

CONSTITUCIÓN BRASILEÑA Y MODELO DE ESTADO: HIBRIDISMO IDEOLÓGICO Y CONDICIONANTES HISTÓRICAS

Tercio SAMPAIO FERRAZ
Universidad de São Paulo (Brasil).

RESUMEN

La historia constitucional brasileña apunta para una lógica liberal y una práctica autoritaria desde la Constitución del Imperio (1824). Este hibridismo constitucional explica algunas dificultades en el paso del Estado de Derecho al Estado Social y su complicada síntesis en el Estado Democrático de Derecho de la Constitución actual. El problema está en el modo como las exigencias del Estado Social se hagan dentro de la ley y no por medio de una práctica autoritaria.

SUMMARY

The brazilian constitutional history shows a liberal logic together with an authoritarian praxis since the Constitution of the Empire (1924). This constitutional hybridism explains some difficulties in the passage from the State of Law to the Welfare State and its complex synthesis in the Democratic State of Law of the present Constitution. The problem is how to satisfy the exigencies of the Welfare State within the law and not through an authoritarian praxis.

El tema del modelo de Estado en el interior de una discusión constitucional exige una reflexión que conduzca, por medio de la red normativa del texto de la Constitución, a una percepción de su realidad, tanto en el sentido de sus condicionantes históricas cuanto del pronóstico normativo que autoriza.

La experiencia constitucional proporcionada por la constitución brasileña de 1988 en esos once años es muy significativa en lo que respecta a la instalación y a la realización de un modelo de Estado. La propuesta normativa, constante en el preámbulo, habla del Estado Democrático. Induce obviamente a que se piense por un lado, en los principios más tradicionales del Estado de Derecho (ejercicio de derechos sociales e individuales, libertad, seguridad, igualdad etc.), pero por el otro, en las exigencias de las necesidades de democratización de la propia sociedad (que ha de ser fraterna, pluralista, sin prejuicios, fundada en la armonía social etcétera).

Este reconocimiento de la necesidad de democratización de la propia sociedad vista como un ente diferente del propio Estado, pero al mismo tiempo integrado en el Estado, apunta a una complicada síntesis entre el Estado de Derecho y el Estado Social o *Welfare State*. En realidad, este reconocimiento tiene una repercusión especial en la forma constitucional del Estado. Debe tenerse en cuenta en esos términos

el paso marcadamente peculiar en la vida constitucional brasileña de un Estado liberal burgués y su expresión tradicional en el Estado de Derecho al llamado Estado Social.

A propósito, sería conveniente señalar en el Estado de Derecho, para identificarlo, la postura individualista abstracta, el primado de la libertad en el sentido negativo del no impedimento, la presencia de la seguridad formal y de la propiedad privada. Por lo tanto, como decía Carl Schmitt, un Estado concebido como siervo estrictamente controlado de la sociedad. Ya en el Estado Social debería percibirse una especie de extensión del catálogo de los derechos individuales en la dirección de los llamados derechos de segunda generación, derechos económicos y sociales, por lo tanto la consideración del hombre concretamente situado, el reconocimiento de un contenido positivo de la libertad como participación a la que corresponde una complejidad de procesos y técnicas de actuación del poder público, el problema de la intervención del Estado en el dominio económico, con una transformación consecuente en los propios sistemas de control de la constitucionalidad y de la legalidad. Sin intención de definir modelos, interesan estas consideraciones sólo en la medida en que sirven al esclarecimiento de cómo en Brasil ocurre el paso constitucional del Estado de Derecho al Estado Social.

Puede decirse que Brasil nació bajo el amparo de una constitución formal. Esto es, desde el inicio de su existencia independiente, el Estado brasileño fue un Estado constitucional cuyo proceso constituyente surgió como un desdoblamiento de la Revolución Liberal de O Porto de 1820, que a su vez fue una consecuencia de la Revolución Francesa.

Cuando se habla del Estado constitucional entiéndase un Estado cuyo poder es limitado y organizado por una constitución escrita en los moldes del constitucionalismo de finales del siglo XVIII, en tanto que un movimiento de fondo liberal, expresión de los movimientos políticos de la sociedad burguesa de entonces. Independiente en 1822 e Imperio constitucional en 1824, la relación entre el Estado y la sociedad civil en Brasil fue desde el principio una relación *sui generis*. Eso es porque, al contrario de lo que sucedió en el proceso constitucionalista de Europa, de los Estados Unidos de América y en cierto sentido, al contrario de lo que sucedió en los demás países de América Latina, el Brasil tuvo una formación política diferente, en la que el Estado como organización administrativa, con competencias y funciones discriminadas y delimitadas, tuvo un aparato burocrático extremadamente precoz. Hay una observación de Alceu de Amoroso Lima afirmando que el Brasil tuvo un Estado antes de tener una sociedad. Esta observación refleja con propiedad la realidad brasileña que se busca exponer. Prácticamente cincuenta años después del descubrimiento, Brasil ya tenía en sus rudimentos un aparato de Estado, una organización de gobierno, traída e implantada inmediatamente por los portugueses en la nueva tierra. A pesar de esa formación precoz de un aparato de Estado, la capacidad de movilización política de la sociedad se desarrolló de forma más lenta y restringida. O sea, el Estado que nace constitucionalmente en 1824 introdujo y consolidó las estructuras monárquicas oriundas del proclamado Reino Unido de Portugal, Brasil y Algarves de 1815, favoreciendo su centralización precoz. Así,

dotado de un aparato administrativo colonial relativamente complejo y que se transmitió de forma pacífica e intacto al Estado imperial, la unificación política brasileña y su expresión constitucional ocurren rápidamente entre 1822 y 1825. Pero la movilización política de la sociedad sólo ganaría intensidad y penetración un siglo después.

