escritas se pretendam vigentes, terão de se amoldar à sistematização da realidade social que lhes subjaz⁶.

Presentes essas diversas concepções, passaremos a enumerar algumas tentativas de definição.

Assim, enfocando o seu componente revolucionário, resultante do movimento constitucionalista, o qual teve como finalidade o rompimento com o passado do absolutismo monárquico, tem-se Jorge de Miranda⁷, que, às voltas com a questão em escrito anterior à Constituição da República Portuguesa de 1976, aponta a constituição como um diploma normativo que vai além do seu traço de dotar um povo duma organização, a revelar a saliência do seu papel de garantia em favor dos cidadãos, pois, somente assim, ter-se-á como possível a limitação do poder⁸.

Esse modo de ver, de feição restritiva, justamente porque inicial, inspira-se no constitucionalismo liberal, que gravitou em torno do art. 16º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, ao enunciar: “Toda sociedade, na qual não se assegure a garantia dos direitos nem se determine a separação de poderes, não tem Constituição”.

Permeia-se, assim, a fusão do elemento formal, consistente na presença de documento escrito, com um campo de disciplina material bastante reduzido, balizado pelo regramento da atuação dos diversos segmentos estatais e a enunciação dum elenco não extenso de direitos fundamentais, notadamente de natureza civil e política⁹.

⁶ Dentre os diversos adeptos, restou bastante difundida e, até mesmo, popularizada, a esse respeito, a opinião de Ferdinand Lassale. Este, em trabalho bastante conhecido (**Qué es una Constitución?** Barcelona: Ariel, 2012, p. 98 e 100. Tradução de Wenceslao Roces), enfatizou que os problemas constitucionais, antes de constituírem problemas jurídicos, constituem problemas de poder, de modo que a verdadeira constituição de um país reside nos fatores reais e efetivos de poder que regem predominantes naquele. Assim, a constituição, quando não se ajusta à realidade dos fatores de poder, não passará duma folha de papel.

⁷ **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade.** Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 33. O trabalho foi escrito durante os anos de 1965 a 1967.

⁸ Incisivo quanto ao realce à nota garantidora da Constituição, pronunciou-se o autor: “O Estado Constitucional é o que entrega à Constituição o prosseguir a salvaguarda da liberdade e dos direitos dos cidadãos, depositando as virtualidades de melhoramentos na observância dos preceitos que sejam alçados a um plano hierarquicamente superior. A Constituição é a primeira garantia dos direitos individuais” (*loc. cit.*, p. 33).

⁹ A tentativa de confinar a matéria constitucional à definição da atuação dos órgãos estatais, acrescida da afirmação de direitos civis e políticos, foi uma constante do constitucionalismo vivenciado até o final do século XIX. Basta ver o art. 178 da nossa Constituição Imperial, o qual dispunha: “É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, pôde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislativas

Outro conceito, exposto numa maior amplitude, é o formulado por Carlos S. Fayt¹⁰, ao visualizar, inicialmente, a constituição como a lei primeira, suprema e fundamental da organização política. É primeira porque a constituição inaugura a ordem jurídica duma determinada comunidade, sendo o fundamento de validade das demais normas jurídicas. Disso emana a sua supremacia, a impedir a subsistência dos atos, normativos ou não, que colidam com os seus mandamentos.

Segundo o autor, a constituição, na sua composição, apresenta três elementos essenciais, a saber: a) os direitos individuais e sociais e suas defesas diretas e indiretas; b) um governo e sua organização; c) os fins e os meios do governo instituído.

Vai-se aqui além duma organização do poder político, bem como da consagração de direitos que têm por fim a contenção daquele. Notabiliza-se, inicialmente, pelo reconhecimento dum universo maior de direitos dos cidadãos, com reflexo nos campos econômico e social. De outro lado, o seu realce emerge pela indicação de objetivos a serem atingidos pelos governos.

Outras definições merecem destaque, as quais são formuladas mediante a combinação de mais de uma perspectiva conceitual. Uma delas é a de Dalmo de Abreu Dallari, para quem a constituição configura “a declaração da vontade política de um povo, feita de modo solene por meio de uma lei que é superior a todas as outras e que, visando a proteção e promoção da dignidade humana, estabelece os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo e do governo”¹¹.

A definição é bem apreendida a partir da decomposição de seus elementos. O primeiro deles diz respeito à vontade política de um povo, não de um ou alguns indivíduos, ou mesmo duma parte menor ou maior daquele. Cuida-se aqui de expressar o poder de autodeterminação de uma sociedade em sua íntegra.

O modo solene que deve permear a declaração de vontade tendente a estabelecer uma constituição significa que a vontade política do povo há de ser obtida de acordo com formalidades previamente estabelecidas. Com isso, permite-se que o povo, na qualidade de titular do poder constituinte, possa acompanhar o processo de sua elaboração, o que, igualmente, é capaz de fornecer, no futuro, ao seu intérprete elementos para dirimir possíveis dúvidas.

Outra elementar é que a constituição se distingue das demais leis pela sua posição de supremacia, não podendo os seus comandos ser desrespeitados por nenhum ato ou comportamento tendente a produzir efeitos jurídicos, seja ele uma lei, um tratado, uma decisão judicial, ou mesmo um negócio jurídico.

ordinárias”. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 19-11-2012. Idêntico, salvo pequenas distinções de ortografia, o art. 144º da Constituição portuguesa de 29 de abril de 1826.

¹⁰ **Derecho político**. 7ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1988. Tomo II, p. 22.

¹¹ **Constituição & constituinte**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25-36.

A sua finalidade mais relevante – frisa o autor – está na proteção e promoção da dignidade humana, a qual, na qualidade de valor supremo, permite que sejam assegurados as liberdades e os direitos civis, bem como reduzidas as desigualdades sociais e econômicas.

Complementando, compete à constituição estabelecer os direitos e responsabilidades dos indivíduos, grupos sociais e do governo. Aqui o autor se reporta – e com mais intensidade aos grupos sociais – não somente à delimitação dos direitos fundamentais, mas também dos deveres dos destinatários ali referidos.

Opinião que, a esse respeito, não pode ser olvidada é a de Hesse¹². Após enfatizar que toda e qualquer união que se pretenda duradoura não prescinde de um ordenamento formado e aplicado conforme a vontade de seus membros, e que se caracteriza pela denominação de constituição, o autor indica que esta tem o seu sentido e significado revelado a partir de suas tarefas fundamentais. São elas: a) integração, consistente na formação e a manutenção da unidade política, conciliando as diversas vontades em face da adoção duma sociedade pluralista; b) organização, com normatização da arquitetura do Estado para o cumprimento de suas tarefas; c) direção jurídica, função que deverá ser cumprida não unicamente com relação ao Estado, abrangendo a disciplina jurídica da comunidade, assumindo papel relevante os direitos fundamentais, os quais deverão ser dotados de força vinculante para o ordenamento inteiro, propiciando, assim, a garantia da existência de um sistema jurídico moralmente legítimo.

Ditas tarefas – adverte o autor – são suscetíveis de variação no tempo, o que emana das características que envolvem a essência do interesse público.

Num remate, sugere Hesse que se deva visualizar a constituição como sendo “o plano estrutural básico, orientado por determinados princípios dotados de sentido, para a forma de uma comunidade”¹³.

Noutro escrito¹⁴, o autor, pretendendo descortinar a mesma essência, optou por definição mais sintética, vislumbrando a constituição como a ordem jurídica da comunidade.

De fato, a constituição, na qualidade de lei básica, não mais se limita à regência dos vínculos entre o Estado e os cidadãos, tendo a regulação legal fundamental paulatinamente se espalhado para fixar as diretrizes das relações da vida coletiva de forma unitária e integral. Tanto é assim que a Constituição de Weimar de 1919, em sua Parte Segunda, continha Título II relacionado à vida social, no qual se encontravam preceitos

¹² Constitución y derecho constitucional. In: **Manual de derecho constitucional**. Madri: Marcial Pons, 1996, p. 2-6. Tradução de Antonio López Pina.

¹³ “el plan estructural básico, orientado por determinados principios dotadores de sentido, para la forma jurídica de una comunidad” (*loc. cit.*, p.5-6).

¹⁴ Conceito e peculiaridade da constituição. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 86. Tradução de versão em espanhol por Inocêncio Mártires Coelho.

relativos à família (arts. 119 a 122). Mais recente, a Lei Fundamental de Bonn de 1949 também se refere à família (art. 6º) e à religião, aproveitando-se da subsistência de dispositivos da anterior (arts. 137 a 141), e, recentemente, da tutela do meio ambiente (art. 20a). Isso sem contar que trata do livre desenvolvimento da personalidade mediante a consagração da dignidade da pessoa humana (art. 1º) como núcleo que representa o ponto de partida e, ao mesmo tempo, o respaldo dos direitos fundamentais¹⁵.

Mesmo diante da fragilidade com a qual se reveste a verdade científica, é possível, a partir duma combinação das definições mencionadas, sugerir-se o seguinte: trata-se a constituição da lei primeira, fundamental. Mas não é só. Visa à disciplina da vida não somente do Estado, mas da comunidade, o que haverá de realizar mediante as tarefas de integração, de organização e de direção jurídica. Com isso, compete-lhe estatuir os direitos dos indivíduos e grupos sociais seja no campo civil e político como, igualmente, no econômico, social e cultural, definindo àqueles também as suas responsabilidades, bem como a determinação das competências e estrutura dos órgãos estatais e correspondente responsabilização.

É preciso não olvidar o fato de que qualquer tentativa de definição do que se deva inferir por constituição não se afigura imutável. Está, sem sombra de dúvidas, sujeita a variações e adaptações de conformidade com os fatores político-culturais predominantes numa determinada sociedade. Assim é que o conceito de constituições oscila diante do tempo e do espaço. Em face do tempo, porque o núcleo das tarefas do diploma constitucional não é estático¹⁶. Diante das condições espaciais, tendo em vista que não se pode configurar uma mesma noção para textos que vigorem em países com traços políticos, sociais e culturais, inteiramente diversificados.

2. A CONSTITUIÇÃO NO CORRER DO TEMPO

O passar do tempo, mais precisamente aquele coincidente com a luta contra o absolutismo monárquico, irrompida em meados do século XVII, com prolongamento no seguinte, trouxe o reconhecimento de que a melhor forma de contenção do poder

¹⁵ A Constituição de 1988 se ocupou, além de prestigiar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e a constituição duma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) como fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, da disciplina de temas como o meio ambiente (art. 225), a família, a criança, o adolescente, o jovem e o idoso (arts. 226 a 230).

¹⁶ Hesse (Constitución y derecho constitucional. In: **Manual de derecho constitucional**. Madri: Marcial Pons, 1996, p. 10-15. Tradução de Antonio López Pina) deixa esse ponto claro quando, em resposta a novos desafios do constitucionalismo, indigita outras tarefas para a constituição solucionar, quais sejam: a) as atuais tarefas do Estado, de garantir eficazmente a liberdade e, ao mesmo tempo, uma vida digna; b) obrigação da Constituição em elaborar um programa de configuração positiva dos direitos fundamentais, a ser assumido particularmente pelo legislador e a ser posto em prática de conformidade com as possibilidades do momento; c) a manutenção do sistema federal diante de mudanças territoriais, o que se amolda à particularidade da situação alemã após a reunificação; d) a disciplina da repercussão que os processos de abertura dos entes estatais para o exterior, mediante a internacionalização e a europeização, podem acarretar tanto para a vida interna como para a ação do Estado.

seria o estabelecimento de regras num documento ao qual se convencionou denominar constituição¹⁷.

Todavia, a natureza humana, desde os seus primórdios, sempre revelou que o homem, uma vez exercendo a titularidade do poder, é incapaz de limitar a si próprio, evitando o cometimento de abusos.

Daí ser possível afirmar que, malgrado a inexistência de constituição escrita, a Antiguidade, como nas demais fases da história dos povos, contou com uma forma de expressar uma ordem política.

Karl Loewenstein¹⁸ vislumbrou nos hebreus o pioneirismo na prática do constitucionalismo, manifestado sob forma teocrática, e que possuía como elemento decisivo a singularidade dos detentores do poder – leigos ou sacerdotes –, que, ao invés de ostentarem um poder ilimitado e arbitrário, estavam limitados pela Lei do Senhor, a qual se impunha, de forma igual, a governantes e governados. Aquela, portanto, era a sua constituição material.

Quanto à Idade Antiga, observa Fioravanti¹⁹ que o auge do regime político constitucional se verificou com a experiência democrática das cidades gregas, com destaque para Atenas, a qual, revelando uma aversão ao poder concentrado e arbitrário, caracterizava-se pela existência: a) de uma primazia absoluta de todos os cidadãos atenienses para a tomada das decisões de relevância coletiva; b) do direito de palavra e de proposição dentro da assembleia atribuído a todo cidadão; c) da nomeação dos cargos públicos e das magistraturas, incluindo-se os tribunais, mediante sorteio; d) da igualdade dentre os cidadãos para a assunção dos cargos, incluindo-se os mais elevados; e) da alternância anual dos governantes, os quais não poderiam ser reeleitos; f) da obrigação dos governantes à prestação de contas publicamente.

Esse conjunto de características, que para Aristóteles era a forma de união nominada de *politeia*, revelava, assim, um significado que, num paralelo com a atualidade, talvez pudesse, de forma correta, ser traduzido como constituição.

O modelo não se esgotou nos dois ênios da democracia helênica. Prosseguiu durante a república romana, em cuja organização se fizeram presentes mecanismos de divisão e limitação do poder político²⁰, assomando, durante a crise da guerra civil, a

¹⁷ Com essa afirmação, não se quer, de maneira alguma, excluir do universo constitucional as constituições não escritas, formadas ao longo de um processo histórico, como é o caso da Grã-Bretanha. Apenas se enfatiza a constituição escrita porque esta veio a ser o modelo preferencialmente adotado pela quase totalidade dos Estados.

¹⁸ **Teoría de la constitución.** Barcelona: Ariel, 1962, p. 154. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte.

¹⁹ **Constitución de la Antigüedad a nuestros días.** Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 15-31.