En verdad la amplia penetración del Estado asociada a factores como partidos políticos regionales y oligárquicos, fuerte clientelismo rural, ausencia de clases medias políticamente organizadas, acabaron impidiendo la institucionalización de formas de participación política y social oriundas de la sociedad civil. En consecuencia, mientras que en los países europeos en general y en los Estados Unidos de América, en particular, el Estado siempre fue visto como una proyección de la sociedad civil —y esto era parte de la ideología liberal—, pues actuaba como una especie de árbitro en las confrontaciones de la ciudadanía burguesa, en Brasil sucedió lo contrario. Puede decirse que hasta entre nosotros, la sociedad civil fue y es una proyección del Estado. Como dice Hégio Trindade (“Bases de la Democracia Brasileña: lógica liberal y práctica autoritaria” en *Cómo renacen las Democracias*, 1985, p. 49) el Estado, que nació antes que la sociedad, fue el agente que propició la configuración y la aparición de élites sociales en el país y no al contrario. Así se entiende que por esta formación diferente respecto de lo sucedido en el resto de América, Brasil haya sido el único Estado que se instauró como una monarquía.

La repercusión de ese hecho en la elaboración constitucional brasileña fue decisiva. Como las élites siempre fueron constituidas por el Estado, no fueron ellas quienes constituyeron al Estado, su formación ideológica se dio de otra forma. En vez de venir de la sociedad civil a la sociedad política, vino de ésta a aquélla. De ahí viene aquello que en Brasil se solía denominar como importación de ideologías. Por ejemplo, el movimiento constitucionalista brasileño de 1823 ocurrió por imitación de un movimiento portugués de 1820, cuyas ideas venían del iluminismo francés. Es verdad que eso también aconteció con los Estados Unidos de América, pero de una forma diferente. Allí la incorporación de ideas iluministas vino al encuentro de una experiencia histórica vivida por los inmigrantes puritanos en una tierra en la cual no habiendo ningún poder instituido, comenzó a desenvolverse una organización basada en el principio de la igualdad y del consenso mutuo, cuyo instrumento escrito fue el famoso *Compact* celebrado por los líderes del navío *Mayflower* en 1620. Con base en él, un típico instrumento social de estructuración de la convivencia, se configuraron después las *Fundamental Orders of Connecticut* de 1639.

En Brasil, por el contrario, es preciso reconocer que el ideal constituyente se implantó como un movimiento en el interior del aparato de Estado. Si la Asamblea Constituyente convocada en 1823 no llegó a producir una constitución porque fue disuelta, la Constitución que se produjo por fuerza de una determinación de Don Pedro I contenía, no obstante, los aires de todo el constitucionalismo europeo. Por eso, la tendencia que se consagró más tarde, a mediados del siglo, fue el parlamentarismo. La Constitución del Imperio no era una Constitución parlamentaria, pero la vida política brasileña, por contingencias históricas propias pero también por

inspiración europea, fue transformándose en una experiencia parlamentarista hasta que en la práctica se estableció el parlamentarismo en Brasil. Esa Constitución europeizada que establecía formalmente una monarquía constitucional concedía al emperador, como se sabe, por medio del llamado poder moderador, un dispositivo que le confería un poder de veto como el de un árbitro de última instancia para todas las cuestiones que pudiesen surgir en las relaciones entre los demás poderes. Ese poder moderador fue inclusive el punto de discordia de Don Pedro I con los políticos de la época, que lo condujo finalmente a la abdicación. En el Segundo Reinado (1841), con Don Pedro II, este poder fue parcialmente atenuado, produciendo la división de la élite política en dos partidos (conservador y liberal) y haciendo posible el funcionamiento de la monarquía parlamentaria, en la cual el poder moderador era instrumento de arbitraje político. Entre sus principales atribuciones, conforme a la Constitución imperial, estaban: nombrar los senadores escogidos de un lista triple de nombres electos en las provincias, sancionar leyes, disolver la Cámara de los Diputados y nombrar Ministros de Estado. Por el lado de la participación electoral en el proceso político, las elecciones eran indirectas para la elección de los miembros del Parlamento, distinguiendo la Constitución a los *votantes* (que incluía a los analfabetos) de los *electores*, reconociendo como calificados para votar a los *hombres* mayores de 25 años (salvo los bachilleres u oficiales, quienes podían votar con edad inferior) y disponiendo de una renta líquida anual de cien mil reis. Para ser electo los requisitos eran los mismos, salvo el de la renta, que debía ser el doble. A finales del siglo, en 1881, la edad se disminuyó a veintiún años y se adoptó la elección directa, aunque no llegó a constituir una ampliación significativa del nivel de participación política.

En síntesis, puede decirse que la primera experiencia constitucional brasileña, mediante el mantenimiento de la monarquía por parte de la élite política, facilitó la obtención de un consenso básico entre los gobernantes, garantizando niveles razonables de legitimidad y estabilidad importantes para la preservación de la unidad territorial. O sea, cuando en Brasil el sistema político comienza a enfrentarse con las contradicciones más complejas del regionalismo (con alguna manifestación, en la época del Imperio, en el período de la Regencia) las cuestiones de la unidad nacional y la construcción de un aparato de Estado complejo y estable ya habían sido superadas.

A fines del siglo XIX tuvimos la proclamación de la República que, aunque preservase la dominación oligárquica preponderantemente rural, acabaría beneficiándose de los efectos modernizadores como consecuencia de la abolición de la esclavitud (1888) en la economía del café, que se dinamiza con la introducción del trabajo libre y de los inmigrantes europeos. El movimiento republicano venía creciendo desde el Manifiesto Republicano de 1870 y la aparición del diario *A República*. Las ideas entusiasmaron especialmente al ejército, y la República acabó siendo proclamada por Deodoro de la Fonseca, ministro del Imperio, el 15 de noviembre de 1889. Dieciocho días después, el tres de diciembre, un decreto nombró una comisión de cinco miembros para elaborar el proyecto de la Constitución; y el 21 de diciembre, fue convocada la Asamblea Constituyente.

Fueron presentados tres anteproyectos, que luego fueron transformados en uno único, redactado por Rangel Pestana. Su discusión fue rápida iniciándose el 4 de noviembre de 1890 y limitándose a algunos puntos principales: la organización federativa, la discriminación de rentas, la unidad de derecho, la dualidad de la magistratura, el sistema de elección presidencial, la libertad religiosa y la organización de los Estados. La relativa facilidad para obtener consenso, muestra en la composición de la Asamblea una fuerte identidad ideológica que unía a los republicanos con antiguos ministros de Estado de la monarquía. En realidad, la introducción del régimen federativo vino al encuentro de las oligarquías políticas regionales cuyo poder se confirmó y fortaleció. Hubo así una coincidencia de propósitos: se importaba un modelo externo, esta vez del constitucionalismo norteamericano, para respaldar una situación local que se justificaba por medio de esa importación. La República y las élites republicanas que estuvieron presentes en la Constituyente de 1890 emergieron de dentro del aparato de Estado y allí se impusieron. El nuevo régimen presidencialista, bajo el signo del federalismo republicano, implantó un régimen político descentralizado bajo el control de partidos regionales representativos de oligarquías de los Estados dominantes y coordinados nacionalmente por el Presidente de la República. Con el nuevo régimen constitucional se extingue el sistema electoral censal, basado en la renta mínima, pero los analfabetos, los militares sin patente de oficial del ejército nacional y los religiosos de los claustros quedaban excluidos. Así, la clase dirigente consigue mantener, aunque habiendo ampliado parcialmente el régimen representativo, la eficiencia y la legitimidad de su posición ante la colectividad. En la práctica constitucional se trataba de un republicanismo fuertemente autoritario, que sufriría las primeras presiones liberalizantes en la década del veinte. En ese sentido debe reconocerse que entre nosotros el retraso de demandas populares se explica por esa revitalización de la dominación oligárquica con la implantación del federalismo republicano, que reforzó la hegemonía de las élites regionales muy eficaces en el plano nacional. Súmese a esto la reconversión de las funciones militares y cívicas de la antigua Guardia Nacional de la época de la Guerra del Paraguay en cargos honoríficos de naturaleza política, los “coroneles”, que sirvieron para una eficiente mediación entre el centro y la periferia, y abrieron el camino al llamado “coronelismo político”.

La Revolución de 1930 no dejó de ser un movimiento contra la Constitución de 1891. Pero tras ella no vino un proyecto constituyente, conseguido en favor de los constitucionalistas de São Paulo en la Revolución de 1932. La Constituyente de 1934 se desprendió en parte de las oraciones brillantes, con la inclusión de citas inglesas y norteamericanas del siglo XIX. Pero entre los 214 diputados electos por voto popular y los 40 electos por clases profesionales, el choque del liberalismo autoritario anterior con los efluvios del fascismo italiano fueron inevitables. La Asamblea Nacional Constituyente fue convocada en noviembre de 1933 y pasó ocho meses discutiendo el texto de un anteproyecto para una nueva Constitución elaborado previamente por la llamada Comisión del Itamaraty, dirigida por Afranio de Melo Franco. Las políticas regionalistas estaban fuertemente dirigidas por las bancadas de los Estados grandes. Pero Getúlio Vargas neutralizó hábilmente su

importancia por intermedio de los diputados de las clases profesionales. Una vez más desde dentro del aparato de Estado se proyectaba una vanguardia de la élite política que por fin tuvo, como mérito, la aprobación de una Constitución avanzada en el campo social, introduciéndose los derechos sociales, dispositivos de carácter nacionalista, en los que la inspiración externa se hacía presente de nuevo.

Con la Revolución de 1930 el sufragio se torna secreto y casi universal con la introducción del voto femenino, manteniéndose la exclusión de los analfabetos. Sin embargo, la radicalización político-ideológica entre 1934 y 1937 provocada, en gran parte, por la movilización de las masas oriundas del Integrismo y de la Alianza Nacional Libertadora de 1935 bajo el control del Partido Comunista, solapó el consenso revolucionario de 1930 vaciándole el ideario liberal y reforzando las tendencias autoritarias. Se legitimó así al golpe militar y se frustraron las expectativas de alternancia en la sucesión de Getúlio Vargas en 1938.