²⁰ Observou Loewenstein (**Teoría de la constitución.** Barcelona: Ariel, 1962, p. 156. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte) que essas limitações se revelavam, inicialmente, mediante controles orgânicos internos, tais como a estrutura colegial das magistraturas altas e superiores, bem como a duração temporal dos cargos e a vedação de recondução. Havia controles orgânicos externos, sendo exemplos a intervenção dos tribunos da plebe e do Senado.

figura de Cícero, ao formular a ideia de *res publica*, a qual não poderia ter por base uma origem unilateral e violenta, mas sim o consenso, a reclamar um empenho coletivo, forte, duradouro e não episódico.

Diante disso, remata Fioravanti²¹ que, ao contrário do que é possível supor ao primeiro súbito de olhos, os antigos deixaram como legado uma grande noção, consistente em afirmar que uma comunidade política, mesmo à ausência de normas escritas, possui uma forma ordenada e duradoura, capaz de se concretizar como uma constituição, desde que: a) não esteja dominada por um princípio político que goze de preferência absoluta; b) as partes que a compõem tenham a capacidade de disciplinar-se; c) sua vida real não constitua o mero desenvolvimento das aspirações dos vencedores.

Ao contrário do que se pode supor, o medievo contou com uma experiência constitucional, principalmente a partir do século XI. Para Fioravanti²², duas eram as características gerais da constituição medieval. A primeira recaiu numa intrínseca limitação dos poderes públicos, a qual se manifestou não mediante normas gerais e escritas, mas, ao contrário, por uma contenção de fato. Num segundo lugar, ainda estreitamente vinculada à intrínseca restrição dos poderes públicos, tinha-se uma concepção de liames substancialmente indisponíveis aos governantes em face duma determinada ordem jurídica, estruturada sob mil vínculos e convenções.

Observa o autor que, na Idade Média, a concepção de constituição deixa de pertencer ao campo político e moral, para o fim de ingressar no mundo jurídico, a partir da prática social. A constituição medieval consistiu, assim, num conjunto de leis radicadas na história da comunidade política, de costumes, de pactos entre os diversos componentes do reino, os quais, juntos, formavam a lei fundamental.

Essa visão é compartilhada, dentre outros, por Carlos Fayt²³ quando diz que, no curso do século XIII, com a transformação do feudalismo militar em governo por estamentos, surge a constituição estamental do governo, informada por cartas ou pactos que representavam uma forma de contenção do poder dos príncipes.

Os dois documentos de maior repercussão consistiram na Magna Carta de 1215, imposta ao Rei João Sem Terra pelo baronato inglês, e nos foros de Aragão de 1283, cuja eficácia derivava da circunstância de se encontrarem acima da vontade régia, sendo obrigatórios para os funcionários do reino.

Nas proximidades do término da Idade Média, e primícias da Idade Moderna, constata-se a existência de leis fundamentais que, por dizerem respeito à disciplina do Estado, mais especificadamente do exercício do governo monárquico, distinguiram-se das leis circunstanciais. Alcançaram prestígio na França, onde foram invocadas para a

²¹ **Constitución de la Antigüedad a nuestros días**. Madri: Editorial Trotta, 2007, p. 31.

²² *Loc. cit.*, p. 33-38.

²³ **Derecho político**, 7ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1988. Tomo II, p. 10.

solução de tensões entre o Rei e o Parlamento. O mesmo aconteceu na Inglaterra, tendo sua aplicação se voltado para justificar, sob Henrique VIII, o poder real absoluto, bem como para a direção de julgamentos políticos²⁴.

Como sintetizou García-Pelayo²⁵, as leis fundamentais, ou leis do reino, representavam um corpo jurídico específico tanto pelo seu conteúdo, o qual se referia com exclusividade ao exercício e à transmissão da prerrogativa real, quanto pela sua natureza formal, porquanto, diversamente das demais leis, ostentavam a qualidade de imutáveis, uma vez que se encontravam a salvo de supressão e revogação pela vontade do Rei.

Outro antecedente de relevo das constituições consistiu nos *covenants*, quais sejam pactos que os puritanos celebravam com esteio no poder que os ministros do culto ostentavam sobre os seus fiéis, em face dos quais cada membro da igreja se investia em direitos e deveres para com os seus seguidores. À medida que a emigração para as terras da América do Norte se concretizava, tais pactos transmudavam o seu perfil do campo religioso para o político, servindo, a partir dos princípios que adotavam, para sedimentar as pilastras das cartas que as colônias adotaram, tais como a liberdade de expressão e a liberdade religiosa, conforme se foi possível visualizar das Cartas de Connecticut de 1639 e de Rhode Island de 1663²⁶.

Com isso, verificou-se, pela aceitação tácita da Coroa, o estabelecimento duma forma de autogoverno nas colônias, estando presente um poder de legislar, sujeito a veto por parte do governador, bem como à possibilidade de sua invalidação pela Inglaterra, o que, na primeira metade do Século XVIII, decorria de recurso ao Parlamento londrino.

Se, por um lado, as leis fundamentais do reino, por seu conteúdo voltado a assegurar direitos e privilégios relacionados com a propriedade, bem assim regras que dispunham sobre a sucessão do trono e da organização e liberdade religiosa, ressentiam-se da garantia de direitos dos cidadãos frente ao poder político e, por isso, não poderiam ser consideradas como as primeiras constituições, com as cartas coloniais norte-americanas sucedia algo semelhante, pois, a despeito de enunciarem direitos

²⁴ Notícia García-Pelayo (**Derecho constitucional comparado**. Madri: Alianza Editorial, 1993, p. 23, nota de rodapé 10) *que tiveram seu lastro nas leis fundamentais as acusações contra o Conde de Strafford, por tentar subverter o governo dos Reinos da Inglaterra e da Irlanda, bem como as acusações imputadas, em 02 de janeiro de 1642, a cinco membros da Câmara dos Comuns e cinco da Câmara dos Lordes, adversários do partido absolutista.*

²⁵ **Derecho constitucional comparado**. Madri: Alianza Editorial, 1993, p. 24.

²⁶ Uma impressão acerca do significado desses pactos pode ser obtida de Cristiano Paixão e de Renato Bigliassi: "Aqui, na adoção de um contrato que estabelece uma comunidade, reside um importante componente do constitucionalismo moderno: a idéia de um ato que constitui os fundamentos da vida social e política. *Nota-se, na solenidade de um ato fundacional a segunda dimensão a ser explorada na presente recapitulação: a noção de autogoverno e de autonomia em relação ao poder central*". (**História constitucional inglesa e norte-americana**: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 95).

individuais, estruturavam uma comunidade sediada num território desprovido de soberania, não se podendo desconhecer que, num plano superior, situava-se o direito inglês.

Esses são, numa síntese, os motivos pelos quais o pioneirismo de uma constituição, no significado dentro do qual atualmente é concebida, é atribuído ao *Instrument of Government* (1653) promulgado na Inglaterra sob Cromwell²⁷, o qual pôs em ação a teoria constitucional, por consistir em documento a procurar o estabelecimento duma lei suprema, situada inclusive fora do alcance do Parlamento, a limitar os poderes deste e declarar, por via de restrições expressas, os direitos reservados à nação²⁸. Visou, assim, à instituição de um governo de leis e não de homens.

Há, no entanto, quem vislumbre o início dessa experiência na Constituição da Virgínia de 29 de junho de 1776²⁹, exemplo seguido pelos novos Estados oriundos das ex-colônias norte-americanas, na Constituição dos Estados Unidos da América de 17 de setembro de 1787³⁰.

A consolidação no prosclênio constitucionalista do modelo da constituição escrita, constante, na maioria das vezes, de documento único, operou-se quando ultimado o ciclo das revoluções liberais em 1789, assomando como consequência das Revoluções Americana e Francesa.

A promulgação das constituições escritas se mostrou como uma característica singular do constitucionalismo do século XVIII³¹, a implicar a disciplina, em moldes ju-

²⁷ Embasou tal documento, fornecendo os seus princípios básicos, o seu antecedente, qual seja o *Agreement of the people*, elaborado em 1647 pelo conselho de guerra de Cromwell, mas que, submetido à Câmara dos Comuns, não obteve aprovação.

²⁸ Dentre alguns autores que assim compreendem, alinham-se Klaus Stern (**Jurisdição constitucional y legislador**. Madri: Dykinson, 2009, p.140. Tradução de Alberto Oehling de los Reyes), Carlos Fayt (*Derecho político*. 7ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1988. Tomo II, p. 12) e Jorge de Miranda (**Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 31, nota de rodapé 32). *Trata-se, de certo modo, duma ironia o nascimento da constituição escrita ter ocorrido justamente no país que, ao desenvolver o seu modelo constitucional, inclinou-se pela constituição histórica.*

²⁹ Assim Dalmo de Abreu Dallari (**Constituição & constituinte**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 4) e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (**Estado de Direito e Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 79-80). *Para afirmar, este questiona a primazia temporal do Instrument of government, quer pela sua vigência efêmera, tendo em vista a restauração da monarquia inglesa em 1660, quer pela sua duvidosa eficácia como constituição, haja vista que teria lhe faltado o elemento garantista, de contenção do poder, uma vez que o período de sua vigência, coincidente com o Protetorado, foi assinalado pela ditadura de Cromwell.*

³⁰ Diversamente, a visão de José Carlos Moreira Alves (Assembleia Nacional Constituinte – Instalação. **Revista de Informação Legislativa**, ano 24, nº 93, p. 6, jan./mar. de 1987) indica o pioneirismo na Constituição norte-americana.

³¹ Não confundir – observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho (**Estado de Direito e Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 79) – as primeiras declarações de direitos com constituições. *Aqueles documentos precediam estas, como aconteceu com a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia de 12 de junho de 1776, a Declaração de Independência dos Estados Unidos de 04 de julho de 1776, e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, perante as Constituições de Virgínia, dos Estados Unidos da América e da França de 03 de setembro de 1791. As declarações de direitos, antecipando-se às constituições, presumiam os direitos naturais dos indivíduos, declarando-os, sem pretensão imperativa. A partir de determinado instante, passaram a constar*

rídicos, dos vínculos entre o Estado e cidadãos, com o propósito de delimitar o poder que, antes, apresentava-se arbitrário. Esta tendência à legalização – frisa Bartole³² – procura legar estabilidade e certeza com base no documento escrito, ao mesmo tempo no qual recupera neste o suporte, a sustentação ao papel que a constituição é chamada a desenvolver enquanto lei fundamental³³.

Numa tentativa de classificação, Eliseo Aja³⁴ se lançou a agrupar os tipos de constituição nos diversos períodos da história do constitucionalismo, tendo em vista as suas características predominantes³⁵. Da empreitada resultou uma variedade de conceitos de constituição.

A primeira fase foi a das constituições liberais censitárias, das quais constituíram modelos a Constituição dos Estados Unidos de 1787 e a francesa de 03 de setembro de 1791, tendo influenciado a irrupção, na conjuntura dos movimentos liberais, de outras

do texto das constituições declarações de direitos. Esse ponto distintivo não passou despercebido a Valle Labrada Rubio (Introducción a la teoría de los derechos humanos. 1ª ed. Madrid: Civitas, 1998, p. 66), ao notar que, embora a constituição fosse o texto legal mais adequado para a positivação de direitos humanos, as primeiras constituições foram precedidas de declarações nacionais, como sucedeu nos Estados Unidos e França. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, por força do Preâmbulo da Constituição francesa de 1958, constitui parte integrante desta, enunciando os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão. Uma declaração que alcançou prestígio na historiografia constitucional foi a da Virgínia, a qual, precedentemente, sedimentou os passos para uma constituição antecedida duma declaração de direitos, consignava, dentre seus dispositivos, as seguintes afirmações: a) a origem popular do poder, sendo os governantes mandatários e servidores do povo e, por isto, perante estes responsáveis (Artigo II); b) a afirmação de que o governo deve ser instituído para o bem comum (Artigo III); c) direito de resistência à opressão (Artigo III); d) estabelecimento duma separação entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como a organização destes (Artigo V).

³² Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale. In: **Digesto delle discipline pubblicistiche**. Turim: UTET, 1995. Vol. IV, p. 290.

³³ O enorme êxito com que se houve a constituição escrita, como efeito dos movimentos revolucionários liberais e até os tempos atuais, é alvo de destaque por Karl Loewenstein: “Desde Europa, a Constituição escrita conduziu seu carro triunfal por todo o mundo. Durante o último século e meio se converteu no símbolo da consciência nacional e estatal, da autodeterminação e da independência. Nenhuma das nações – nas sucessivas ondas de nacionalismo que inundaram o mundo desde a Revolução francesa, libertando-se de uma dominação estrangeira – deixou, frequentemente sob graves dificuldades, de dar-se uma Constituição escrita, fixando, assim, num ato livre de criação os fundamentos para sua existência futura. A soberania popular e a Constituição escrita se converteram prática e ideologicamente em conceitos sinônimos”. (Desde Europa, la Constitución escrita condujo su carro triunfal por todo el mundo. Durante o último siglo y medio se ha convertido en el símbolo de la conciencia nacional y estatal, de la autodeterminación y de la independencia. Ninguna de las naciones que – en las sucesivas olas de nacionalismo que han inundado el mundo desde la Revolución francesa, se han ido liberando de una dominación extranjera – ha dejado, frecuentemente bajo graves dificultades, de darse una Constitución escrita, fijando así en un acto libre de creación los fundamentos para su existencia futura. La soberanía popular y la Constitución escrita se han convertido práctica e ideológicamente en conceptos sinónimos”. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1962, p. 160. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte).

³⁴ Introducción al concepto actual de constitución. Trata-se de prólogo de obra de Ferdinand Lassalle (**Qué es una Constitución?**. Ariel: Barcelona, 2012, p. 12-23. Tradução de Wenceslao Roces).

³⁵ Trata-se de critério salutar, pois, conforme Paulo Bonavides (Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos. In: **Perspectivas constitucionais nos vinte anos da Constituição de 1976**. Coimbra; Coimbra Editora, 1996, p. 48-49. Org.: MIRANDA, Jorge), *as constituições são como as dinastias, possuindo as suas linhagens, de maneira a conservar um caráter ideológico comum*.

constituições, como foram as Constituições da Suécia (1809), Noruega (1814) e da Espanha (1812).