El 10 de noviembre de 1937 un golpe de Estado disolvió el Congreso y extinguió la Constitución del 34. Fue preparada una nueva Carta, que se conoció como la "Polaca" por el origen de su inspiración: la Constitución de la dictadura polaca. Elaborada por Francisco Campos, fue otorgada al país por Getúlio Vargas. Esta vez no hubo Constituyente. Con la Carta Constitucional de 1937 ocurre un reflujo autoritario bajo el control de una estructura de poder centralizada, desmovilizadora de una acción política partidaria y básicamente paternalista con la que se estableció la matriz burocrática y corporativista del Estado. El modelo brasileño de la interacción Estado/Sociedad Civil adquirió dos componentes bloqueadores fundamentales: la expansión de los mecanismos estatales de control tendiendo a reducir el espacio de la estructuración autónoma de la sociedad civil y la actitud persistente de las élites políticas, independientemente de los regímenes políticos, de disuadir formas de participación de tipo liberal-democrático (Trindade, p. 61). Así, aunque la Constitución de 1937 reconociese una Cámara de Diputados con representantes del pueblo, éstos se elegían por sufragio indirecto, cuyos electores eran los intendentes municipales más diez ciudadanos por municipio, electos para componer el colegio electoral (art. 47). De otro lado, vislumbraba la Constitución una segunda cámara llamada Consejo Federal, compuesta de un representante por Estado y escogido por la respectiva Asamblea Legislativa, pero sujeto al veto del Gobernador. A pesar de ello, toda la materia de administración económica, incluidas las relaciones de trabajo, estaba sometida a un Consejo de Economía Nacional compuesto de representantes sindicales y asociaciones profesionales reconocidos por la ley, con paridad de representación entre empleados y empleadores. Este Consejo estaba dividido en secciones y en ellas había tres miembros designados directamente por el Presidente de la República. En realidad, éste monopolizaba, en la práctica, el proceso legislativo por medio de decretos-ley de su exclusiva competencia.

El fin del Estado Nuevo instituido en 1937 llegó en 1945. El dictador fue derrocado por las Fuerzas Armadas y el Gobierno Provisional convocó una Asamblea Nacional Constituyente que, constituida en febrero de 1946, utilizó la Constitución de 1934 como base de sus discusiones. En el impulso de la caída del nazi-fascismo en todo el mundo, el fuerte componente liberal de la Constituyente del 46

le dio la necesaria base consensual. A pesar de eso, el tipo de política conciliadora que por encima de todo mantuvo las estructuras del aparato de Estado heredadas del Estado Nuevo de la Constitución de 1937, acabó por hacer de la Constitución del 46 un cuerpo de enunciados programáticos en cuestiones fundamentales, lo que permitió que no siempre fuese concretada, sea por razones de incompatibilidad con la realidad para la cual había sido hecha o por fuerza de acomodos políticos. De hecho, el influjo liberal de la Constitución de 1946, marcado por un presidencialismo fuerte y con tendencias desarrollistas, cuyo equilibrio era dado por un Congreso más conservador, tuvo ante todo el sentido de una liberación del orden fascista y de una ordenación formal del poder nacional. Recordaba más a un liberalismo al estilo de Locke, y de este modo menos propenso a un liberalismo al estilo francés, considerado como amenaza a la sociedad civil y tendente a la anarquía. En esas condiciones permanecería el reconocimiento de la función del Estado para ejercer el papel de protector de la sociedad. Así, la experiencia constitucional de 1946 señalaba un persistente hibridismo ideológico e institucional combinando estructuras liberales con una práctica conservadora, si no autoritaria. Esto culminaba en aquello que Jaguaribe llamó “democracia electoral” y que culminaría en lo que Schmitter más atrevidamente denominó “democratura”.

En 1964 hay una nueva revolución políticamente manifestada en el desequilibrio provocado por la posibilidad de un Congreso menos conservador aliado a un presidencialismo reformista, y en el 67 otra Constitución. No hubo convocatoria constituyente. Por medio de un acto institucional, el poder revolucionario otorgó competencia al Congreso Nacional debidamente expurgado para elaborar el nuevo texto. Fue creada una comisión para la presentación de un anteproyecto. Sin embargo, la comisión acabó por disolverse por incompatibilidad con el poder revolucionario. Y el anteproyecto fue el producto de la labor de técnicos afines al nuevo régimen.

La Constitución de 1967 no fue preservada de alteraciones revolucionarias. Destinada a consagrar los ideales desarrollistas pero constitucionalmente definidos de 1964, tuvo corta duración, puesto que el 13 de diciembre de 1968 reapareció el poder revolucionario con la edición del execrable Acto Institucional N° 5. Aquel poder, transitorio por definición, había agotado su misión con la edición del AI-4 que convocó extraordinariamente al Congreso para discutir, votar y promulgar el proyecto que se convertiría en la Constitución de 1967. Al reaparecer, reabrió el proceso revolucionario. Después fue presentada la Enmienda n° 1 de 1969, que prácticamente reformuló por completo la Constitución de 1967, manteniendo en su cuerpo el AI-5 y los poderes revolucionarios que en él se originaban. Esta convivencia de la Constitución con actos revolucionarios persistiría hasta el 13 de octubre de 1978, cuando debido a la falta de cohesión política, el llamado proceso de distensión iniciado por el entonces presidente Geisel conduce a Brasil a la Enmienda Constitucional n° 11, que deroga los actos institucionales.