As principais características dessas constituições foram: a) supressão do poder absoluto do Rei com a sua substituição por uma divisão das funções estatais, da qual aquele participava juntamente com o Parlamento e os juízes³⁶; b) sua constituição em alternativa pela qual se propiciava à burguesia a participação na direção política do Estado, com a limitação dos poderes régios, bem assim com o deslocamento do centro do poder da nobreza, adotando-se o sufrágio censitário, cuja titularidade se limitava a quem demonstrasse determinado nível de riquezas³⁷; c) os direitos então proclamados se restringiam àqueles de natureza civil, encontrando-se a gravitar em torno da liberdade e da propriedade³⁸.

Uma segunda fase é a das constituições outorgadas ou pactuadas. Ao invés do que sucedia na América do Norte, em cujo território, paulatinamente, veio se consolidando a concepção da constituição como lei suprema, no continente europeu a derrocada napoleônica tem como efeito a reação monárquica contra as ideias liberais, retornando ao solo francês a dinastia dos Bourbons³⁹.

Tem-se uma combinação na qual as monarquias passam a tolerar algumas limitações políticas oriundas das constituições liberais, mas com a contrapartida do reconhecimento da legitimação tradicional dos reis, da magnanimidade de cuja pessoa resultam concessões graciosas ao povo⁴⁰. Verifica-se, na estruturação dos poderes, uma posição reforçada do monarca frente ao Parlamento, com desdobramentos num novo

³⁶ Nesse sentido, o Título III da Constituição da Monarquia Francesa de 1791, ao dispor (art. 1º) que, embora a soberania, pertencente à nação, fosse una, indivisível, inalienável e imprescritível, dispunha competir o exercício do Poder Legislativo à Assembleia Nacional, composta de representantes temporários eleitos livremente pelo povo, com a sanção do Rei (art. 3º). A este era delegado o Poder Executivo, para, sob sua autoridade, ser exercido pelos ministros e outros agentes responsáveis (art. 4º), enquanto que o Poder Judiciário foi delegado aos juízes eleitos pelo povo (art. 5º). Previsões similares se encontravam na Constituição Política da Monarquia Espanhola (Capítulo III, arts. 14 a 17).

³⁷ A Constituição francesa de 1791 listava, como condição à cidadania ativa, o pagamento anual, em qualquer lugar do reino, de tributo direto em montante não inferior a três dias de trabalho (Capítulo I, Seção II, art. 2º).

³⁸ A Constituição da França de 1793, promulgada após a ascensão jacobina ao poder, representou exceção, consagrando direitos posteriormente ditos sociais. Nalgumas das disposições constaram referências aos seguros públicos (art. 21), à instrução (art. 22) e à garantia social (art. 23), o que não se repetiu na Constituição de 1795. A preferência à época para a garantia apenas de direitos políticos e civis – consoante explica Michel Vovelle (**A Revolução Francesa**. São Paulo: Editora UNESP, 2012, p. 69. Tradução de Mariana Echalar), *ao retratar o clima reinante na assembleia da qual resultou a Declaração de Direito de 1789 – resultou da preponderância daqueles que consideravam que a liberdade e a propriedade vêm em primeiro lugar, devendo superar os projetos nos quais a reivindicação da igualdade possa acarretar a limitação do direito de propriedade*.

³⁹ De fato, o Congresso de Viena, conferência da qual participaram as grandes potências européias, cuja ata final foi assinada em 09 de junho de 1815, antes mesmo de Waterloo, foi informado pelos princípios da legitimidade e da restauração. A Europa, em razão destes, voltou, nos planos político e territorial, à situação vivenciada antes da Revolução Francesa, propendendo pela consagração do princípio monárquico como essencial à organização política.

⁴⁰ De observar, como faz Dieter Grimm (**Constitucionalismo e direitos fundamentais**. Madri: Editorial Trotta, 2006, p. 133. Tradução de Raúl Sanz Burgos e de José Luis Muñoz de Baena Simon.), *que uma constituição*

arranjo entre a nobreza e a burguesia, reduzindo o espaço de poder antes conquistado por esta com a instituição de uma câmara legislativa reservada aos integrantes da primeira.

O seu exemplar mais significativo foi a Carta Constitucional de 04 de junho de 1814, promulgada por Luís XVIII, na condição de Rei de França e de Navarra⁴¹. O seu texto, apesar de iniciar por um rol curto de direitos, no qual se mantinha alguns conquistados, tais como a menção à igualdade perante as funções públicas (arts. 1 e 3), a tributação conforme a riqueza (art. 2), a liberdade individual (art. 4) e religiosa (art. 5), ressaltou a preeminência da pessoa do rei, a qual, sagrada e inviolável, era titular do Poder Executivo (art. 13). Indo além, conferiu ao monarca a qualidade de chefe supremo do Estado, comandante das forças armadas da terra e do mar, cabendo-lhe declarar guerra e fazer a paz, bem como celebrar tratados e alianças comerciais (art. 14).

Uma amostra disso ainda se evidenciava com a prerrogativa régia DA quase exclusiva da proposição das leis (art. 16), cujo texto final cabia-lhe sancionar e promulgar (art. 22), competindo, no entanto, a discussão e a votação das propostas à Câmara dos Deputados e à Câmara dos Pares (art. 17), sendo de notar que, contrariamente à primeira, que resultava de eleições, mesmo sob o voto censitário, a segunda, tida por essencial ao Poder Legislativo, era integralmente composta mediante nomeação régia (art. 27).

Esse modelo influenciou as constituições dos Países Baixos de 1815, a da Baviera de 1818, as portuguesas de 1822 e 1826, o Estatuto Real espanhol de 1834 e, no continente sul-americano, a nossa Constituição Imperial de 1824⁴².

outorgada não decorre exclusivamente da magnanimidade do monarca, mas, igualmente, no seu íntimo, é acordada, pois somente com a aceitação popular que se faz uma verdadeira constituição.

⁴¹ Do Preâmbulo é possível extrair-se algumas passagens que procuram denotar – e bastante – que se tratava de algo que não iria além da concessão da vontade real. Ei-las:“(…) Uma carta constitucional foi solicitada pelo estado atual do reino; nós a prometemos e a publicaremos. Temos considerado que, como toda a autoridade na França reside na pessoa do rei, os seus precessores não hesitaram em modificar o seu exercício, segundo a mudança dos tempos; que foi assim que as comunas deveram sua emancipação a Luís, o Gordo, a confirmação e a extensão de seus direitos a São Luís e a Felipe, o Belo; que o poder judicial foi estabelecido e desenvolvido pelas leis de Luís XI, Henrique II e Carlos IX; finalmente, que Louis XIV disciplinou quase todos os segmentos da administração pública por vários decretos, os quais ainda não foram superados em sabedoria. (...) Por essas razões, nós, voluntariamente, e no livre exercício de nossa autoridade real, concedemos a nossos súditos, tanto para nós quanto para nossos sucessores, e sempre, a seguinte carta constitucional:“(Une charte constitutionnelle était sollicité par l'état actuel du royaume; nous l'avons promise, et nous la publions. Nous avons considéré que, bien que l'autorité tout entière résidât en France dans la personne du roi, nos prédécesseurs n'avaient point hésité à modifier l'exercice, suivant la différence des temps; que c'est ainsi que les communes ont dû leur affranchissement à Loius le Gros, la confirmation et l'extension de leurs droits à saint Louis et à Philippe le Bel; que l'ordre judiciaire été établi et développé par les lois de Louis XI, de Henri II et de Charles IX; enfin, que Louis XIV a réglé presque toute les parties de l'administration publique par différentes ordonnances dont rien encore n'avait surpassé la sagesse. (...) À ces causes, Nous avons volontairement, et par le exercice de notre autorité royale, accordé et accordons, fait concession et octroi à nos sujets, tant pour nous que nos successeurs, et à toujours, de la charte constitutionnelle qui suit:”Texto em francês constante do livro **Les constitutions de la France de la Révolution à la IVa République**. Paris: Dalloz, 2009, p. 195).

⁴² Isso é possível inferir-se da circunstância de que ao Imperador, além do Poder Executivo, a Constituição de 1824 lhe destinou o Poder Moderador, em razão do qual aquele nomeava todos os membros do Senado (art.

Prosseguindo, aponta o autor, como representativo de um terceiro período, demarcado entre a década de 1830 até a Primeira Guerra Mundial, um movimento inclinado à democracia e ao fortalecimento do Parlamento, a ser traduzido pelas aspirações ao sufrágio universal, ao reconhecimento de direitos políticos e sindicais, à supressão da casa legislativa aristocrática, ao questionamento das prerrogativas reais e ao aumento dos poderes parlamentares. Para tanto, foram indispensáveis movimentos políticos que tiveram o seu impulso por parte de setores operários, de artesãos e, principalmente, da burguesia.

O reflexo disso, no campo da organização jurídica estatal, consistiu em processos de reformas a textos constitucionais, como sucedeu na Suécia (reformas de 1866 e 1909) e na Noruega (reformas de 1884 e 1895), ou mediante soluções interpretativas, o que foi o caso da Grã-Bretanha e da Bélgica, cuja Constituição de 1831 facultava uma progressiva adaptação ao parlamentarismo. O mesmo aconteceu, em finais do século XIX, com a Itália, em face de interpretação evolutiva do Estatuto Albertino.

O fortalecimento da democracia parlamentar, sob o padrão republicano, foi tentado na França com a Constituição de 04 de novembro de 1848⁴³, mas, a partir de 1852, teve sua interrupção com o advento do Segundo Império, somente sendo revigorado com a promulgação das leis constitucionais de 1875.

A quarta fase, iniciada depois da Primeira Guerra Mundial, deu lugar a constituições que, sob a aparência formal, pareciam espelhar mais ainda o revigoramento da democracia. Assim, as constituições da Alemanha (1919), da Áustria (1920), da Grécia (1925) e da Espanha (1931).

Como corolários da conversão da maior parte das monarquias em repúblicas, notam-se a previsão de preceitos que versavam sobre a expansão do sufrágio universal masculino – e, em muitos países, a conquista do sufrágio feminino –, o fortalecimento do sistema parlamentar, institutos de democracia direta, como o referendo e a iniciativa popular, a criação de tribunais constitucionais (Áustria e Espanha), bem como de novos direitos fundamentais, além dos tradicionais do liberalismo (direitos sociais).

Todavia, clima político conturbado, tendo como epicentro a necessidade duma resposta à ascensão da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas como potência industrial, acompanhada do fortalecimento de partidos operários noutros países, bem como das tensões nacionalistas, ainda não solucionadas, decorrentes da reorganização territorial no continente europeu ao depois da Primeira Guerra Mundial, desembocou

100, I), bem como podendo suspender os juízes (art. 100, VII). O Poder Moderador também esteve presente na Constituição portuguesa de 29 de abril de 1826, podendo-se ver que, com as devidas adaptações, o seu art. 74 consistiu em cópia do art. 100 da então vigente constituição brasileira.

⁴³ A preocupação em robustecer o Parlamento, composto por representantes eleitos, restou bem explicitada na Constituição francesa de 1848 com o seu art. 20, em face do qual o povo francês delega o desempenho da função legislativa a um órgão único (Assemblée Nacional). E mais: o sufrágio foi consagrado em sua forma direta, universal e secreta (art. 24).

no surgimento na Europa e fora desta de regimes totalitários, assinalados pela titularidade de poderes muito amplos na pessoa do Presidente da República⁴⁴.

Ingressou o constitucionalismo num período de forte crise, podendo ser denominado como ome de seu ocaso, caracterizando-se por uma evidente dissociação entre a realidade e os textos constitucionais, os quais não passavam de fantasias jurídicas para manutenção dos grupos que se instalaram no poder.

Para que tal ocorresse, era decisiva a outorga ao chefe do governo de poderes muito amplos, os quais, mal exercitados, geravam o arbítrio, sendo suficiente, para tanto, relembrar a figura do legislador extraordinário, fundada no art. 48 da Constituição de Weimar de 1919⁴⁵, em cujo texto facultava-se ao Presidente do *Reich* suspender

⁴⁴ Esses regimes totalitários mantinham algumas características identificadoras. Observando-as com foco no fascismo italiano, Luiz Vizontini lista as seguintes: a) o primado do Estado (forte e centralizado), com a negação do indivíduo como instância política; b) o primado do chefe, o qual procura legitimar a centralização numa liderança unipessoal; c) o primado do partido, vinculado às questões ideológicas, de propaganda e de mobilização popular; d) o primado da nação, a centrar-se no elemento nacionalista e patriótico, destinado a conduzir a Itália ao nível das grandes potências mundiais, com fins expansionistas e belicistas (**Segunda Guerra Mundial – Relações internacionais do século 20**. 5ª ed. Porto Alegre: UFRGS Editora, 2006, p. 15-16). *Prosseguindo, agrega, quanto ao nazismo, interessantes observações: “Assim, o nazismo apoiava-se em teorias nebulosas, românticas, místicas, medievais. Fazia apelo ao sentimento, à violência, e baseava-se no irracionalismo. Adotava uma postura reacionária, ao buscar no passado medieval ou ariano uma “idade de ouro perdida”. (...) É importante notar que o racismo funciona como um complemento e um impulso ao velho imperialismo alemão, justificando-o. A expansão para o leste (Polônia e URSS) não seria mais apenas uma vontade governamental, mas o destino de uma raça eleita”* (loc. cit., p. 16-17).

⁴⁵ O instituto contou com apoio em Carl Schmitt (**Legalidade e legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 76-77. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão). *No mundo dos fatos, a crise se agudizou após a nomeação de Adolf Hitler à condição de chanceler pelo Presidente Hindenburg ao final de janeiro de 1933, valendo citar que, ao depois do incêndio do edifício do Parlamento (Reichstag), promulgou-se, no seguinte 28 de fevereiro, decreto para defesa do povo e do Estado, na forma do art. 48 da Constituição de 1919, suspendendo-se os direitos previstos nos seus arts. 114 (liberdade pessoal), 115 (inviolabilidade domiciliar), 117 (segredo da correspondência postal, telegráfica e telefônica), 118 (liberdade de expressão e de imprensa), 123 (liberdade de reunião), 124 (liberdade de associação) e 153 (direito de propriedade). Depois das eleições de 05 de março, na qual se sobressaiu vitória do partido nazista, foram promulgados nos dias 21 e 24 de março, respectivamente, os decretos sobre a defesa do Governo e o exercício de pleno poderes, o que, na prática, assinala a suspensão do ordenamento weimariano. Outros diplomas vieram em seguida, tais como o decreto sobre o funcionalismo público (07 de abril de 1933), sobre a natureza pública das milícias do partido nazista (28 de abril de 1933), sobre a afirmação do partido nazista como único (14 de julho de 1933) e sobre a unidade entre partido e Estado (01 de dezembro de 1933), as quais precederam à cumulação, por Hitler, dos postos de chanceler e presidente, após o falecimento do Presidente Hindenburg, o que foi ratificado pelo plebiscito de 19 de agosto de 1934. Esse estado de coisa, na pena de Fulco Lanchester, foi assim visualizado: “Destes poucos elementos apresenta-se, porém, evidente como o ordenamento nazista não pôde se restringir dentro dos esquemas do Estado autoritário tradicional, mas como tendo representando algo novo, dando vida no âmbito da literatura da ciência política ao esquema do Estado totalitário, no qual vem inserido, juntamente com o staliano. Diversamente de outros ordenamentos não democráticos de massa, o nazismo e o stalinismo – por meio do partido político e da polícia política – geridos, de fato, para encapsular a sociedade civil e a sociedade política, instituíram um controle tendencialmente absoluto sobre os indivíduos e grupos, em todos os campos”* (**Da questi pochi elementi appare, però, evidente come l’ordinamento nazista non possa essere ristretto all’interno degli shemi dello Stato autoritario tradizionale, ma come abbia rappresentando qualcosa di tipo nuovo, dando via nell’ambito della letteratura politologica allo schema dello Stato totalitario, in cui esso venne inserito, assieme a quello staliniano. Le costituzione tedesche da Francoforte a Bonn – introduzione e testi**. Giuffrè Editore: Milão, 2002, p. 74).

temporalmente sete direitos fundamentais⁴⁶. Esses instrumentos, combinados com o clima político dominante, serviram de combustão para que eclodisse um positivismo deformado no qual a atividade legislativa, ao invés de persistir numa esfera de liberdade em favor dos cidadãos, transformou-se numa forma de opressão⁴⁷.

Ultimando o ciclo, Eliseo Aja alude a uma quinta fase, iniciada a contar do término da Segunda Conflagração Mundial, e que perdura até os dias atuais. É assinalada com o reforço do princípio democrático não somente em face da soberania popular, mas, igualmente, pela projeção de novos direitos fundamentais no campo econômico-social.

Trata-se das constituições da democracia político-social, padrão que teve lugar inicialmente com as Constituições da França (1946 e 1958), da Itália (1947) e da Alemanha (1949) e que alcançou uma força expansiva em direção à quase totalidade dos sistemas jurídicos, principalmente a partir da derrocada de regimes ditatoriais no Sudoeste e Leste Europeu, na América do Sul, dentre outros.

Desses diplomas, responsáveis inclusive pelo redesenhar da concepção de constituição, cogitaremos, com maior vagar, no tópico que segue.

3. A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL

O atual período pelo qual vem atravessando o constitucionalismo é conhecido por designações que têm a sua preferência mediante manifestações ora em textos constitucionais, ora por manifestações da doutrina. Assim é que a Constituição italiana de 1947 diz que a Itália é uma república democrática (art. 1º), tal como a Constituição da Áustria de 1920 (art. 1º), após a sua reintegração em 1945, enquanto que, também pondo em relevo o componente inerente à democracia, a Lei Fundamental de Bonn de

⁴⁶No Brasil, invoque-se, quanto à Constituição de 1937, não somente as competências normativas do Presidente da República dos arts. 11 a 14, mas, sobretudo, os poderes – só por só despóticos – dos arts. 175 a 178 e 180, insertos nas Disposições Transitórias e Finais.

⁴⁷A deformação positivista esteve presente tanto no totalitarismo de direita quanto no de esquerda. No primeiro, assistiu-se ao Estado de Direito que não abdicava da legalidade como noção fundamental, mas com uma particularidade: não era mais a submissão da organização política à lei, entendida como resultante da vontade geral expressada pelas votações do Parlamento. Esta cedeu espaço à aceitação da norma geral editada pelo poder estatal, mais precisamente pelo titular do Poder Executivo. A descaracterização da lei como expressão da vontade popular, bem como mecanismo de proteção dos administrados, também se fez presente nos regimes totalitários de esquerda. Nesse particular, mostra-nos Freitas do Amaral (**Curso de direito administrativo**. 2ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, maio de 2003. Vol. II, p. 47) que os regimes socialistas lançaram mão duma interpretação muito própria do princípio da legalidade, pois, a despeito de não se omitirem em sua consagração, a exigir a subordinação do governo à lei, tomaram esta em conta como um instrumento de construção do socialismo, sob a direção do partido único, o qual deveria comandar a sua interpretação e aplicação. A legalidade socialista, assim, igualmente àquela posta em prática no totalitarismo de direita, deixou de representar um limite à atuação estatal para, ao invés, configurar um instrumento para o desenvolvimento da atividade administrativa, ou seja, um instrumental do poder a serviço dos fins políticos almejados pelo governo do Estado. O modelo de controle de constitucionalidade, de natureza política, então preponderante nos países do bloco soviético bem demonstra essa realidade.

1949 afirma que a República Federal da Alemanha é um Estado federal democrático e social (art. 20). Por sua vez, a Constituição da República Portuguesa de 1976 afirma que Portugal consiste em Estado de direito democrático (art. 2º), sendo seguida pela Constituição espanhola de 1978, ao reportar-se, logo no seu art. 1º, que a Espanha se constitui em Estado social e democrático de direito. A onda chegou até aqui, tendo a nossa vigente Lei Básica, após afirmação constante de seu Preâmbulo, explicitado que a República Federativa do Brasil se encontra moldada como Estado democrático de direito (art. 1º).

A doutrina, numa respeitável parcela, inclina-se pela denominação de Estado constitucional. É a opção seguida, *verbi gratia*, por Peter Härbele⁴⁸, Antonio-Enrique Pérez Luño⁴⁹, Manuel Garcia-Pelayo⁵⁰, Miguel Carbonell⁵¹ e Josep Aguiló Regla⁵², Dieter Grimm⁵³, Gustavo Ferreira Santos⁵⁴, Gustavo Zagrebelsky⁵⁵ e Benito Aláez Corral⁵⁶.

A primeira indagação que sobrevém é a de saber se, para a configuração fática do Estado constitucional, será suficiente a sua regência por um conjunto de normas ditadas superiores e que condicionam a elaboração das demais. A resposta é, evidentemente, negativa. Não é a mera existência de um diploma normativo crismado sob o título de constituição que satisfaz a caracterização desse modelo estatal. Este se encontra vinculado a um conceito material de constituição, cuja essência radica numa determinada ordem de valores⁵⁷.

⁴⁸ **Teoría de la constitución como ciencia da cultura**. Madri: Tecnos, 2000, p. 33. Tradução de Emilio Mikunda. A referência pelo autor à nomenclatura Estado constitucional é repetida, por várias vezes, em outra obra (**Conversas académicas com Peter Härbele**. Organizador Diogo Valadés; traduzido do espanhol por Carlos dos Santos Almeida. São Paulo; Saraiva, 2009, p. 4, 14, 22, 47, 58, 70, 161, 172 e 180)

⁴⁹ **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002, p. 57.

⁵⁰ El "status" del Tribunal Constitucional. **Revista Española de Derecho Constitucional**, vol. 1, n. 1, p. 17-19, jan./abr. de 1981.

⁵¹ **Elementos de derecho constitucional**. 2ª reimpressão. México – Distrito Federal: Fontamara, 2009, p. 15-16.

⁵² Sobre a constitución del Estado constitucional. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 24, p. 38-44, 1989. Disponível em: <http://publicaciones.ua.es>. Acesso em: 15-01-2013.

⁵³ **Constitucionalismo e direitos fundamentais**. Madri; Editorial Trotta, 2006, p. 108 e 135-136.

⁵⁴ **Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 23.

⁵⁵ Jueces constitucionales. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madri; Trotta, 2007, p. 92.

⁵⁶ **Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán em lãs encrucijadas del cambio de milênio**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. Colección: Textos y Documentos nº 18, p. 20.

⁵⁷ A noção de Estado constitucional, tal como é vista, ao contrário do que pode parecer, ostenta certa antiguidade, sendo precedente à Segunda Guerra Mundial, dela já cogitando Merkl (**Teoría general del derecho administrativo**. Granada: Editorial Colmares, 2004, p. 96-97), ao sustentar, com paralelo ao Estado de Direito, que aquele não designa todo Estado possuidor de uma constituição, porém um Estado com um constituição determinada, materialmente qualificada. O escrito recua a maio de 1927.

Não é à toa que Härbele⁵⁸ enfatiza que dito arquétipo é integrado por elementos reais e ideais, estatais e sociais, quais sejam: a) a dignidade da pessoa humana como premissa derivada da cultura de todo um povo e de alguns direitos humanos universais; b) a soberania popular, compreendida como uma fórmula identificadora de uma colaboração que se renova cada vez de forma aberta e responsável; c) a Constituição como um pacto, no qual se formulam objetivos educacionais e valores de orientação possíveis e necessários; d) o princípio da divisão de poderes, tanto em sua acepção estatal mais estrita como em seu sentido plural e mais amplo; e) o Estado de direito e o Estado social de direito, encontrando-se nestes o princípio da cultura estatal aberta, bem como as garantias dos direitos fundamentais, a independência do Judiciário, elementos capazes de ensejar uma democracia constitucional louvada no pluralismo.

Observando a fórmula “Estado constitucional” como a capaz de exprimir as transformações vivenciadas recentemente pelos ordenamentos jurídicos democráticos, Antonio-Enrique Pérez Luño⁵⁹ se propõe à síntese de suas características, a saber: a) o deslocamento da primazia da lei em direção ao primado da constituição; b) o deslocamento da reserva da lei para a reserva da constituição; c) o deslocamento do controle jurisdicional de legalidade para o controle jurisdicional de constitucionalidade.

Ultimando com os traços da atualidade vivenciada durante o ciclo evolutivo do Estado de direito, Manuel Garcia-Pelayo⁶⁰ enuncia que o conceito e a prática daquele se delinea noutros termos, inicialmente devendo ser precisado de conformidade com o sistema constitucional concreto. Em segundo lugar, é uma resultante de processo que derivou da fracassada experiência com o positivismo legalista dos Estados totalitários, conectando-se agora com a ideia da Constituição como norma fundamental e da construção escalonada da ordem jurídica.

Disso se tem, de logo, a afirmação de que a constituição, na condição de norma fundamental, e positiva, apresenta-se como vinculante para a lei e para os outros atos dos poderes públicos disciplinados por aquela. A característica evidencia a essência do Estado constitucional diante do Estado legal de direito. Num segundo lugar, o autor sustém que a primazia da constituição torna-se, como ocorreria com qualquer outra, juridicamente imperfeita caso venha carecer duma garantia jurisdicional. Por essa razão, a jurisdição constitucional é a garantia institucional básica do Estado constitucional de direito.

Carbonell⁶¹ não dissente das opiniões anteriores. Após frisar que, a partir do século XX, quando os poderes encarregados de elaborar as novas constituições passam

⁵⁸ **Teoría de la constitución como ciencia da cultura**. Madri: Tecnos, 2000, p. 33-34. Tradução de Emilio Mikunda.

⁵⁹ **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002, p. 60-79.

⁶⁰ El “status” del Tribunal Constitucional. **Revista Española de Derecho Constitucional**, vol. 1, n. 1, p. 17-20.

⁶¹ **Elementos de derecho constitucional**. 2ª reimpressão. México – Distrito Federal: Fontamara, 2009, p. 14-15.

a integrar-se democraticamente, o povo pôde materializar a qualidade de ser soberano, deixa evidente que o Estado constitucional apenas concebe uma repartição efetiva do poder, ou seja, um sistema idôneo para assegurar os espaços de liberdade reais para os particulares, obrigando a tomada de contas pelos governantes, a renovação periódica destes, a previsão de juízes independentes, a competência básica de cada órgão, os modos de criação e de renovação do direito etc. Em suma, somente há Estado constitucional quando é possível cogitar-se do controle do poder.

Por aí é possível perceber-se, sem a necessidade de maiores rebuços, que a existência de uma constituição, seja escrita ou não, a disciplinar a vida de uma comunidade, não significa a presença de um Estado constitucional. É indispensável algo mais. A constituição, norma fundamental, há de consagrar, de forma intransigente, determinados valores que se conformem com a democracia, tais como a dignidade do ser humano e os direitos fundamentais, a soberania popular, a divisão de poderes, o compromisso com a igualdade, a justiça social etc.

Em face disso, Eusébio Fernández Garcia, ao reportar-se ao exame do patriotismo constitucional, não identifica este à singela adesão a um texto constitucional de um país, mas precisamente a um diploma que se volte à tutela dos valores constantes de uma constituição democrática. Assim o disse numa síntese mais do que feliz: “É, pois, um patriotismo seletivo, identificado com os direitos humanos e com o Estado de Direito de tradição democrática”⁶².

Não se pode, assim, dizer que existe, para os propósitos do Estado constitucional, uma constituição somente pela existência de um diploma promulgado com essa denominação. Um documento que, imposto pela força, não consagre os valores democráticos, mas, em seu lugar, a arbitrariedade em favor do grupo governante, não é uma constituição, mas sim, como aponta Dallari⁶³, uma falsa constituição.