A partir de este momento, el país vivió un régimen institucional caracterizado por una especie de hibridismo constitucional, puesto que la Constitución que quedó vigente, aunque expurgada de los actos institucionales, continuó albergando dispositivos coherentes con el espíritu autoritario del régimen de 1964, junto a otros en

los que se podía apreciar una vocación más democrática. De ahí resultó un texto técnicamente poco sistemático en muchos aspectos, imposibilitado de recibir un tratamiento unitario en términos de principios básicos. De un lado se garantizaba, por ejemplo, la preeminencia a la iniciativa privada; de otro, diversas normas permitían una intervención del Estado en el ámbito económico sin los correspondientes frenos. Lo mismo acontecía con el régimen federativo, proclamado expresamente, pero matizado por otros dispositivos que en materia tributaria garantizaban la supremacía de la Unión sobre los Estados y los Municipios.

La Constitución brasileña del régimen autoritario de 1964, en términos de la Enmienda n. 1 de 1969, acabó por enfatizar hasta sus últimas consecuencias aquella impotencia política genérica de la sociedad civil ante una tecnocracia estatal bien montada y estructurada. En ella quedaba claro el menosprecio del voto como moneda básica de negociación política o el reconocimiento de la superioridad de los técnicos de la racionalidad económica sobre cualquier forma de representación popular —la desproporción de fuerzas entre el Ejecutivo y el Legislativo era en ese sentido ostensible— o la eficiencia de la represión militar. Es verdad que esto no impidió un desprendimiento de fuerzas económicas capaces de asegurar auspiciosas tasas de desarrollo en la década de los setenta. A pesar de todo, ese modelo constitucional desarrollista desde el punto de vista económico, si bien mostraba en sus inicios una predisposición para dejar a la sociedad civil suficiente y aparentemente libre en su aislamiento político, con el correr del tiempo esa libertad fue adquiriendo su faz real de concesión del Estado, en la que la ciudadanía como fin era más bien un objetivo para realizarse en el futuro (desenvolvimiento económico como condición del posterior desenvolvimiento político). En esta misma línea puede entenderse el sentido político adquirido por el movimiento que culminó en la Constitución de 1988. Al contrario de lo que sucediera siempre en el pasado, el nuevo proceso constituyente no vino promovido por ningún principio eminente, como la independencia, en 1822, la república, en 1889, la lucha contra las oligarquías regionales y las conquistas sociales en la Europa de entreguerras en 1930 al 34, el fascismo en 1937, la restauración de la democracia liberal en 1945. Él solamente se colocaba frente al régimen autoritario de 1964 y no buscaba explícitamente ningún modelo externo, aunque fuesen percibidos posteriormente algunos trazos de la constitución portuguesa.

Esta ausencia de un modelo externo explícito marca una peculiaridad de la Constitución vigente con respecto a las anteriores. Tal vez por eso se pueda, en su caso, buscar en su controvertida sistemática un vínculo propio capaz de ligar tendencias aparentemente divergentes que la hacen unas veces presidencialista con trazos parlamentaristas, y otras, una social-democracia con trazos corporativistas; a veces, neoliberal con trazos intervencionistas, otras, capitalista con trazos estatistas, o desarrollista con trazos asistencialistas etc. Esta sistemática controvertida no fue fruto de una tendencia consciente y de una propuesta explícita, sino que resultó del propio proceso constituyente de 1987, que no partió de ningún proyecto, sino que distribuyó las diferentes temáticas por innumerables comisiones, cuyos resultados fueron dirigidos después a una comisión central, donde se le dio entonces la con-

vergencia formalmente dispersora de las diferentes presiones sociales. En esta convergencia y a la luz de su pasado constitucional es como adquiere significado el modelo de Estado propuesto como Estado Democrático de Derecho.

Lo propuesto en la Constituyente de 1987 fue un *proceso de transformación del Estado*. Y con esta noción no se expresa ni la sujeción del Estado a procesos jurídicos ni la realización de no importa qué idea de derecho, sino su subordinación a criterios materiales que lo trascienden, principalmente la interacción de dos principios substantivos. El principio de la soberanía del pueblo y de los derechos fundamentales, que está en el Artículo 1º párrafo único, incisos I, II y III, se conjuga con el de la realización de la llamada democracia económica, social y cultural como objetivos de la democracia política, que está también en el Artículo 1º, en los incisos IV y V, y en el Artículo 3º, incisos I, II, III y IV.

Lo que se percibe a través de la experiencia reciente de la Constitución brasileña vigente, es que una compatibilización del Estado de Derecho con el Estado Social trae algunas dificultades significativas. Sería preciso, por un lado, garantizar en cada caso una *situación de compromiso* entre los grupos sociales que asegurase un mínimo de criterios comunes de valor que fuesen admitidos por todos. Por otro lado, un *marco constitucional riguroso* sin el cual la actuación del Estado, inevitablemente sujeto a grupos de presión, a intereses estamentales y corporativistas de la burocracia, puede tornarse fácilmente una especie de ejercicio de arbitrariedad camuflado por supuestos dictámenes de principios públicos relevantes.

Las dificultades de esa compatibilización, en virtud de las exigencias mencionadas, reposan al final en el inevitable reconocimiento de que tienen carácter distinto. La exigencia de un *compromiso* es un problema típicamente político en sus medios y en sus fines, mientras que la exigencia de un *marco constitucional riguroso* es un problema típicamente jurídico formal.