A vivência constitucional pátria experimentou o contato com as constituições de fantasia. Uma delas – e quiçá a de maior hipocrisia – foi a Constituição de 10 de

⁶² “Es, pues, un patriotismo selectivo, identificado con los derechos humanos y con el Estado de Derecho de tradición democrática” (*Valores constitucionales y derecho*. Dykinson: Madri, 2009, p. 83). Um pouco à frente, o autor, observando a experiência constitucional espanhola, visualiza o patriotismo constitucional da seguinte maneira: “Mais bem haveria que vê-lo como uma proposta, importante, pelo que tem de patriotismo e de constitucional, de possibilitar a convivência entre os espanhóis ao amparo dos valores superiores do ordenamento jurídico, isto é, a liberdade, a igualdade, a justiça, o pluralismo político, segundo reza a Constituição de 1978 no parágrafo primeiro de seu artigo primeiro” “(Más bien habría que verlo como una propuesta, importante, por lo que tiene de patriotismo y de constitucional, de possibilitar la convivencia entre los españoles al amparo de los valores superiores del ordenamiento jurídico, esto es, la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político, según reza la Constitución de 1978 en el apartado primero de su artículo primero” (loc. cit., p. 84).

⁶³ Com vistas a traçar uma definição jurídica de constituição que satisfizesse as exigências da atualidade, o autor, num estilo afortunado, principiou por indicar aquilo que não pode ser equiparado ao objeto a ser definido. Daí que afirmou: “Na realidade, porém, um documento que tenha a forma de Constituição, mas que pela sua origem, pelo seu conteúdo e por suas finalidades não corresponda ao que se exige das Constituições autênticas, é uma falsa Constituição” (**Constituição & constituinte**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21).

novembro de 1937. Conforme destacamos em escrito específico⁶⁴, tal carta, composta de cento e setenta e quatro artigos em sua parte permanente, com o acréscimo de outros treze em suas disposições transitórias, nada mais fez senão tornar o então Presidente da República, que a outorgou, o senhor absoluto do poder, inclusive superior ao da monarquia sob o poder moderador da Constituição de 24 de março de 1824. Empregando a técnica da permanência mediante o provisório, fechou a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, bem como as Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, restando prorrogado o mandato do então Presidente, o qual somente viria a cessar quando realizado o plebiscito previsto no seu art. 187, o que não veio acontecer. Com isso, o Chefe do Poder Executivo se transformou no legislador exclusivo – inclusive no plano do poder constituinte derivado –, assumindo, na prática, a totalidade da Administração Pública com a nomeação de interventores nos Estados.

Outra situação foi a do regime político instaurado a partir do golpe de Estado de 31 de março de 1964. Não que a Constituição de 1946, bem como as promulgadas a seguir em 15 de março de 1967 e 17 de outubro de 1969⁶⁵, respectivamente, tivessem perfil acentuadamente antidemocrático, pois, muito embora o texto de tais diplomas, com algumas exceções, não consagrasse disposições que retratassem arbítrio, este se manifestava, em grande intensidade, mediante uma para-legalidade, retratada pelos atos institucionais, de feição nitidamente constituinte. O mais restritivo de direitos daqueles, pela sua vigência indeterminada no tempo, bem como pelo conteúdo de suas disposições, foi o Ato Institucional 5 de 13 de dezembro de 1968⁶⁶.

Além da conformação do conteúdo dos diplomas sobranceiros a determinada pauta de valores, uma observação, colhida de Josep Aguiló, não pode passar despercebida. O autor, demais de enfatizar como traços do Estado constitucional a presença duma constituição rígida, juntamente com a previsão de dispositivos que assegurem a limitação do poder e a garantia de direitos, acrescenta que tal diploma normativo há de

⁶⁴ O poente do constitucionalismo brasileiro: a Constituição de 1937. In: **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: atlas, 2012, p. 398-409. BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo.

⁶⁵ Tratou-se, na realidade, da Emenda Constitucional 01, mas que, pela sua extensão e conteúdo, foi apontada como uma nova constituição, haja vista a ampla modificação que acarretou no texto de 1967.

⁶⁶ À guisa de ilustração, tem-se que constou do referido diploma a: a) possibilidade de o Presidente da República, sem a necessidade de invocação de motivo relevante para tanto, decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras Municipais, investindo-se, nessa hipótese, da competência legislativa do respectivo órgão (art. 2º); b) possibilidade do Presidente da República em decretar intervenção nos Estados e nos Municípios, sem a observância das limitações previstas na Constituição então vigente (art. 3º); c) possibilidade do Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, em suspender pelo prazo de dez anos os direitos políticos de quaisquer cidadãos, cassando-lhe mandatos eletivos que estivessem exercendo, se fosse o caso (art. 4º); d) suspensão das garantias da vitaliciedade, inamovibilidade, ou estabilidade, permitindo-se ao Presidente da República, mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade, agentes públicos civis, bem como demitir, transferir para a reserva ou reformar militares e membros das polícias militares (art. 6º); e) suspensão do habeas corpus nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e a economia popular (art. 10).

ser praticado ou vivenciado. Em complemento, exige-se que a constituição formal deva ser respeitada e praticada como se contivesse o conjunto de normas fundamentais de um sistema político e jurídico. Melhor explicando, não se afigura suficiente possuir uma constituição, mas, diversamente, faz-se preciso que se viva em harmonia com a constituição⁶⁷.

A exposição do autor dá margem a que se reviva a polêmica instigada por Lassalle⁶⁸ que, ao analisar a experiência constitucional prussiana da segunda metade do século XIX, atentou, inicialmente, para a circunstância de que os fatores reais de poder constituem a força ativa que informa todas as leis e instituições jurídicas, os quais formam a constituição real e efetiva de um Estado.

Analisando, especificadamente, a Constituição da Prússia de 06 de fevereiro de 1850, outorgada por Frederico Guilherme IV, aquele observou que, no seu art. 47, consta a menção de competir ao rei prover todos os postos no exército e na marinha, sendo complementado pelo art. 108 ao frisar que tais corporações não se encontram obrigadas a jurar pela guarda do texto constitucional. Uma vez se reconhecendo ao rei a condição de chefe supremo das forças de terra e mar, com a atribuição de prover todos os seus postos, implicando colocar os seus membros em posição de sujeição pessoal ao monarca, forçoso era de rematar que aquele reúne, por si só, tanto poder, o qual pode ser quantificado como superior em mais de dez vezes ao da nação inteira. Por isso, deixa claro que, nessas condições, enfeixava o rei a constituição efetiva da sociedade prussiana⁶⁹.

Na tentativa de responder às indagações que o tema abordado lhe reservara, o autor esclareceu que uma constituição escrita é boa e duradoura quando corresponder

⁶⁷ Sobre a constitución del Estado constitucional. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 24, p. 38-44, 1989. Disponível em: <http://publicaciones.ua.es>. Acesso em: 15-01-2013. *Destacável a seguinte passagem: "Em outras palavras, para falar de Estado constitucional tem que se ter consolidado uma prática jurídica e política que permita afirmar que, de fato, em torno à constituição formal se produziu a estabilização das condutas jurídicas e políticas da comunidade de referência, de forma que ela possa ser considerada como norma fundamental e, em consequência, harmonizar o seu papel frente aos problemas de identificação, de unidade e de continuidade do sistema jurídico-político. Quer dizer, para falar de Estado constitucional a constituição tem que ser positiva, tem que ser utilizada a partir dos parâmetros do constitucionalismo"* "(En otras palabras, para hablar de Estado constitucional tiene que haberse consolidado una práctica jurídica y política que permita afirmar que de hecho en torno a la constitución formal se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de la comunidad de referencia, de forma que ella pueda ser considerada como norma fundamental y, en consecuencia, jugar su papel em relación con los problemas de identificación, de unidad y de continuidad del sistema jurídico-político. Es decir, para hablar de Estado constitucional la constitución formal del constitucionalismo tiene que ser positiva, tiene que ser usada desde los parametros del constitucionalismo". Loc. cit., p. 42).

⁶⁸ **Qué es una Constitución?** Barcelona: Ariel, 2012, p. 65-140. Tradução de Wenceslao Roces. *Trata-se de duas conferências proferidas em abril de novembro de 1862, durante a crise política na Prússia entre o rei e o Parlamento, em face da elaboração do orçamento.*

⁶⁹ A despeito disso, o autor não desconheceu, antes de enveredar pela parte principal de seu trabalho (loc. cit., p. 73-78), que outros segmentos, tais como a aristocracia, a alta burguesia, os banqueiros, a pequena burguesia e a classe obreira, representam fatores reais de poder e, portanto, constituem também fragmento da constituição.

à constituição real, radicada nos fatores reais de poder que regem no país. Do contrário, não passará duma folha de papel a sucumbir diante da realidade.

Daí se tem o que designa por pseudo-constitucionalismo, consistindo naquilo “em que o governo *proclame o que não é; consiste em fazer passar por constitucional a um Estado que é, na realidade, um Estado absoluto; consiste no engano e na mentira*”⁷⁰.

A primazia dos fatores reais de poder sobre as prescrições constitucionais se verificou noutras várias situações posteriores, com forte inclinação a um constitucionalismo, inclusive como sucedeu durante a Alemanha nazista⁷¹, o que, posteriormente à Segunda Conflagração Mundial, fez com que fosse trazida à ribalta dos constitucionalistas a preocupação em distinguir entre as constituições formais que se cumprem ou não.

Tendo presente uma possibilidade de divórcio entre a constituição e a realidade vivenciada pelo corpo social, Karl Loewenstein⁷² se lançou à classificação dos textos constitucionais sob o critério ontológico, verificando não somente o conteúdo de seus preceitos, mas, diferentemente, a correspondência de suas normas com a realidade do processo de poder.

Assim, num primeiro grupo estão as constituições normativas, cujas normas dominam o processo político, ou, inversamente, este se adapta àquelas, qual um terno que senta bem no corpo.

Noutro passo, vêm as constituições nominais, as quais, embora válidas, possuem comandos que não se encontram ainda adaptados à realidade. Possuem, no entanto, caráter educativo, pois acalenta propósito futuro, consistente em, mais cedo ou mais tarde, convertem-se numa constituição normativa, determinando a dinâmica do processo de poder, ao invés de estarem a esta subjugada. O terno é guardado no armário durante algum tempo e será usado quando o corpo tenha crescido.

Finalmente, cogita das constituições semânticas, voltadas para a formalização da continuidade da presente situação de poder em benefício exclusivo dos seus detentores de fato. Desvirtuam a missão original duma constituição, de sorte que, no lugar de servirem para a limitação do poder, convertem-se no instrumento para estabilizar e eternizar um determinado grupo no domínio fático da comunidade. O terno não é o que aparenta ser, mas sim um disfarce. É a falsa constituição de que já falamos. Índícios desse tipo estão naqueles textos que, por exemplo, permitem ao Presidente da República permanecer no poder indefinidamente, preveem plebiscitos manipuláveis,

⁷⁰ “en que el gobierno *proclame lo que no es; consiste en hacer pasar por constitucional a un Estado que es, en realidad, un Estado absoluto; consiste en el engaño y la mentira*” (loc. cit., p. 129).

⁷¹ Conferir em Dieter Grimm (**Constitucionalismo e direitos fundamentais**. Madri; Editorial Trotta, 2006, p. 148-152. Tradução de Raúl Sanz Burgos e de José Luis Muñoz de Baena Simon) *abordagem sobre o naufrágio da constituição normativa durante o Estado de Weimar*.

⁷² **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1962, p. 216-222. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte.

conferem ilimitadamente poder normativo ao governante, estruturam sistema eleitoral apto a garantir a permanência no poder dum mesmo grupo, etc⁷³.

Portanto, emerge como indispensável não somente a promulgação de um texto, mas que este alcance, de fato, uma vigência real. Esta é a peculiaridade que distingue a constituição normativa.

Vários são os fatores obstativos para que as normas constitucionais sejam observadas na realidade, o que, pontualmente, pode vir a se verificar até mesmo em países que, pela sua maturidade política, tenham uma constituição normativa.

É possível listar algumas dessas razões. Uma delas – e que reside na conveniência das orientações políticas – é constatável quando as normas constitucionais se mostram em contradição contra os objetivos específicos de um programa de governo⁷⁴, muitas vezes acarretando, no cotidiano, a submissão de alguns segmentos do corpo político a quem governa⁷⁵.

Outra situação é a de que as divergências partidárias, no seio do Parlamento, podem impedir ou paralisar temporariamente a aplicação de institutos previstos na Lei Maior. Foi situação vivenciada pelo constitucionalismo italiano quanto à entrada em funcionamento da Corte Constitucional prevista pela Lei Maior de 22 de dezembro de 1947 (arts. 127, 134 a 137). As divergências partidárias protraíram a edição da legislação integrativa (*Legge Costituzionale 01/1953* e *Legge 87/1953*), sem contar que, também por

⁷³ Carbonell (**Elementos de derecho constitucional**. 2ª reimpressão. México – Distrito Federal: Fontamara, 2009, p. 23) narra que, na América Latina, o conceito de constituição foi utilizado frequentemente como um fator de legitimação da ação do Estado, mesmo quando esta não teve um caráter democrático ou vinculado ao interesse geral, sendo as constituições manejadas desde o poder para prolongar as condições de predomínio político de um grupo sobre o resto da sociedade. Um dos melhores exemplos foi justamente o México. Ou seja, em tal continente houve forte influência da semântica constitucional.

⁷⁴ Um exemplo disso pode ser apontado durante o antecedente regime militar que, imerso na conjuntura política emergente da Guerra Fria, hostilizava qualquer comportamento que pudesse parecer “perigoso” aos olhos dos donos do poder, os quais seriam aqueles que pudessem expressar alguma inclinação socializante. Uma das matérias que atraíam aversão era a inerente à reforma agrária. O texto constitucional pretérito (art. 157, §1º, com a redação do Ato Institucional nº 9/69) continha a previsão de desapropriação-sanção de imóveis rurais, de competência exclusiva da União, com o rigor draconiano de inclusive retirar o direito à prévia indenização, o que deveria se concretizar mediante o procedimento traçado pelo Decreto-lei 554/69. A despeito disso, o governo federal não evidou os esforços condizentes a realizar a então almejada reforma agrária, sendo escassas as desapropriações da espécie. Outra hipótese, mais atual, é a inerente ao direito de greve do servidor público, consagrado pelo art. 37, VII, da Constituição vigente. Ainda não se restou aprovado pelo Congresso Nacional projeto de lei sobre sua disciplina, mesmo tramitando vários, não obstante vinte e cinco anos da promulgação daquela, conduzindo a um regramento provisório e precário por parte do Supremo Tribunal Federal, que não poderia se omitir diante da força dos fatos.