En verdad, esa dualidad de caracteres viene siendo percibida en el hecho de que el Estado de Derecho es un concepto formalmente jurídico, jurídico-formal, lo que no sucede con el concepto de Estado Social (Ernst Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel*, 1976, p. 89). Las garantías proporcionadas por el contorno constitucional del Estado de Derecho son por encima de todo delimitaciones con sentido eminentemente técnico normativo. Presuponen, por tanto un modelo de Estado que en relación a la libertad de los ciudadanos deja valer el *statu quo*. Mientras que las garantías exigidas del Estado Social presuponen un Estado políticamente activo que desempeña funciones distributivas, que en un último análisis desconoce el dualismo entre Estado y sociedad.

En consecuencia, mientras que para el Estado de Derecho el fenómeno del poder es por definición circunscrito y delimitado en su contorno constitucional, el Estado Social sobrepasa esas limitaciones porque en él las posibilidades de extensión de las formas de dominio son inmensas, pudiendo alcanzar intensidades sutiles y, en un cierto sentido, fuera de control desde el punto de vista del Estado de Derecho. Al final, si al individuo para sobrevivir ya no le basta, como sucedía en Brasil desde el siglo XIX, una relación directa y concreta con las fuentes naturales, en la medida en que la gran masa está urbanizada y metida en las mallas de la

envolvente industrialización, todo eso exige asistencias de carácter organizativo que ninguna corporación aislada puede proveer. Entonces ese individuo se percibe ya no como alguien que vive en un Estado, ni como alguien que depende del Estado, sino como una especie de activista político potencial. En los últimos años, puede decirse que en cierto modo el *impeachment* del Presidente, aliado a una expresiva carencia del asistencialismo social heredado del corporativismo fascista de 1937, crea nuevas bases para la comprensión de la relación Estado/sociedad. Y es ese proceso de transformación el que ahora con la Constitución de 1988 nos afecta de una forma más aguda que en toda nuestra historia anterior.

El hecho de que nuestra estructura institucional de las leyes básicas, en cuanto constitutivas del Estado de Derecho, provenga de una experiencia marcada por el *hibridismo liberalismo conservador/práctica autoritaria*, se aplica a una realidad que no nos permite atenernos a ciertas fórmulas de rigor formalista sin obligarnos a abrir innumerables excepciones, y acaba mudando el carácter general de esas normas. Este contraste se refleja hoy en el detallismo de la Constitución, capaz de albergar exigencias por momentos tendentes a reclamar los beneficios de una democracia social extensiva y en otros pidiendo las cautelas propias de un industrialismo neoliberal emergente. Del mismo modo, las normas que consagran los derechos fundamentales no escapan a esa característica; y eso obviamente afecta la lógica interna del Estado de Derecho; debiendo ser considerado como un dato relevante cuando se discute el modelo constitucional del Estado brasileño.

Para comprender esas transformaciones tendremos que partir del carácter positivado de las normas de las constituciones modernas. La positivación fue una de las ideas que dan cuerpo al movimiento constitucionalista, principalmente a partir del siglo XIX. Y uno de los trazos centrales del Estado de Derecho fue la fijación de un orden estatal libre en la forma de normas positivas sujetas a las formalidades garantizadoras de la certeza y de la seguridad. De esa forma, y son un ejemplo típico, se protegía la libertad conforme la ley y las declaraciones expresas de derechos individuales, antes presentes de una forma difusa en la teoría del derecho natural racional.

Eso exigió una especie de formalidad constitucional que fue alimentándose y desenvolviéndose en Brasil desde el siglo XIX. Esa formalidad confería a la Constitución una transparencia y una estabilidad indispensables. Gracias a esa formalidad, las constituciones pudieron entonces someterse a las llamadas reglas usuales de interpretación. Por su intermedio, mientras tanto, conseguimos llegar al sentido y al control de la eficacia de la constitución, que acababan por minimizar la práctica constitucional correspondiente. Su estabilidad devenía del formalismo, no obstante las prácticas autoritarias de la realidad política y social.

Como resultado de un modelo constitucional para el Estado de Derecho, concebido como estado mínimo, reducido en sus funciones, esa formalidad tenía una orientación específica que llamaría orientación de bloqueo o función de bloqueo, conforme al principio de legalidad y constitucionalidad que formalmente limitaba la actuación del Estado. Esto funcionó bien en Brasil hasta 1930. No podemos desconocer en ese cambio que las normas constitucionales, ya sea en

la Constitución imperial o bien en la Constitución republicana de 1891, contenían obviamente elementos jurídicos que la diferenciaban de las demás normas, del que un normativismo ideológicamente formalista, supuestamente neutro y acrítico, llegaba a dar cuenta.

A partir de 1930 entró en escena un orden político global del Estado constitucional que obligó a ciertas correcciones y especificaciones. En el umbral de esas transformaciones que caracterizarían la complicada convivencia del Estado de Derecho con el Estado del Bienestar Social o Estado Social, Ruy Barbosa decía lo siguiente: “la concepción individualista de los derechos humanos ha evolucionado rápidamente con los tremendos sucesos de este siglo, hacia una noción inconmensurable de las nociones jurídicas del individualismo, restringidas ahora por una extensión cada vez mayor de los derechos sociales. Ya no se ve en la sociedad un mero agregado, una yuxtaposición de unidades individuales encastilladas cada cual en su derecho intratable, sino una unidad orgánica en la que la esfera del individuo tiene como límites inevitables por todos los lados a la colectividad. El derecho va cediendo a la moral, el individuo a la asociación, el egoísmo a la solidaridad humana”. Eso se dijo a comienzos de este siglo (“La Cuestión Social y Política en Brasil” en *Revista do Brasil*, abril de 1919, pp. 39/s.).

Si nosotros interpretamos bien esas palabras de Ruy, apuntaban ya una especie de desformalización de la Constitución y de la interpretación de la Constitución, lo que él ciertamente no aceptaría, en estos términos, en toda su extensión. Pero mostraban una preocupación que se tornaría aguda en los días de hoy. Más o menos en la misma época, Max Weber (*Wirtschaft und Gesellschaft*, 1976, pp. 505 s.) ya apuntaba a tendencias que irían, como decía él, a favorecer una disolución de ese formalismo jurídico que nació junto con el modelo del Estado de Derecho. Él preveía una cierta disparidad entre la legalidad lógica, propia del pensamiento jurídico-formal, y los efectos económicos previstos, así como las respectivas expectativas en relación con esos efectos. Surgían, decía él, exigencias materiales de los modernos problemas de clases, de un lado, acompañadas de otro, de propuestas de ideologías jurídicas que se guiaban por criterios valorativos contenidos en la expresión social del derecho. Estas mudanzas, que se tornaron expresivas en Europa desde los años veinte, no fueron capaces de quebrar en Brasil el hibridismo de la práctica constitucional que lo acompañó hasta ahora.

Por consiguiente, lo que está ocurriendo en la experiencia constitucional brasileña actual, ciertamente ya vivida en Europa desde los años veinte, tal vez pudiese señalarse en términos de una toma de conciencia social y política de la distinción entre un modelo constitucional de Estado con la función de bloqueo, que cabe para las Constituciones de 1824 y 1891, y un modelo constitucional de Estado con la función de legitimación de las aspiraciones sociales que fue formalmente propio de las Constituciones de 1934, 1937, 1946 y 1967/69. Este segundo modelo significaría que ciertas aspiraciones se tornarían metas privilegiadas, en el caso de la Constitución fascista de 1937 y de la autoritaria de 1967/69, hasta cierto punto más allá de una conformidad constitucional estrictamente formal. Serían parte, por así decirlo, de una pretensión inherente a la propia Constitución. Eso quebraría el Estado de

Derecho tal y como fue pensado en el pasado, esto es, con la exclusiva función de bloqueo.

En verdad, la idea subyacente al modelo de Estado como función de legitimación, con la que las constituciones instauran una pretensión de ver atendidas las expectativas de realización y concreción, trae para nuestra experiencia constitucional una consideración de orden valorativo, que la experiencia alemana ya percibiera en la década de los años veinte. O sea, presuponiendo que una constitución presente en su cuerpo normativo un sistema de valores, el modelo de Estado que ella instituye se torna una realización de valores y exige esa realización. En verdad no establece un Estado, sino que propone la realización de un Estado.

No está hablándose de la oposición entre una concepción formalista y una práctica autoritaria, ni ignorándose que el Estado Constitucional con función de bloqueo también pudiese buscar una "ratio" inmanente por medio de los tradicionales métodos teleológicos, sociológicos, axiológicos que resaltasen, por ejemplo, el valor de la libertad individual. El problema que se refiere aquí es otro. Cuando se opone un modelo de Estado con la función de bloqueo al Estado con función de legitimación de aspiraciones sociales, lo que entra en juego es el problema de cómo captar el sentido de las constituciones en el momento en que, concebidas éstas como sistemas de valores, el modelo de Estado que instituyen se transforma en un instrumento de realización política, con base en la cual la actividad legislativa y judicial será forzada por la presión social, a concretar principios y programas implícitamente abrigados en el texto constitucional. O sea, la cuestión deja de ser un problema de correcto delineamiento del Estado con su carga lógica, histórica, sistemática, teleológica y hasta valorativa, para tornarse un problema de conformación política de los hechos al modelo, esto es, de su transformación conforme a un proyecto social e ideológico.

Este cambio corresponde, en el Brasil de hoy, a una transformación del Estado constitucional en Estado de Derecho formal, que, en el Imperio y en la Primera República, ostensiblemente, y en las demás hasta 1988 de forma ideológicamente encubierta, suponía una distinción entre Estado y Sociedad como entidades autónomas. En la Constitución de 1988, las tareas impuestas al Estado, no sólo llevan a la multiplicación de las normas, sino también a su modificación estructural, poniendo al descubierto sus limitaciones. Se exige al Estado la responsabilidad de la transformación social adecuada de la sociedad, o sea, se le dan otras funciones que no se compadecen plenamente con la función de bloqueo de los viejos modelos constitucionales. Pero el resultado es, por el momento un sentimiento de impotencia del Estado que, en verdad, pone en jaque la distinción entre Estado y Sociedad y la arraigada concepción del Estado como protector de la sociedad civil.