⁷⁵ Um recente e palmar exemplo disso foi o “caso dos vetos”, a gravitar em torno da omissão de exame pelo Congresso Nacional de mais de três mil vetos presidenciais a projetos de lei e que culminou com a negativa, em sede de agravo regimental, de liminar que, em mandado de segurança impetrado por parlamentar (STF, Pleno, mv, rel. desig. Min. Teori Zavascki, Informativo – STF 696), determinou o exame dos vetos em ordem cronológica de recebimento da respectiva comunicação, desde que estivessem com o prazo constitucional expirado. O resultado implicou por uma abdição parcial, pelo Parlamento, da sua função legiferante.

divergência entre partidos, a indicação dos membros a que cabia ao Parlamento fez com que a primeira sessão somente se realizasse em 23 de janeiro de 1956⁷⁶.

Há também as pressões sociais e econômicas, inclusive, quanto a estas, as emanadas do estrangeiro. É conhecida a insatisfação do capitalismo internacional a muitos pontos da nossa ordem econômica, tal como disciplinada pela redação originária da Lei Maior vigente. Visando reverter esse quadro, o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, para o fim de implantação de sua política neoliberal, calcada, principalmente, em modelo de privatização, fez, inicialmente, que fossem promulgadas as Emendas Constitucionais 05 a 09, alterando preceitos que, no âmbito da ordem econômica, manifestavam-se protecionistas dos interesses nacionais. Pelo menos, aqui se procurou a mudança formal do texto, ao invés simplesmente de ignorá-lo.

Contribui ainda – não se pode negar – para o enfraquecimento da aplicação das normas constitucionais a falta de um sentimento, expresso por parte da população, no sentido de valorizá-las como sendo o diploma que deverá configurar a ação da comunidade e dos órgãos estatais. Essa indiferença, resulta ora da falta de uma cultura política da população, ora de outros fatores, como a não satisfação imediata das necessidades do homem da rua, ou ainda a falta de acessibilidade ao seu entendimento, pela ausência de conhecimento especializado para tanto.

O distanciamento entre o texto constitucional e a realidade é algo possível de ser observado em vários Estados. Mesmo naqueles países onde se tem a prática da constituição normativa tal distanciamento tem acontecido, embora em algumas situações pontuais e efêmeras.

Isso não afasta a tentativa de se pretender, paulatinamente, vivenciar uma harmonia entre constituição e realidade. Em pretendendo apresentar uma contraposição a Lassalle, Hesse⁷⁷ esclarece que, embora ligada a determinados fatores temporais, a constituição, por força do seu colorido normativo, impõe tarefas que pretende sejam realizadas e que estão aptas para conformar a face política e social de uma comunidade.

Para tanto, papel decisivo ostenta a interpretação, a qual deverá guiar-se pela tentativa de ótima concretização da norma, não podendo, assim, restar encerrada na operação de mera subsunção às hipóteses concretas, mas, ao invés, deverá observar a norma em correlação com os fatos concretos da vida⁷⁸.

⁷⁶ Conferir, a esse respeito, a narrativa de Miguel Angel Presno Linera e Roger Campione (**Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional italiano – Estudio de una jurisdicción de la libertad**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 49-64)

⁷⁷ **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991, p. 19-27. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. *O texto expressa o conteúdo de aula inaugural proferida na Universidade de Freiburg no ano de 1959.*

⁷⁸ A síntese do autor é de transcrição oportuna: “A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação” (*loc. cit.*, p. 22-23).

Noutro passo, tem-se como necessária a formação de uma consciência constitucional, de maneira a evitar que o seu texto não fique sempre desprezado pela realidade histórica. Aqui obtém realce a tutela não somente de liberdades políticas, tais como a liberdade de expressão e a garantia de um sistema eleitoral igualitário, mas também aquela de conteúdo social, destacando-se a educação que, na forma explicitada pela Norma Básica de 1988 (art. 205), tem como um dos seus objetivos a habilitação para o exercício da cidadania.

Papel de importância para a formação duma consciência constitucional está a necessidade de organização da sociedade para, juntamente com os poderes públicos, reivindicar a concretização de direitos reputados vitais para o ser humano.

A par disso, segue-se que o próprio texto constitucional, pelo seu conteúdo, pode colaborar para a sua própria efetividade.

Uma das maneiras pelas quais isso sucede é a de evitar a compreensão de que a constituição seja dotada de poderes milagrosos. Desse modo, para que uma constituição se pretenda aplicada, indispensável evitar que contenha preceitos cuja realização seja de todo impossível, ou que contrarie frontal e abertamente a realidade vivenciada social e economicamente por uma comunidade. A desobediência a essa regra de bom senso tem levado, inelutavelmente, ao fenômeno da “constitucionalização de frustrações”.

É de ser lembrado aqui o §3º do art. 192 da Lei Maior atual que, em sua redação original, fixava limite máximo de juros no percentual anual de doze por cento, conduzindo para a rigidez constitucional o tratamento de matéria que, por sua necessidade de rápida adaptação às crises econômicas – que, muitas vezes, podem surgir inesperadamente –, requer a flexibilidade de seu manuseio pelas autoridades monetárias dos diversos Estados. O tema nem mesmo comportaria seu tratamento exaustivo e detalhado pelo legislador. Mais apropriado se afiguraria a remissão legislativa à competência regulamentar.

Portanto, agiu corretamente o Supremo Tribunal Federal⁷⁹ que, mesmo diante de arquetipo semântico a permitir a sua auto-aplicabilidade, entendeu pela necessidade de lei complementar para tanto, aproveitando-se de menção no *caput* do dispositivo. Ponderou-se, no íntimo, que o reconhecimento da incidência imediata da referida norma poderia provocar desastrosos resultados no âmbito da política econômica nacional.

Igualmente, a constituição deve ser elaborada de sorte a permitir a sua adaptação à evolução dos tempos. Por isso, a redação de seus preceitos deve privilegiar a consagração genérica de princípios e valores. Há de se evitar o detalhamento exagerado dos seus preceitos, porque, nesta hipótese, não se permitirá que a atividade

⁷⁹ Pleno, ADI 4 – DF, mv, rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 25-06-93.

interpretativa atualize os comandos sobranceiros à realidade. Exigirá, ao contrário, a utilização assídua dos mecanismos de mudança formal.

Oportuno Zagrebelski quando diz ser uma característica não acidental das constituições a de consagrar princípios, as quais, por serem normas naturalmente abertas, permitem que sejam desenvolvidas para o futuro. Por isso, afirma: “Uma constituição que sobrevive com incessantes modificações se degrada ao nível de uma lei ordinária e a matéria constitucional se confunde com a luta política cotidiana”⁸⁰.

Mais adiante, o autor lança o remate seguinte: “A lei da boa vida das constituições é o desenvolvimento na continuidade. O instrumento normal é a jurisprudência; a reforma é um instrumento excepcional”⁸¹.

4. A MATÉRIA CONSTITUCIONAL

Nos dias que correm se nota uma predileção pelas definições de constituição que se aproximam duma concepção material. Demais da preocupação com o conteúdo das normas constitucionais, desperta interesse também o estabelecimento dos assuntos dos quais se devem ocupar o diploma magno.

É possível, nesse particular, que se verifiquem divergências entre os vários ordenamentos. Ivo Dantas⁸² bem observa que, sob o prisma material, faz-se impossível estabelecer uma teoria da constituição, porquanto o seu conteúdo se apresenta variável de sociedade para sociedade, conforme os valores que cada uma põe em relevo.

Por razões de ordem histórica, a Lei Fundamental de Bonn de 1949 (arts. 18 e 21) consagra peculiar disciplina quanto à supressão dos direitos fundamentais, por enumerar os que são suscetíveis de eliminação e, mesmo assim, com a individualização dos destinatários da medida drástica, sem, no entanto, poupar a cautela de confiar tal competência ao tribunal constitucional.

⁸⁰ “Una constitución que sobrevive con incesantes modificaciones se degrada al nivel de una ley ordinaria y la materia constitucional se confunde con la lucha política cotidiana” (Jueces constitucionales. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madri; Trotta, 2007, p. 98).

⁸¹ “La ley de la buena vida de las constituciones es el desarrollo en la continuidad. El instrumento normal es la jurisprudencia; la reforma es un instrumento excepcional” (loc. cit., p. 99). A preocupação com as frequentes aprovações de emendas é manifestada por Dieter Grimm (**Constituição e política**. Belo Horizonte; Del Rey, 2006, p. 111. Tradução de Geraldo de Carvalho) quanto à Lei Fundamental de Bonn de 1949. Critica o autor o fato de sua alteração por quarenta e cinco vezes durante meio século, o que implicou a que, dos seus cento e quarenta e seis artigos, somente oitenta e cinco, à época, ainda ostentassem seu teor originário, representando, assim, fator de debilitação da ordem constitucional.

⁸² **Constituição e processo**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 36. Acerca da observação do autor é preciso notar que, muito embora, na atualidade, e principalmente em face da globalização, venha grande maioria dos ordenamentos constitucionais se parecendo uniformes quanto ao seu conteúdo, por consagrarem formalmente institutos idênticos, tais como o princípio democrático, os direitos fundamentais, a divisão de poderes, entre outros aspectos, issol está longe de significar que haja identidade ou forte semelhança no tratamento dos temas, pois este pode – e muito – variar, conforme os órgãos estatais competentes – e nestes, a jurisdição ostenta papel de destaque – venham lidar com a sua aplicação.

De qualquer forma, a doutrina, sem propósito exaustivo, procura apontar alguns assuntos que, normalmente, são inseridos na província constitucional.

Ricardo Guastini⁸³, após enfatizar que as normas materialmente constitucionais são as tidas por fundamentais do ordenamento jurídico visto em sua integralidade, expõe que as constituições se distinguem das outras leis justamente porque, em seu texto, inserem: a) normas que conferem direitos de liberdade aos cidadãos, disciplinando, assim, as relações destes com o poder político; b) normas dirigidas à atividade legislativa, bem como sobre a estrutura dos órgãos estatais.

Acrescenta ser comum às constituições contemporâneas a inclusão de uma multiplicidade de normas de princípios ou programáticas, as quais são de dois tipos. Uma delas são as que contêm valores e princípios que informam toda a ordem jurídica⁸⁴, enquanto que outras recomendam ao legislador o desenvolvimento de programas de reforma econômica e social.

Hesse⁸⁵, em atenção à sua concepção de constituição como a ordem jurídica fundamental não somente para o Estado, mas, com maior amplitude, para a comunidade, mostra que as normas daquelas podem se dirigir unicamente para a organização da vida não-estatal. Tais são as que regulam as bases da ordenação do matrimônio e da família.

Por sua vez, Dalmo de Abreu Dallari⁸⁶ põe sobre a constituição o desafio de controle do poder econômico, a fim de que tenhamos a construção de uma ordem social na qual todos os seres humanos sejam livres e iguais. Justifica que tal se mostra imperioso, pois a ascensão da burguesia ao domínio do poder político, propiciada pela marcha dos movimentos liberais, permitiu que aquela, igualmente, impusesse sua superioridade no campo econômico, de sorte a ostentar parcela de poder superior à ostentada pelos reis e a nobreza.

Há também quem pense que a constituição não pode ir além do tratamento da limitação do poder, precisamente quanto ao poder político. É a opinião de Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁸⁷, para quem a introdução do econômico e social nos textos constitucionais, em acréscimo às regras de organização e limitação do poder, implica

⁸³ **Estudios de teoría constitucional.** Cidade do México: Fontamara, 2007, p. 27 e 29-30.

⁸⁴ No que concernem aos princípios informadores do ordenamento em sua inteireza, é de destacar que, muitas vezes, não se encontram expressos, antes resultando de atividade interpretativa.

⁸⁵ Conceito e peculiaridade da constituição. **Temas fundamentais do direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 86. Tradução de versão em espanhol por Inocêncio Mártires Coelho. Foi o caso da Constituição alemã de 1919, a qual, numa manifestação de vanguarda, dispôs sobre matrimônio e maternidade (art. 119), filiação (art. 121) e juventude (art. 122).

⁸⁶ **Constituição e constituinte.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 99-100.

⁸⁷ **Estado de Direito e Constituição.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 91-92.

em regras programáticas que, revelando o idealismo da Lei Maior, vêm retratando situação de ineficácia, contribuindo para a desvalorização daquela⁸⁸.

O certo é que, em muitos sistemas jurídicos, a atenção com o tratamento do econômico e social não é posta de lado, seja mediante a sua disciplina em preceitos explícitos de várias constituições, ou pela atividade interpretativa da jurisprudência⁸⁹.

O fato é que as constituições, como ordem fundamental para a comunidade, não podem prescindir da evolução desta, trançando-lhe normas gerais sobre a disciplina dos pontos de preocupação acentuada que, com o passar do tempo, vão surgindo. É o aconteceu ao depois da Convenção de Estocolmo de 1973, que despertou a atenção para a tutela do meio ambiente, de modo que o assunto vem sendo disciplinado, seja com as constituições promulgadas há pouco, como é o caso daquelas de Portugal (art. 66º), Espanha (art. 45), Holanda (art. 21º), Chile (art. 19º, nº 8º), Colômbia (art. 58), Uruguai (art. 47), Hungria (art. 18), Bulgária (art. 15), Rússia (art. 42), Finlândia (art. 2º, nº 2º), ou pela reforma daquelas já existentes, tal como correu com a Lei Fundamental de Bonn (art. 20a) e da Argentina (art. 41), ambas por força de revisões sucedidas no ano de 1994. Mais recentemente, o mesmo sucedeu com a Constituição Francesa, em cujo preâmbulo é proclamada adesão aos direitos e deveres constantes da Carta do Meio Ambiente de 2004, integrando-a, assim, no chamado *bloc de constitucionalité*.

Outro aspecto que desperta atenção condiz com a maneira pela qual é exposta a disciplina da matéria tida como constitucional.

É sabido que o legislador encontra seu ponto de partida na constituição, uma vez caber a esta estabelecer os limites formais e materiais a serem respeitados pela legislação. Compete, assim, às normas constitucionais fixar não somente o modo de formação das leis, mas, igualmente, o conteúdo destas.

Sendo assim, é inegável que a constituição, dentre o seu campo de disciplina, haverá de estatuir regras gerais e diretrizes para serem observadas pelo legislador. Às normas constitucionais, magnas, ou sobranceiras, está reservado o lugar de tete de capítulo dos diversos segmentos jurídicos. De conseguinte, não devem, portanto, inserir-se em território que, por suas peculiaridades, é adequado à atividade dos poderes constituídos.

⁸⁸ Ao depois da Constituição de 16 de julho de 1934, a qual nos inseriu no constitucionalismo econômico social, provocando muitas alterações na legislação do direito privado, Clóvis Bevilacqua (A Constituição e o Código Civil. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 14-04-2014), apesar de críticas de técnica legislativa, saudou como alvissareiro o resultado constituinte por conter elementos capazes de favorecer a marcha do povo brasileiro para onde o impelem as suas virtudes étnicas e o atraem os seus encantos da cultural moral.

⁸⁹ Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, louvada na cláusula do devido processo legal, a partir do decidido em *Nebbia v. New York* (291 U.S. 502) de 1934, com prosseguimento em *West Coast Hotel v. Parrish* (300 U.S. 397) compreendeu ser possível ao Estado controlar preços, bem como restringir a liberdade de contratar – que não é ilimitada – visando ao bem estar público. Referência explicativa a tais decisões consta de Christopher Wolfe (**La transformación de la interpretación constitucional**. Madrid: Civitas, 1991. p. 223-224).

Daí porque Hesse⁹⁰ alude ao caráter incompleto que deve permear a constituição, a qual não codifica, mas unicamente, de forma pontual e em termos gerais, dispõe aquilo que aparece como importante para uma determinada sociedade, tocando ao restante do ordenamento jurídico o detalhamento da disciplina de tais assuntos. Adianta que muitas questões, como é o caso da disciplina econômica, pode o constituinte deixar em aberto, para o fim de, a seu respeito, ensejar maior discussão, decisão e configuração pelos poderes constituídos.

À consideração de que o natural é que as normas inferiores desenvolvam os princípios estabelecidos numa norma de grau superior, Victor Nunes Leal⁹¹ aponta que quanto mais importante uma norma, maior deve ser o grau de generalidade de seu texto, de maneira que a constituição, por situar-se no cume da ordem jurídica, há de ser redigida mediante normas mais concisas, de tom acentuadamente mais genérico e em menor número. Por sua vez, as leis devem se apresentar, em seu teor, mais pormenorizadas que as regras constitucionais, mas, de qualquer modo, menos minuciosas do que os regulamentos.

Nesse particular, interessante a observação de Paulo Bonavides⁹², ao mostrar que, ao lado das constituições concisas, enunciadoras somente de princípios gerais ou regras básicas, remetendo os pormenores ao legislador, há, cada vez num maior número, as constituições ditas prolixas. São aquelas que se ocupam de minúcias de regulamentação, que melhor cabiam em lei, conteúdos que ingressam no Texto Básico pela vontade do constituinte, com o propósito de lhe serem conferidas as vantagens da rigidez constitucional, entre as quais está a imunidade perante a legislação.

Para o autor, um exemplo alienígena de prolixidade está na Constituição da Índia de 1950, que contém quatrocentos artigos, além de vários anexos.

Interessante advertir que parcela do segmento doutrinário, na qual se inclui Inocêncio Mártires Coelho⁹³, reputa sinônimos os textos constitucionais analíticos e prolixos. Penso diversamente. A constituição analítica deve ser vista como aquela na qual a relação legal fundamental é mais extensa, abrangendo o tratamento de grande parte de matérias que ostentam relevo para a coletividade, além do binômio original do liberalismo clássico (divisão de poderes e direitos individuais). No entanto, atua pela senda do tracejar de diretrizes ou linhas gerais dos aspectos abordados, a serem desenvolvidos e concretizados pelo legislador. Contrariamente, a compreensão da constituição

⁹⁰ Conceito e peculiaridade da constituição. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 88. Tradução de versão em espanhol por Inocêncio Mártires Coelho.

⁹¹ Técnica legislativa. In: **Problemas de direito público e outros problemas**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. Vol. 1, p. 10-11. Trata-se de texto escrito no ano de 1945.

⁹² **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 73-74.

⁹³ **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 16.

prolixa envolve, demais do tratamento de vários temas, o excessivo detalhamento da regulação destes.

A Constituição de 05 de outubro de 1988, seja em sua redação inicial, e cada vez mais intensamente com as modificações introduzidas nas suas sucessivas e assíduas (e, muitas vezes, canhestras) emendas, é, inegavelmente, um exemplo eloquente de uma constituição prolixa. Basta ver o regramento esmiuçado dos direitos trabalhistas no seu art. 7º, I a XXXIV, bem como a atenção dispensada à Administração Pública, incluindo o seu regime previdenciário (arts. 37 a 42). Foi-se – e muito – mais adiante do delineamento dos contornos genéricos dos assuntos versados.

Essa prática, longe de fortalecer o regramento dos assuntos minudenciados, conspira – e muito – para o enfraquecimento do prestígio do texto sobranceiro, tendo em vista que, limitando excessivamente a interpretação que dele realiza a jurisdição constitucional, faz com que perca a qualidade – essencial para toda e qualquer constituição – de acompanhar as mudanças históricas vivenciadas pela sociedade. Provoca, ao contrário, a necessidade de reprodução veloz da mudança formal de seu teor, o que é um fator enorme para o seu desgaste e desprestígio.

Nada mais evidente do que o sucedido em nossa Lei Maior, a qual, despeito da densidade substancial de sua parte dogmática, já sofreu, ao instante do perfazimento do seu primeiro lustro de vigência, oitenta e três modificações pelo poder constituinte derivado reformador.

5. ALGUMAS CONCLUSÕES

Ao cabo do que restou exposto, afigura-se possível sumariar alguns remates, a saber:

- a. a despeito das dificuldades encontradas na tarefa de investigação acerca do conceito de constituição, o qual está sujeito a mutações, para o fim de adaptar-se às transformações político-culturais da sociedade, tem-se, a partir do exame de múltiplas opiniões, que aquela é de ser visualizada como a lei primeira, suprema e fundamental, tendo por objeto não somente a disciplina da vida estatal, mas, igualmente, da comunidade em sua inteireza, mediante as tarefas de integração, organização e direção jurídica, com o estabelecimento dos direitos e responsabilidades dos indivíduos e grupos sociais nos campos civil, político, econômico, social e cultural;
- b. com antecedentes na Antiguidade e na Idade Média, a convicção em torno da constituição – não somente a escrita, mas preferencialmente esta foi se consolidando como resultado das revoluções liberais, podendo-se apontar cinco fases marcantes de sua evolução, principiando pelas constituições liberais censitárias, passando-se pelas ditas outorgadas ou pactuadas, por

aquelas tendentes ao fortalecimento da democracia parlamentar, e ao surgimento de novos direitos, até aportar, cessado o segundo conflito mundial, nas constituições da democracia político-social;

- c. o ciclo de constituições atualmente vivenciado se insere nos quadrantes do Estado constitucional, cujas linhas, delimitadas pela doutrina, vão além do reclamo da existência de um documento formalmente rotulado de “constituição”, devendo, antes disso, ter em seu conteúdo a consagração de uma ordem de valores conforme a democracia e que, por isso, sublima a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais, a soberania popular, a divisão de poderes, a justiça social, dentre outros; da mesma forma, requer-se, à guisa de complemento, algo mais que a sua vigência, qual seja o fato da constituição, de fato, vir a ser respeitada e praticada no cotidiano do sistema político e social;
- d. abstraídas as diversidades entre os vários textos constitucionais e suas realidades, não se afigura admissível perder de vista que a constituição, na qualidade de ordem fundamental da coletividade, vai, em seu conteúdo, mais longe do que a mera disciplina dos direitos de liberdade e da organização estatal, de modo a, com o correr do tempo, modelar as balizas das relações jurídicas vivenciadas no campo econômico e social, devendo, para tanto, a redação de seus textos primar pela regulação concisa e geral dos aspectos enfocados, uma vez o detalhamento excessivo dos comandos magnos conspirar em detrimento da otimização da eficácia do correspondente diploma.

6. REFERÊNCIAS

AGUILÓ, Josep. Sobre a constitución del Estado constitucional. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 24, 1989. Disponível em: <<http://publicaciones.ua.es>>. Acesso em: 15-01-2013.

ALVES, José Carlos Moreira. Assembleia Nacional Constituinte – Instalação. **Revista de Informação Legislativa**, ano 24, nº 93, jan./mar. de 1987.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 2ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, maio de 2003. Vol. II.

BARTOLE, Sergio. Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale). In: **Digesto delle discipline pubblicistiche**. Turim: UTET, 1995. Vol. IV.

BEVILAQUA, Clóvis. **A Constituição e o Código Civil**. www.planalto.gov.br. Acesso em: 14-04-2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

_____. Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos. In: **Perspectivas constitucionais nos vinte anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. Org.: MIRANDA, Jorge.

CORAL, Aláez Corral. **Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán em lãs encrucijadas del cambio de milênio**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. Coléccion: Textos y Documentos nº 18.

CARBONELL, Miguel. **Elementos de derecho constitucional**. 2ª reimpressão. México – Distrito Federal: Fontamara, 2009.

DANTAS, Ivo. **Constituição e processo**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição & constituinte**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FAYT, Carlos S. **Derecho político**. 7ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1988. Tomo II.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución de la Antigüedad a nuestros días**. Madri: Editorial Trotta, 2007.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madri: Alianza Editorial, 1993.

_____. El “status” del Tribunal Constitucional. **Revista Española de Derecho Constitucional**, vol. 1, n. 1, jan./abr. de 1981.

GARCÍA, Eusebio Fernández. **Valores constitucionales y derecho**. Dykinson: Madri, 2009.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo e direitos fundamentais**. Madri; Editorial Trotta, 2006. Tradução de Raúl Sanz Burgos e de José Luis Muñoz de Baena Simon.

_____. **Constituição e política**. Belo Horizonte; Del Rey, 2006. Tradução de Geraldo de Carvalho.

GUASTINI, Ricardo. **Estudios de teoría constitucional**. Cidade do México: Fontamara, 2007

HÄRBELE, Peter. **Teoría de la constitución como ciencia da cultura**. Madri: Tecnos, 2000. Tradução de Emilio Mikunda.

_____. **Conversas acadêmicas com Peter Härbele**. traduzido do espanhol por Carlos dos Santos Almeida. São Paulo; Saraiva, 2009. VALADÉS, Diogo (Org.).

HESSE, Konrad. Constitución y derecho constitucional. In: **Manual de derecho constitucional**. Madri: Marcial Pons, 1996. Tradução de Antonio López Pina.

HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da constituição. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. Tradução de versão em espanhol por Inocêncio Mártires Coelho.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

LASSALE, Ferdinand. **Qué es una Constitución?** Barcelona: Ariel, 2012. Tradução de Wenceslao Roces.

LANCHESTER, Fulco. **Le costituzione tedesche da Francoforte a Bonn – introduzione e testi**. Giuffrè Editore: Milão, 2002.

LEAL, Victor Nunes. Técnica legislativa. In: **Problemas de direito público e outros problemas**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. Vol. 1.

LINERA, Miguel Angel Presno; CAMPIONE, Roger. **Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional italiano – Estudio de una jurisdicción de la libertad**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1962. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002.

MERKL, Adolfo. **Teoria general del derecho administrativo**. Granada: Editorial Colmares, 2004.

MIRANDA, Jorge de. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O poente do constitucionalismo brasileiro: a Constituição de 1937. In: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (orgs.) **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 398-409.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIASI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

REGLA, Josep Aguiló. Sobre a constitución del Estado constitucional. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 24, 1989. Disponível em: <http://publicaciones.ua.es>. Acesso em: 15-01-2013.

RUBIO, Valle Labrada. **Introducción a la teoría de los derechos humanos**. 1ª ed. Madri: Civitas, 1998.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Madri: Alianza Editorial, 1982.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão.

STERN, Klaus. **Jurisdicción constitucional y legislador**. Madri: Dykinson, 2009. Tradução de Alberto Oehling de los Reyes.

VIZENTINI, Luiz. **Segunda Guerra Mundial – Relações internacionais do século 20**. 5ª ed. Porto Alegre: UFRGS Editora, 2006.

VOVELLE, Michel. **A Revolução Francesa**. São Paulo: Editora UNESP, 2012. Tradução de Mariana Echalar.

WOLFE, Chistopher. **La transformación de la interpretación constitucional**. Madri: Civitas, 1991.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. 2ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2011. Tradução e prólogo de Miguel Carbonell.

ZAGREBELKY, Gustavo. Jueces constitucionales. *In*: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Teoría del neo-constitucionalismo**. Madri; Trotta, 2007.





Instruções para autores

Instructions for authors

1. Submissão de artigos

As propostas de artigos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser enviadas através do sistema eletrônico de submissões, por meio de cadastro no Sistema Eletrônico de Revistas da UFPR e acesso mediante login e senha a ser realizado **neste link**. Não serão aceitas propostas enviadas por e-mail. A revista reserva-se o direito de aceitar ou rejeitar qualquer original recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.

2. Qualificação dos autores

Ao menos um dos autores do artigo deverá possuir o título de Doutor (Dr.), Doctor of Juridical Science (J.S.D. ou S.J.D), Doctor juris (Dr. iur. ou Dr. jur.), Doctor of Philosophy (Ph.D.) ou Legum Doctor (LL.D.). A exigência poderá ser relativizada, nunca extrapolando o percentual de 30% por edição, em casos excepcionais de: (i) artigos de autores afiliados a instituições estrangeiras; (ii) artigos escritos em inglês.

3. Ineditismo e exclusividade

Os textos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser inéditos e para publicação exclusiva, salvo no caso de artigos em língua estrangeira que tenham sido publicados fora do país. Uma vez publicados nesta revista, também poderão sê-lo em livros e coletâneas, desde que citada a publicação original. Roga-se aos autores o compromisso de não publicação em outras revistas e periódicos, bem como de que as propostas de artigo não se encontrem postulados de forma simultânea em outras revistas ou órgãos editoriais.

4. Idiomas

Podem ser submetidos artigos redigidos em Português, Espanhol, Inglês, Italiano, Alemão ou Francês.

5. Apresentação do texto e elementos pré-textuais

5.1. Recomenda-se que o trabalho tenha entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 – 21 cm × 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas.

5.1. As margens utilizadas deverão ser: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm.

5.2. No corpo do texto deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5, e espaçamento de 0 pt antes e depois dos parágrafos.

5.3. Nas notas de rodapé deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas.

5.4. No desenvolvimento do texto, os parágrafos deverão conter recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda. Títulos e subtítulos deverão estar alinhados à margem esquerda, sem recuo.

5.5. A estruturação deverá observar a seguinte ordem:

5.5.1. Título no idioma do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula e em negrito, centralizado.

5.5.2. Nos casos de necessidade de indicar informações a respeito do artigo (financiamento por agências de fomento, agradecimentos, tradutores do texto, etc.), deverá ser inserida uma nota de rodapé com um asterisco (e não com número) situada à direita do título no idioma do artigo.

5.5.3. Título em inglês, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula, em negrito e em itálico, centralizado. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo título em português.

5.5.4. Qualificação do(s) autor(es), compreendida em:

5.5.4.1. Indicação do nome completo do(s) autor(es) em negrito e em caixa alta;

5.5.4.2. Indicação da sua principal filiação institucional ou das duas principais, caso o vínculo com ambas possua a mesma importância (instituição à qual encontra-se vinculado como docente ou discente, ou, caso não seja docente ou discente, a instituição onde foi obtido o seu maior título acadêmico, como doutorado, mestrado, especialização, etc.). O nome da instituição deverá constar por extenso e na língua original da instituição (ou em inglês quando a escrita não for latina), seguida da indicação do país de origem da instituição entre parênteses. Caso o autor seja docente e esteja cursando

mestrado ou doutorado em outra instituição, a filiação principal será a da instituição na qual o autor figura como mestrando ou doutorando.

5.5.4.3. Indicação de endereço de e-mail para contato.

5.5.4.4. Os três elementos anteriores deverão ser indicados um abaixo do outro em linhas distintas, com alinhamento à direita.

5.5.4.5. Em nota de rodapé com um asterisco (e não com número), situada à direita do nome do autor, deverá constar o seu mini-currículo, iniciando com a indicação da instituição onde figura como docente, seguida de cidade, sigla do Estado e país entre parênteses, indicação das titulações acadêmicas (começando pela mais elevada), outros vínculos com associações científicas, profissão, etc. Caso tenha sido utilizada a nota de rodapé ao lado do título com informações sobre o artigo, a nota com o mini-currículo do primeiro autor deverá ser indicada com dois asteriscos, a do segundo autor com três asteriscos, e assim sucessivamente.

5.5.5. Resumo no idioma do artigo (fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras), antecedido da palavra “Resumo” escrita no idioma do artigo.

5.5.6. Indicação de 5 palavras chave no idioma do artigo (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecedidas da expressão “Palavras-chave” redigida no idioma do artigo.

5.5.7. Resumo em inglês (Fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 250 palavras), antecedido da palavra “Abstract”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo resumo em português.

5.5.8. Indicação de cinco palavras chave em inglês (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecedidas da expressão “Keywords”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelas palavras-chave em português.

5.5.9. Sumário com a identificação dos títulos das seções e das subseções, com numeração progressiva em números arábicos.

5.5.10. Desenvolvimento do trabalho científico: a numeração progressiva, em número arábicos, deve ser utilizada para evidenciar a sistematização do conteúdo do trabalho.

5.5.11. Lista das referências bibliográficas efetivamente utilizadas no artigo, ao final do trabalho, separadas por um espaço simples, alinhadas à margem esquerda (sem recuo).

5.5.12. Aplicam-se, para os demais aspectos de formatação, as normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 14724:2011).

5.6. Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico, ficando vedada a utilização de negrito, sublinhado ou caixa alta para fins de dar destaque ao texto.

5.7. Figuras e tabelas devem estar inseridas no texto, e não no final do documento na forma de anexos.

6. Metodologia científica

6.1. As referências dos livros, capítulos de obras coletivas, artigos, teses, dissertações e monografias de conclusão de curso de autores citados ou utilizados como base para a redação do texto devem constar em nota de rodapé, com todas as informações do texto, em observância às normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 6023:2002), e, especialmente, com a indicação da página da qual se tirou a informação apresentada no texto logo após a referência.

6.1.1. O destaque dado ao título dos livros (ou revistas) citados deverá constar em negrito, ficando vedada a utilização de itálico.

6.1.2. Os artigos redigidos no formato AUTOR:DATA não serão aceitos para publicação.

6.1.3. As referências deverão constar da seguinte forma:

6.1.3.1. Livros: SOBRENOME, Nome. **Título da obra em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano.

Exemplo: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

6.1.3.2. Capítulos de livros coletivos: SOBRENOME, Nome. Título do capítulo sem negrito. In: SOBRENOME DO 1º ORGANIZADOR, Nome do organizador; SOBRENOME DO 2º ORGANIZADOR, Nome do 2º organizador e assim sucessivamente, separados por ponto e vírgula (Org. ou Coord.). **Título da obra ou coletânea em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano. página inicial-página final [antecedidas de “p.”].

Exemplo: SALGADO, Eneida Desiree; COUTO, Mariele Pena de. Uma proposta para o controle social: um olhar prospectivo sobre a transparência e a probidade. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, direito e políticas públicas:** homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014. p. 149-164.

6.1.3.3. Artigos em revistas: SOBRENOME, Nome. Título do artigo sem negrito. **Título da Revista em negrito,** cidade, volume, número, página inicial-página final [antecedidas de “p.”], meses da publicação [abreviados com as três primeiras letras do mês seguidas de ponto e separados por barra]. ano.

Exemplo: PERLINGEIRO, Ricardo. Brazil's administrative justice system in a comparative context. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 33-58, set./dez. 2014.

6.1.3.4. Teses de Titularidade, Livre-Docência, Doutorado, Dissertações de Mestrado, Monografias de Conclusão de Curso de Graduação e Pós-Graduação: SOBRENOME, Nome. **Título do trabalho em negrito:** subtítulo sem negrito. Cidade, ano. número de folhas seguido de "f". Modalidade do trabalho (Grau obtido com a defesa) – Órgão perante o qual o trabalho foi defendido, Nome da instituição.

Exemplo: HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais:** por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

6.1.4. Os elementos das referências devem observar o seguinte padrão:

6.1.4.1. Autor: SOBRENOME em maiúsculas, vírgula, Nome com as iniciais em maiúsculas, seguido de ponto final.

6.1.4.2. Edição: deve ser incluída a informação somente a partir da segunda edição, sem ordinal, seguido de ponto e "ed.". Exemplo: 2. ed.

6.1.4.3. Ano: grafado com algarismos arábicos, sem ponto no milhar, antecedido de vírgula e seguido de ponto.

6.1.5. Nos casos em que for absolutamente impossível obter alguma das informações acima, a ausência deverá ser suprida da seguinte forma:

6.1.5.1. Ausência de cidade: substituir por [s.l.].

6.1.5.2. Ausência de editora: substituir por [s.n.].

6.1.5.3. Ausência de ano: indicar entre colchetes o ano aproximado, seguido de ponto de interrogação. Exemplo: [1998?].

6.2. As citações (palavras, expressões, períodos) deverão ser cuidadosamente conferidas pelos autores e/ou tradutores.

6.2.1. Citações diretas devem seguir o seguinte padrão de registro: transcrição com até quatro linhas devem constar do corpo do texto, com letra e espaçamento normais, e estar entre aspas.

6.2.2. Recomenda-se fortemente que citações textuais longas (mais de quatro linhas) não sejam utilizadas. Entretanto, se imprescindíveis, deverão constituir um parágrafo independente, com recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda (alinhamento justificado), utilizando-se espaçamento entre linhas simples e tamanho da fonte 10. Neste caso, aspas não devem ser utilizadas.

6.2.3. Fica vedado o uso do op. cit., ibidem e idem nas notas bibliográficas, que deverão ser substituídas pela referência completa, por extenso.

6.2.4. Para menção de autores no corpo do texto, fica vedada sua utilização em caixa alta (ex.: para Nome SOBRENOME...). Nestes casos todas as menções devem ser feitas apenas com a primeira letra maiúscula (ex.: para Nome Sobrenome...).

7. Redação

7.1. Os textos devem ser revisados, além de terem sua linguagem adequada a uma publicação editorial científica.

7.2. No caso de artigos redigidos na língua portuguesa, a escrita deve obedecer às novas regras ortográficas em vigor desde a promulgação do ACORDO ORTOGRÁFICO DA LÍNGUA PORTUGUESA, a partir de 1º de janeiro de 2009.

7.3. As citações de textos anteriores ao ACORDO devem respeitar a ortografia original.

8. Artigos resultantes de pesquisas financiadas

Os artigos resultantes de projetos de pesquisa financiados deveram indicar em nota de rodapé, situada ao final do título do artigo no idioma do texto, a informação relativa ao financiamento da pesquisa.

9. Declaração de direitos autorais

Autores que publicam nesta revista concordam com os seguintes termos:

9.1. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outra remuneração pela publicação dos trabalhos.

9.2. Autores mantém os direitos autorais e concedem à *Revista de Investigações Constitucionais* o direito de primeira publicação, com o trabalho simultaneamente licenciado sob a **Licença Creative Commons Attribution** que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e publicação inicial nesta revista. Ainda, em virtude de aparecerem nesta revista de acesso público, os artigos são de uso gratuito, com atribuições próprias, com aplicações educacionais e não comerciais.

9.3. Autores têm permissão e são estimulados a publicar e distribuir seu trabalho online (ex.: em repositórios institucionais ou na sua página pessoal) a qualquer ponto antes ou durante o processo editorial, já que isso pode gerar alterações produtivas, bem como aumentar o impacto e a citação do trabalho publicado (ver **O Efeito do Acesso Livre**).

10. Responsabilidade dos autores

10.1. Autores são responsáveis pelo conteúdo publicado, comprometendo-se, assim, a participar ativamente da discussão dos resultados de sua pesquisa científica, bem como do processo de revisão e aprovação da versão final do trabalho.

10.2. Autores são responsáveis pela condução, resultados e validade de toda investigação científica.

10.3. No momento da submissão os autores deverão enviar, juntamente com a proposta de artigo, declaração de autoria assinada e digitalizada.

10.4. Autores devem noticiar a revista sobre qualquer conflito de interesse.

10.5. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

11. Conflito de interesses

A confiabilidade pública no processo de revisão por pares e a credibilidade de artigos publicados dependem em parte de como os conflitos de interesses são administrados durante a redação, revisão por pares e tomada de decisões pelos editores.

11.1. É obrigatório que o autor do manuscrito declare a existência ou não de conflitos de interesse. Mesmo julgando não haver conflitos de interesse, o autor deve declarar essa informação no ato de submissão do artigo, marcando esse campo específico.

11.2. Conflitos de interesses podem surgir quando autores, pareceristas ou editores possuem interesses que, aparentes ou não, podem influenciar a elaboração ou avaliação de manuscritos. O conflito de interesses pode ser de natureza pessoal, comercial, política, acadêmica ou financeira.

11.3. Quando os autores submetem um manuscrito, eles são responsáveis por reconhecer e revelar conflitos financeiros ou de outra natureza que possam ter influenciado seu trabalho.

11.4. Os autores devem reconhecer no manuscrito todo o apoio financeiro para o trabalho e outras conexões financeiras ou pessoais com relação à pesquisa. As contribuições de pessoas que são mencionadas nos agradecimentos por sua assistência na pesquisa devem ser descritas, e seu consentimento para publicação deve ser documentado.

11.5. Manuscritos não serão rejeitados simplesmente por haver um conflito de interesses, mas deverá ser feita uma declaração de que há ou não conflito de interesses.

11.6. Os pareceristas devem, igualmente, revelar aos editores quaisquer conflitos de interesse que poderiam influir em suas opiniões sobre o manuscrito, e devem declarar-se não-qualificados para revisar originais específicos se acreditarem que esse procedimento é apropriado. Assim como no caso dos autores, se houver silêncio por

parte dos pareceristas sobre conflitos potenciais, isso significará que os conflitos não existem.

11.7. No caso da identificação de conflito de interesse da parte dos pareceristas, o Conselho Editorial encaminhará o manuscrito a outro parecerista *ad hoc*.

11.8. Se os autores não tiverem certos do que pode constituir um potencial conflito de interesses, devem contatar a secretaria editorial da Revista.

11.9. Para os casos em que editores ou algum outro membro publiquem com frequência na Revista, não serão atribuídos tratamentos especiais ou diferenciados. Todos os artigos submetidos serão avaliados através do procedimento *double blind peer review*.

12. Outras informações

12.1. Os trabalhos serão selecionados pelo Coordenador Editorial e pelo Conselho Editorial da Revista, que entrarão em contato com os respectivos autores para confirmar o recebimento dos textos, e em seguida os remeterão para análise de dois pareceristas do Conselho de Pareceristas.

12.2. Os originais recebidos e não publicados não serão devolvidos.

12.3. Asseguram-se aos autores o direito de recurso das decisões editoriais.

12.3.1. Serão concedidos 5 (cinco) dias, contados da data da decisão final do Conselho Editorial.

12.3.2. O arrazoado escrito deverá ser enviado para o e-mail: <revista@ninc.com.br>.

12.3.3. O recurso será analisado pelo Conselho Editorial no prazo de 30 (trinta) dias.