La estructura constitucional del Estado protector en Brasil siempre fue condicional y retrospectiva. Los fines sólo interesaban en la medida en que las condiciones sociales eran dadas y obedecidas. Si los medios no fuesen dados, esos fines deberían ser considerados sólo formalmente, y en la práctica, ignorados. Cuando, no obstante, la presión social crecía y la relación de poder se sentía sacudida, la relación medio-fin se invertía en la forma de una ruptura constitucional. Así, los

diversos discursos revolucionarios en Brasil siempre presuponían que los fines fijaran una exigencia tal que si las condiciones no existiesen, deberían ser encontradas por medio de una ruptura. Una vez alterada la Constitución, sin embargo, volvía la función de bloqueo que presuponía que los preceptos constitucionales establecen principios y fines fundamentales, en relación a los cuales el intérprete del momento no puede articular sentidos y objetivos, sino aquellos que ya estuviesen reconocidos desde entonces, “ex tunc”, en la propia estructura de poder. El regulador político de las rupturas constitucionales brasileñas era así, una especie de principio de prohibición de excesos, esto es, prohibición de articulación de intereses de la propia sociedad excepto los protegidos, bajo la alegación de favorecer su ejercicio. De ahí la imagen oficial del hombre cordial brasileño a pesar de las crueldades que de hecho sucedían.

La cuestión cambia de figura en el momento actual, en vista de una experiencia constitucional que parece desafiar a las viejas formas de pensar las exigencias puestas al Estado Social. La estructura programáticamente exigida por la realidad social crea una tensión entre el Legislativo y el Ejecutivo que, por cuenta de una función de legitimación atribuida al texto constitucional, presupone que el intérprete esté autorizado a articular y cualificar el interés público, el interés público colectivo, el interés individual, puesto como un objetivo por el precepto constitucional. Esta exigencia se refleja hoy en un sentimiento de discrecionalidad hermenéutica en la relación entre los tres poderes constitucionales, que conduce, de un lado, a una exacerbación en el uso de “medidas provisionales” por parte del Ejecutivo en lugar del Legislativo y a una verdadera politización de las decisiones judiciales. La experiencia constitucional actual parece presuponer entonces que los preceptos constitucionales están sometidos a ciertas finalidades que exigen realización no en la forma de un Estado protector, sino de una sociedad que desea prescindir de la tutela estatal. Algunas de esas finalidades son de orden normativo-estructural. Así, los preceptos dirigidos a la participación y prestación positiva del Estado Social son leyes imperfectas, “leges imperfectae”, esto es, no son inmediatamente realizables sin una actuación del propio Estado, pero que a su vez no se agotan en esa actuación. De ahí la exigencia de que la propia sociedad debe entonces proveer una identificación de los medios sociales a fin de que la norma pueda ser efectiva. En las recientes elecciones brasileñas, esta cuestión fue ostensiblemente debatida en relación con los eventuales cambios reclamados por el texto constitucional, no para alterar su sentido social, sino para hacerlo posible como estructura social.

Otras condiciones son de orden jurídico-funcional. Como se supone que el establecimiento constitucional de objetivos traduce valores, que por sí solos no permiten la percepción de directrices vinculantes, se exige del intérprete institucional que se dirija hacia la configuración del orden social deseado, a partir del que se tendrá el control de constitucionalidad. Los reguladores dogmáticos de esta función, en el ínterin, crean una especie de inseguridad formal, especialmente en la actuación del poder judicial, pues parecen peligrosamente abiertos, flexibles. Los fines articulados y cualificados deben ser dependientes de los medios disponibles e identificables, pero cabe al intérprete considerarlos bajo el punto de vista de su viabilidad.

El gran momento vivido por la experiencia constitucional brasileña actual en la instauración del Estado Democrático de Derecho dependerá de cómo las exigencias del Estado Social se juridifiquen formalmente en los contornos del Estado de Derecho, quebrando así el viejo hibridismo de la lógica liberal conjugada con una práctica autoritaria. Me parece que el principio legitimador, aunque muy abstracto y genérico de esa compatibilización, debería ser impedir que las llamadas funciones sociales del Estado se transformen en funciones de dominación. Este es el riesgo. Por lo tanto, sería preciso ver en el reconocimiento del Estado Democrático de Derecho una especie de repudio a la utilización desvirtuada de las necesarias funciones sociales como instrumento de poder, porque esto destruiría el Estado de Derecho y con ello se pervertiría la base del Estado Social que estaría entonces desnaturalizado. En consecuencia, el Estado Democrático de Derecho perdería su contorno constitucional.

Pero la recíproca también es verdadera. Tampoco puede llevarse a la interpretación de la Constitución todos aquellos formalismos típicos de la interpretación de la ley. La ley constitucional se llama ley sólo de manera metafórica, pues no es una ley igual a las otras leyes. La Constitución tiene que ser entendida como la instauración del Estado y la comunidad. Por lo tanto no debe someterse a aquel puro formalismo bajo la pena de hacer lo inverso, esto es, tiranizar un grupo contra otro e impedir la realización del Estado Social. Lo difícil es hacer esa composición sin apelar a las rupturas que se pervierten en su propio curso. Y esta dificultad es, al final, el gran desafío que vive hoy la experiencia constitucional brasileña.

BIBLIOGRAFÍA

- FORSTHOFF, Ernst (1976), *Rechtsstaat im Wandel*, München.
JAGUARIBE, Helio; SILVA, Nelson do Valle e; ABREU, Marcelo de Paiva; ÁVILA, Fernando Bastos de, FRITSCH, Winston (1985), *Brasil, sociedade democrática*, Rio de Janeiro, José Olímpio (1986).
SCHMITT, Carl (1970), *Verfassungslehre*, Berlin.
SILVEIRA, Alípio (1968), *Hermenêutica no direito brasileiro*, 2 volumes, São Paulo.
TRINDADE, Hégio (1985), *Como renascer as democracias*, São Paulo.
WEBER, Max (1976), *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen.