

NUEVAS FUNCIONES CONSTITUCIONALES EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Un estudio de caso en Brasil*

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO
Titular de la Cátedra de Derecho Administrativo
Universidad Cândido Mendes, Rio de Janeiro

I. INTRODUCCIÓN: 1. *Presentación del tema*. 2. *El neoconstitucionalismo y sus cambios*. 3. *Razones del surgimiento de una nueva concepción de las funciones del Estado*. 4. *La necesidad de una revisión de las funciones estatales en el neoconstitucionalismo*.—II. TRES TIEMPOS DE LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE PODER Y DE FUNCIONES DEL ESTADO: 1. *Funciones del Estado preconstitucional*. 2. *Las funciones del Estado en el constitucionalismo clásico*. 3. *Las funciones del Estado en el neoconstitucionalismo*.—III. NUEVAS FUNCIONES CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO: 1. *Se proponen tres categorías de funciones del Estado*. 2. *Las funciones de provisión de gobernanza*. 3. *La función de provisión de justicia*. 4. *Funciones de Estado neutrales*. 5. *Funciones de vigilancia, control y promoción de justicia*.—IV. OBSERVACIONES FINALES: 1. *La utilidad de la propuesta de sistematización*. 2. *Conclusión*.

RESUMEN

El neoconstitucionalismo conlleva dos ideas-fuerza: los *derechos humanos* y la *democracia*. Este ensayo identifica algunos cambios en las *funciones constitucionales* ocurridos en Brasil, con un estudio de caso sobre su Carta Política de 1988, inspirados en los nuevos paradigmas. La distinción central apuntada, entre *funciones del Estado* y *funciones en el Estado*, subraya diferencias entre, de un lado, las actividades de *gobernanza* y de *justicia pública*, ambas tradicionales del Estado, y, de otro, las actividades de *vigilancia, control y promoción de la justicia*, que constituyen un nuevo rol de funciones *híbridas* y *neutrales*: híbridas, porque producidas en el Estado, pero en el *directo interés de la sociedad*, por agentes de *inversión pública*, y *neutrales*, porque técnicas y sin intervención político-partidarias.

Palabras clave: Constitución; nuevas funciones; independencia; neutralidad.

ABSTRACT

New constitutionalism brings two strong commitments: *human rights* and *democracy*. This essay identifies some changes in the nature of constitutional functions of the State, as introduced in Brazilian Constitution of 1988, inspired by those new paradigms. The main distinction discloses, side by side with the traditional functions of the State: the *Public Government* and the *Public Justice*, some new independent functions in the State: those committed to *vigilance, control and promotion of rights*, that are *hybrids*, because they are mainly devoted to the interests of Society, and *neutrals*, because they are exempt from influences of the political parties.

Key words: Constitution; new functions; independence; neutrality.

* Comunicación presentada en el Seminario del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, dirigido por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, el día 2 de julio de 2010.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Presentación del tema*

Los progresos en el constitucionalismo, desde su versión moderna a la postmoderna, muestran una fuerte influencia de dos ideas-fuerza que constituyen dos de los más importantes cambios de paradigmas jurídico-políticos contemporáneos: los *derechos humanos* y la *democracia*.

Este ensayo está dedicado a la identificación de los cambios de *funciones constitucionales* que han tenido lugar en Brasil, tomando como caso de estudio su Constitución Política de 1988, que aplicó el nuevo modelo de *Estado Democrático de Derecho* inspirado en estos dos nuevos paradigmas.

En el curso de este proceso de cambio se introdujo la innovadora distinción entre *funciones del Estado* y *funciones en el Estado*, mediante la que se subrayan las diferencias existentes entre, por un lado, las actividades relativas a la *gobernanza* y a la *justicia pública*, en cuanto funciones tradicionales *del* Estado, y, por otro lado, las actividades de *vigilancia, control y promoción de la justicia*, que suponen un nuevo tipo de funciones que también se producen *en el* Estado pero que tienen una naturaleza híbrida, porque, a pesar de que se ejercen en interés directo de la la sociedad, su desempeño eficaz e independiente exige que sus agentes se vean investidos de una garantía de *autoridad atribuida mediante su investidura pública*.

Se esbozará, en primer lugar, en este estudio el marco actual de los cambios que han tenido lugar y han conducido a la definición de nuevas funciones constitucionalmente independientes, para, a continuación, acometer una presentación sistemática de la nueva configuración constitucional en el modelo brasileño, que las caracteriza como *funciones neutrales*.

2. *El neoconstitucionalismo y sus cambios*

Para captar el sentido y el alcance de todos los formidables cambios que ha experimentado el centenario modelo de Estado moderno, en la lenta tarea de construir una nueva organización política —menos autoritaria, menos arrogante, menos temible, más cercana al ciudadano, más eficiente, más controlada y, por tanto, más humana, como lo requiere un Estado con valores postmodernos—, resulta necesario orien-

tar las investigaciones actuales hacia la identificación, en la abundante producción académica acumulada a lo largo de este periodo de transición, de los nuevos paradigmas científicos que han impuesto estos cambios en la *Política y en el Derecho contemporáneos*.

3. *Razones del surgimiento de una nueva concepción de las funciones del Estado*

Para poder desentrañar el hilo de coherencia conceptual en la maraña de todos los argumentos y teorías que han tratado de explicar la renovación ocurrida en los últimos cincuenta años, resulta necesario meditar sin prejuicios sobre los aspectos esenciales de la evolución del propio Derecho, identificándolos y desechando en la tarea viejos mitos¹ acumulados en estos cinco siglos de existencia del Estado Moderno, durante los cuales la dogmática jurídica se apoyó fuertemente sobre la arrogancia epistemológica del *racionalismo* y sobre la herencia autoritaria del *absolutismo*, responsables ambos del concepto sombrío y amenazador de una supuesta supremacía del Estado sobre la sociedad a que *debe servir*².

Este análisis pone claramente de manifiesto que la purga de las viejas concepciones que se gestaron en el iluminismo y se aceleraron a partir de la segunda mitad del siglo pasado, permite una nueva visión contemporánea de las relaciones entre estos dos históricos actores de la política y del Derecho: la *sociedad* y el *Estado*.

De esta forma, una vez superados los viejos mitos, responsables de tantos retrasos culturales, por no decir de altos costes en vidas humanas e innumerables abusos, las ideas de una supuesta primacía del Estado y de su ilimitada soberanía ceden paso a una nueva época en la que se reconoce la *primacía del ciudadano*³.

Se abre paso así un nuevo orden jurídico ajustado a la sociedad de *hombres libres*, en el que, como dice Paolo GROSSI con extrema sencillez, pero con no menos rigor científico, se *«rescata el derecho de la*

¹ En especial, sobre el tema, se recomienda la obra de Paolo GROSSI, *Mitologie Giuridiche della Modernità*, Milán: Giuffrè, 2001, ya traducida a los idiomas español y portugués (en el Brasil, Florianópolis: Fundación Boiteux, 2004), que trata específicamente sobre la pérdida del acervo jurídico medieval, con la construcción feudal de esquemas simplistas y autoritarios, que imperaron, con un posterior *estatocentrismo*, en la cultura jurídica del Renacimiento y de la Edad Moderna, en particular en Europa.

² Paolo GROSSI, *Prima Lezione di Diritto*, Roma-Bari: Laterza, 2003, con traducción al portugués: *Primeira Lição de Direito*, Rio Janeiro: Forense, 2006.

³ Paolo GROSSI, que dice textualmente: *«fueron embalsamamientos inadecuados que habían sometido la complejidad y la intensidad de la historia a mitos...»* (*La primera lección de Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2008, pág. 20).

sombra condicionante y dañosa del poder y le devuelve al seno de la sociedad, para volver a ser su propia expresión»⁴.

Resulta, sin duda, muy oportuno que se desarrollen y se propaguen meditaciones de tanta actualidad e importancia, que no se limiten a informar, sino que pretendan también formar espíritus libres, cualidades éstas tan importantes para los juristas de que necesitará este siglo XXI.

Sobre estos nuevos profesionales con una visión *habermasiana* del Derecho, en cuanto ordenamiento adecuado a sociedades políticamente exigentes y con capacidad de respuesta, pesan nuevas y graves responsabilidades, que rara vez se les hubieran exigido en el pasado, en cuanto son defensores de la integridad de los *valores humanistas* en sociedades cada vez más pluralistas⁵.

No se incurrirá, por lo tanto, en un exceso si se considera que opiniones académicas postmodernas, tales como, entre otras, las desarrolladas por Paolo GROSSI o Pierre PESCATORE, que brillan con luz propia en algunas de sus breves y sencillas lecciones, resultan enormemente valiosas para la formación de los jóvenes en la ciencia del Derecho, y también son útiles, en general, para todos aquellos que pretendan comprender este complejo mundo jurídico que emerge de nuestros tumultuosos pero fascinantes tiempos de transición, en el que tienen lugar tantos cambios de paradigmas, especialmente cuando el objetivo es la realización plena de un *Estado Democrático de Derecho* y, en consecuencia, de las correspondientes *funciones* que le compete desempeñar.

La esencia del mensaje se centra en el redescubrimiento de la auténtica y básica *naturaleza social del Derecho*, en cuanto ordenamiento de la vida *en sociedad* (no necesariamente *en un Estado*), despojado de los prejuicios y principios dogmáticos acumulados en el curso de la Edad Moderna, durante el largo periodo en que prosperó el *voluntarismo autocrático*: inicialmente encarnado en la propia persona de los reyes, para, a continuación, seguir presente, aunque de forma menos evidente, en las asambleas políticas y, por último, revelarse plenamente en las dictaduras de todos los matices, impregnando una persistente concepción de la *naturaleza estatal del Derecho*, en cuanto un *orden artificial soberanamente impuesto a la sociedad*, concepto éste diametralmente opuesto del que originalmente se tenía de la *naturaleza social de Derecho*, en cuanto un *orden generado espontáneamente en las sociedades*⁶.

⁴ También de Paolo GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Roma-Bari: Laterza, 2001, *apud La primera lección de Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2008, pág. 25.

⁵ Una reconstrucción que el eminente jusfilósofo Pierre PESCATORE presenta en su discurso sobre la *Naturaleza del Derecho* y sobre una *Cultura de Derecho* (en el Prefacio de la *Philosophie du droit au tournant du millénaire*, Bruselas: Bruylant, 2009, pág. 5).

⁶ En Pierre PESCATORE, sobre HEGEL, *op. cit.*, págs. 7, 24, 27, 75 y 115.

Posiblemente, éste sea el principal cambio que nos trae la post-modernidad: la *recuperación de la comprensión de la auténtica génesis del Derecho*, que posibilitó la conversión de un *Estado de Derecho* —que se basaba exclusivamente en un limitado concepto de *legalidad*— en un *Estado Democrático de Derecho*, en el que se vuelve a la búsqueda de la *legitimidad*, a la búsqueda histórica de la *justicia*.

En esta línea, el ideal de *justicia* se entiende como un valor que no puede y no debe ser monopolizado por el Estado, sino que ha de ser compartido por toda la sociedad, de tal forma que su consecución ha de lograrse por ambos, conjunta y solidariamente.

Esta deseable actuación solidaria y concertada de personas y de órganos para la realización del Derecho requiere que, cualquiera que sea el papel que ostenten en la diversificada comunidad de sus intérpretes y aplicadores, actúen siempre a través de la *comunicación interactiva en procesos legales*⁷, instituyendo una tensión creativa y saludable entre el derecho «puesto» por el Estado y el que es «antepuesto» por la sociedad, lo que supone, en definitiva, el diálogo permanente y creativo existente entre la *ley* y el *Derecho*.

4. *La necesidad de una revisión de las funciones estatales en el neo-constitucionalismo*

Resultan claras, por tanto, las razones por las cuales, en el curso del agitado «*siglo corto*», tantos de los *mitos desarrollados por el racionalismo* redujeron el Derecho moderno a un mero *ordenamiento estatal de reglas*; a una mera colección de normas nada espontáneas, carentes de negociaciones reales de intereses en el crisol de las experiencias sociales; reglas, por tanto, limitadas a una expresión puramente *voluntarista*. Se trata, en suma, de una *legalidad* impuesta sólo por la simple voluntad de positivizarla manifestada por asambleas o jefes de Estado, cuando no por príncipes o dictadores autócratas, que, con el tiempo, llegarán a engrosar colosales acervos legislativos, profusos, superabundantes y caóticos, pero, irónicamente, presentados como una dudosa «conquista» de la modernidad.

Como contrarios a esta concepción se desarrollaron, en la segunda mitad del siglo pasado, nuevos paradigmas de reafirmación de los *derechos humanos*, cuyo origen hay que buscarlo en algunas tímidas, pero importantes, *declaraciones*, que maduraron hasta convertirse en

⁷ En Pierre PESCATORE, sobre HABERMAS, *op. cit.*, págs. 12, 15, 30, 60, 70, 76, 94, 114, 116 y 117.

normas dotadas de plena *eficacia jurídica*, que serán, primero, *constitucionalizadas* con el rango de *derechos fundamentales* y, finalmente, *globalizadas* como derechos supraestatales. Surgió entonces la conciencia del grave daño que había sufrido la comunidad con el secular alejamiento y pérdida de compromiso del Derecho con el deseo genuino de las sociedades; en síntesis: se debía rescatar la *legitimidad* abandonada.

Sumado esto al hecho de que un gran número de sociedades se habían transformado rápidamente en el curso del siglo XX en complejos *pluralistas y conscientes de sus derechos*, fueron muchos los hechos históricos que concurrieron en este periodo para hacer posible la resurrección gloriosa de la antigua concepción pretoriana del Derecho en cuanto un producto espontáneo de la vida social.

En definitiva, el resultado legalmente más relevante de todos estos cambios ha sido el resurgimiento de la *legitimidad* como *valor jurídico* y no únicamente *político*, mediante la superación de la limitada concepción racionalista de la *legalidad*, que la reducía a la mera producción legislativa, en una realidad más rica, compleja, flexible y valiosa, que tan bien sintetiza el término «*juridicidad*».

De esta forma, la *juridicidad* —la integración de la *legalidad* con la *legitimidad*, reforzada por la idea casi abandonada de *licitud*—, que constituye la vieja dimensión moral del Derecho durante tanto tiempo negada por el positivismo jurídico, resurge así en la ola irrefrenable de este proceso evolutivo cultural como el *norte ético de la Disciplina jurídica*, de tal forma que, sin renunciar a la conquista moderna de la *racionalidad*, permite cohesionarla con la *razonabilidad*.

El reflejo histórico de estos cambios en las *funciones del Estado* puede apreciarse, como pasamos a exponer, comparando tres periodos: el *Estado preconstitucional*, vigente hasta el siglo XVIII; el *Estado constitucional clásico*, que ha prevalecido hasta la segunda mitad del siglo XX; y el llamado *Estado «neoconstitucional»*, que es el que predomina en la actualidad.

II. TRES TIEMPOS DE LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE PODER Y DE FUNCIONES DEL ESTADO

1. *Funciones del Estado preconstitucional*

El poder del Estado antes del constitucionalismo se caracterizaba por su *unidad* y su *concentración* en la figura del monarca absoluto.

El rey era el único que podía optar entre ejercer personalmente el poder o delegarlo en quien tuviera a bien, sin limitación alguna. Con el tiempo, sin embargo, las delegaciones pasaron a ser una solución indispensable y fueron legalmente *institucionalizadas*, pero sin menoscabo de la unidad conceptual del poder político.

Únicamente a partir de la Revolución Gloriosa en Inglaterra, las funciones legislativas fueron reconocidas como atribuciones de un *poder autónomo*, propio del Parlamento por imperativo de la teoría de la representación, lo que hizo posible desde entonces los brillantes desarrollos que consolidaron la doctrina de *separación de poderes*, que dominaría durante todo el periodo, con un especial énfasis en la visión *orgánica*.

2. *Las funciones del Estado en el constitucionalismo clásico*

El modelo constitucional de los Estados Unidos de América supuso una revisión analítica, tanto de los *órganos* como de las *funciones* propias del Estado⁸, gracias a una definición más precisa de sus respectivas atribuciones.

Con este esfuerzo analítico, al tiempo que se procedía a la deseada *limitación de poder* de todo el Estado, se tejía una *red de controles recíprocos* entre los tres complejos orgánicos o «poderes» independientes instituidos en el Estado.

Lo cierto es que inicialmente no se pretendía *dividir* el poder del Estado, sino tan sólo regular el ejercicio de las funciones derivadas del mismo. Sin embargo, como se mantuvo la vieja costumbre de concebir orgánicamente el poder, las interpretaciones doctrinales llevaron a la formulación de un riguroso e inflexible *principio de tripartición de poderes*.

La confusión terminológica sobre las teorías de MONTESQUIEU ha sido puesta de manifiesto, desde CARRÉ DE MARLBERG, al utilizarse la palabra «poder» para denominar tanto al «órgano» como a la «función», cuando el primero es *único*, mientras que las funciones que ejerce son *numerosas y diversas*, tantas como sean necesarias⁹.

Carlos CASSAGNE aclara, en la misma línea, que «*si se parte de la unidad del poder del Estado puede aceptarse sólo la distribución de funciones en órganos diferentes, pero nunca su separación, que opere con límites precisos y definitivos una delimitación absoluta de las funciones.*»

⁸ Referencia a las contribuciones de LOCKE, BOLINGBROKE y MONTESQUIEU.

⁹ CARRÉ DE MARLBERG, en su *Teoría General del Estado*, México: FCE, 1948, pág. 249, *apud* citación de Daniel Hugo MARTINS en su conferencia de clausura de las *Jornadas Latinoamericanas de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 9 de abril de 2010.

(...) *El valor de la tesis de Montesquieu consiste fundamentalmente en los principios de coordinación, equilibrio y especialización que la nutren* (pág. 55)¹⁰.

No hay duda de que un «*principio de tripartición*», radicalizando la *doctrina de separación*, no solamente vedaba la creación de nuevos órganos y funciones independientes, sino que, al mismo tiempo, limitaba la implantación de *nuevas posibilidades de controles recíprocos* exigida por la complejidad de los Estados contemporáneos, lo que determinó la búsqueda de una nueva redistribución de funciones y de controles por el neoconstitucionalismo.

3. *Las funciones del Estado en el neoconstitucionalismo*

La afirmación jurídico-política de la *supremacía de los derechos fundamentales* precipitó la relectura del «principio» de la tripartición, aportando nuevas clases de *funciones atribuidas a la democracia*, considerada ya como una característica esencial del Estado postmoderno.

Pero, a su vez, la democracia exigía tanto *nuevos canales de expresión de la ciudadanía*, trascendiendo las limitaciones del sufragio tradicional, como *nuevas instituciones de control*, independientes de las existentes, que pudiesen expresar y complementar la *legitimidad* en los Estados contemporáneos.

Esas nuevas funciones, por un lado, para ser efectivas no pueden prescindir de la *autoridad*, de la que únicamente el *Estado* las podría investir, razón por la cual deben ser ejecutadas *como una expresión del poder estatal*, y, por otro lado, necesitan justificar su *legitimidad* no por sufragios populares, sino por los *resultados* evidentes de su acción en la defensa prioritaria y absoluta de los *intereses de la sociedad*, debiendo actuar directamente, técnicamente y sin intromisión política en la defensa del cuerpo social, individual o colectivamente considerado, para armonizar los dos protagonistas históricos de la política en la nueva democracia.

De esta forma, en cuanto dirigidos a una realización eficaz y legítima de los derechos fundamentales, se fueron *reforzando los instrumentos de participación de la sociedad en el ejercicio del poder del Estado*: se trataba de superar todos los modelos de control hasta entonces creados por la modernidad, incluso los más avanzados logrados por el Estado de Derecho, porque, desde el criterio *participativo*, no habían po-

¹⁰ Carlos CASSAGNE, en *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, tomo I, 1983, págs. 54 y 55.

dido ir más allá de la limitada asignación a los ciudadanos del *sufragio electoral*, restringido casi siempre a designar periódicamente determinados cargos políticos.

Se rompía, de esta forma, uno de los paradigmas del Estado moderno, considerado hasta entonces como un tabú político, según el cual *todas las atribuciones deberían gravitar alrededor de la ley* y estar incluidas en uno de los *tres complejos orgánicos tradicionales*.

La nueva dimensión global del Derecho, basada en la protección de la *persona humana*, exigía un nuevo elenco de *funciones para la vigilancia, control y promoción de sus derechos*, individuales y colectivos.

Para ello fue necesario trascender la estrechez funcional de dos paradigmas de la modernidad: *la exclusividad del Estado en la producción del Derecho* y el «dogma» de la *tripartición de «poderes»*. De hecho, las *funciones* que se requerían de un Estado postmoderno ya no podrían reducirse a los dos campos de actividades convencionales —*la creación y la aplicación de la ley*— ni tampoco, y con más razón, verse constreñidas a una actuación centralizada, monopolizada y cerrada en sí misma, concentrada solamente en una dogmatizada *trinidad* de «poderes».

Además de estas consideraciones, el hecho de que dos de los tres tradicionales complejos orgánicos independientes —los, así denominados, «poderes» Legislativo y Ejecutivo— deban actuar normalmente *en condiciones políticamente restrictivas*, en cuanto que, por definición, constituyen *expresiones funcionales del Estado políticamente comprometidas* (lo que ocurre incluso en las conformaciones camerales mayoritarias), rompía también un otro mito, el de la obligatoriedad de la *intermediación de los partidos para la legitimación democrática*.

Resulta hoy indiscutible que este proceso de legitimación, que data de mediados del siglo XVIII, constituyó un impulso considerable para las revoluciones americana y francesa, pero resultó insuficiente para países que, en el siglo XX, desarrollaron una inmensa *complejidad social*, cuyas demandas democráticas no se podían satisfacer únicamente con la elección de personas, siendo precisos nuevos cauces de participación democrática.

Resulta, por tanto, evidente que lo que podríamos llamar *nuevas vías de legitimación* no son sino corolarios de la aceptación de los paradigmas neohumanistas, que desplazaron desde el Estado a la sociedad el centro gravitacional del Derecho, rompiendo el viejo *ciclo de legalidad*, limitado hasta entonces a la creación y la aplicación de la *ley*, e incorporando nuevas vías de *legitimidad* al proceso político.

Como exigencia de los nuevos tiempos, estas nuevas vías de legitimación ofrecen ahora alternativas muy diversas para la plena realiza-

ción de los *valores fundamentales y permanentes de la sociedad*, que les son inmanentes y, por tanto, no pueden limitarse al logro de objetivos y valores que vengan impuestos por los gobernantes o mayorías plebiscitarias eventuales, bajo el pretexto de «interpretar» la ficticia, cuando no ilusoria, «voluntad popular».

En adelante, la multiplicación y refuerzo de los cauces institucionales de *participación de la sociedad* pasará a actuar, de modo directo o indirecto, como *instrumento de fortalecimiento de la legitimidad democrática*, con la misión fundamental de sustentar todos los valores comprendidos en el concepto amplio de *juridicidad* en un Estado Democrático de Derecho.

La síntesis de los valores que componen la *juridicidad* —y ésta es la *finalidad del Derecho*— se sintetiza en la *justicia*, que no se agota en una *legalidad dictada e impuesta por el Estado*, sino que, cada vez más, necesita para su realización de la inspiración constante, de la renovación y de la trascendencia axiológica que únicamente la *legitimidad* y la *licitud* pueden proporcionar, *teniendo su fuente en el dinámico y fecundo crisol de las vivencias sociales*, para lo cual se cuenta con órganos híbridos y capilarmente extendidos en la sociedad para que, a partir de ella, y sólo de ella, logren infundirse directamente esos valores en el Estado, alejados de las estructuras partidistas y de sus funciones electorales.

Desde el momento en que el neoconstitucionalismo redefine la misión constitucional que redefine el Estado, centrada en la *justicia*, se recupera el principio original de la *unidad de poder*, pero ahora anclado en este valor fundamental.

El *poder estatal* sigue, por lo tanto, siendo *uno*, porque unitario es su origen popular, pero admitiendo al tiempo una *pluralidad de expresiones funcionales*, en convergencia armónica con las tradicionales, para la realización completa de todas sus misiones constitucionales, y abriendo con ello una fase de declive del primado del concepto orgánico y de énfasis en lo funcional.

III. NUEVAS FUNCIONES CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

1. *Se proponen tres categorías de funciones del Estado*

Para que la respuesta institucional compatible con la nueva configuración *funcional* de los Estados Democráticos de Derecho pueda reflejar con fidelidad una cada vez más estrecha, intensa, compleja y plu-

ralizada *interacción democrática entre la sociedad y el Estado*, en el modelo jurídico-político brasileño las funciones constitucionalmente previstas deben llevar a cabo una combinación intensa, compleja y plural de *funciones estatales*, entendiendo por tales tanto las ejercidas *por el Estado* como las ejercidas *en el Estado*, distribuidas en tres categorías:

1.^a categoría: *funciones estatales ejercidas en el Estado* directamente por los *ciudadanos*, necesarias para la definición del poder político y para su ejercicio.

2.^a categoría: *funciones estatales ejercidas por el Estado* a través de *agentes* legalmente investidos de competencias constitucionales o legales, con vistas a la consecución de los intereses públicos que correspondan, distinguiendo los dos tipos tradicionales de *funciones públicas*: la de *provisión de gobernanza* y la de *provisión de justicia*.

3.^a categoría: *funciones estatales ejercidas en el Estado* a través de *agentes* legalmente investidos de autoridad en el ejercicio de atribuciones específicas, dirigidas a *atender directamente a ciertos intereses cívicos de la sociedad*, surgiendo así nuevas funciones constitucionales de *vigilancia, control y promoción de la justicia*.

Sin ser necesario añadir comentarios a las funciones de Estado de la primera categoría —las que corresponden a los deberes individuales de la *ciudadanía*— interesa destacar, en la clasificación ofrecida, que las funciones clasificadas en las otras dos categorías —las que deben ser llevadas a cabo por *agentes públicos*—, aunque sean todas ellas *funciones estatales*, se dirigen a *diferentes clases de funciones* según sean los *distintos tipos de intereses a satisfacer*, y por ello se desdoblan en *funciones públicas del Estado* y en *funciones públicas en el Estado*.

Las funciones públicas del Estado proveen leyes, administración y justicia públicas; las funciones públicas en el Estado proveen la vigilancia, control y promoción de la sociedad en relación a las anteriores.

2. *Las funciones de provisión de gobernanza*

El ejercicio de funciones destinadas a las finalidades de *gobierno* obedece al *principio legitimador* de la *representación política*, para reflejar, en su actuación, los diversos matices de intereses político-partidistas de la sociedad, y se encuentran constitucionalmente distribuidas en los dos bloques orgánicos tradicionales: el *legislativo* y el *ejecutivo*.

Dichas funciones se dirigen a cumplir *finalidades* tanto *legislativas* como *administrativas*, y tanto *externas*, dirigidas a las personas, insti-

tuciones, garantía de la propiedad y prestación de los servicios públicos, como *internas*, dirigidas a su propia seguridad institucional.

3. *La función de provisión de justicia*

A diferencia de las funciones que acabamos de exponer, la de provisión de *justicia* obedece al *principio legitimador del mérito*, reflejando la sensibilidad ético-jurídica de la sociedad sin ningún compromiso político-partidista, y está concentrada exclusivamente en el bloque *judicial*.

Atendiendo a sus competencias, estas funciones desempeñan la misión de proporcionar la administración de la *justicia pública*, a través de los jueces, tribunales y sus cuerpos auxiliares.

4. *Funciones de Estado neutrales*

Como se ha expuesto, todas las funciones referidas requieren distintas categorías de *agentes legitimados*, ya sean ciudadanos o agentes públicos. A los *ciudadanos* les compete ejercer las funciones políticas primarias, que están referidas a la propia existencia del Estado, inherentes a la soberanía popular, y a los *agentes públicos* les competen las funciones instituidas en el aparato estatal, clasificadas según su naturaleza política en *gubernamentales* (políticamente comprometidas) o *neutrales* (políticamente exentas).

Las funciones *gubernamentales* (políticamente comprometidas) son de dos tipos: o de *gobierno* o de *administración*, estando ambas asignadas a personas investidas de *cargos públicos*, con reserva a ciertos tipos de cargos *políticos* electivos del ejercicio de las más altas funciones, y a cargos *administrativos* no electivos el desempeño de las funciones de *gestión pública* en general.

Las funciones de *administración de justicia* se incluyen entre las caracterizadas como *neutrales* (políticamente exentas)¹¹, cuyos agentes, los magistrados, que ocupan cargos *políticos*, ingresan por mérito (estando vedada cualquier vinculación con partidos políticos) y desempeñan su función aplicando *conocimientos* técnico-jurídicos para impartir *justicia pública*.

La innovación constitucional más importante está precisamente en esas nuevas *funciones neutrales* instituidas en la Constitución Política

¹¹ Para otras informaciones sobre *órganos neutrales independientes*, vid. Silvia NICCOLAI, *I Poteri Garantiti delle Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa: Editora ETS, 1994.

de 1988, que conforman la referida *tercera categoría*, una institución absolutamente postmoderna en virtud de su *vinculación directa a los valores e intereses de la sociedad*, especialmente a los *derechos humanos* y a la *democracia*, y por su rigurosa desvinculación de los partidos políticos.

Tales funciones deben ser desempeñadas por *agentes del Estado*, en el ejercicio de competencias constitucionales que les son asignadas para la vigilancia, control y promoción de los intereses de la sociedad, y siempre que resulten compatibles con los intereses de los propios entes políticos, constituyendo por tanto otro bloque de *funciones de Estado* caracterizadas también como *neutrales*.

La necesidad de institucionalizar este tercer bloque de funciones —definidas con esta nota de neutralidad política— es el resultado de importantes y conocidas transformaciones en la teoría de los *intereses públicos*, superando la vieja confusión positivista generada por la falta de una distinción clara entre los intereses públicos *primarios* u originarios de la sociedad, que afectan directamente a las personas, y los intereses públicos *secundarios* o derivados, que afectan a los entes y órganos del Estado.

De hecho, los sistemas de producción legislativa a través de órganos colegiados —o sea, el *aparato de Estado parlamentario*—, que se habían creado para la producción de un *derecho* exclusivamente *legalizado*, ya no actúan con un nivel de legitimidad satisfactorio para la definición y la atención de los intereses primarios, porque aparecen normalmente mezclados y confundidos bajo la indefinida y vaga expresión de «intereses generales».

Está claro que con el crecimiento y la diversificación de las categorías de intereses que encontramos en las sociedades contemporáneas, que son resultado de las sucesivas revoluciones sociales y económicas de nuestra era, los intereses «generales» se multiplican y fraccionan en innumerables sectores, y el clásico sistema legislativo de tipo parlamentario carece de la dimensión y diversificación suficientes para proveer un equilibrio justo entre tantos intereses en juego, razón que explica por qué la actividad de producción legislativa entró en crisis desde el siglo pasado.

Dicho en otros términos, al no ser ya capaz de definir y de cumplir con equidad y justicia su *función legislativa*, respondiendo a una masa compleja de reivindicaciones de la sociedad —la que conformaría intereses realmente generales—, no hubo forma de impedir que el clásico proceso legislativo parlamentario se alejase de su tradicional misión de atender a los *intereses públicos primarios* de la *sociedad*, e incluso a los *intereses públicos secundarios* del Estado, para dedicarse

principalmente al juego de los intereses políticos de los partidos, que se tramam entre los representantes, sus acólitos y sus agremiaciones partidarias, y que sólo pueden ser concebidos en este contexto político como «*intereses públicos terciarios*».

En resumen, a pesar de su actuación *formalmente democrática* —lo que sería suficiente bajo una óptica positivista—, la institución parlamentaria pierde su legitimidad teleológica cuando se trata de cumplir satisfactoriamente la misión de crear normas *justas*, que sean unidas por una *auténtica legitimación democrática de su contenido* —lo que ahora se impone bajo la ampliada óptica postpositivista de la *juridicidad*.

Sin embargo, además de estas razones, también es cierto que los aparatos parlamentarios fueron perdiendo aptitudes en términos de *tiempo* y de *técnica* para llevar a cabo con eficacia sus importantes funciones, entre las cuales se incluye el *control* del gobierno y de la Administración.

Perdieron aptitudes «de *tiempo*», porque, a pesar de la pléyade legislativa, el crecimiento de los sectores regulados desbordó la posibilidad de un seguimiento adecuado a través de las comisiones de investigación, de la comparecencia de autoridades y del empleo de otros instrumentos tradicionales para el ejercicio del control político.

Y perdieron aptitudes de *técnica*, porque para atender a la diversidad y especialidad de los *intereses primarios*, así como a la solución de los problemas que surgen, no bastan ya los conocimientos generalistas, que normalmente se esperan de los parlamentarios, de forma que tienden a considerar limitadamente los problemas propuestos bajo una apreciación estrechamente político-partidista, a falta de los criterios indispensables para producir decisiones que puedan responder a una auténtica legitimidad democrática.

Por lo tanto, la «teoría de los poderes neutrales», que, de manera más apropiada, se denomina hoy «de las funciones neutrales» en virtud de la *unicidad del poder del Estado*¹², y con el término *neutralidad* —entendido no en su sentido genérico, sino como una *imparcialidad específica limitada a los asuntos político-partidistas*—, resulta de la constatación de la lenta *erosión de la legitimidad* de las asambleas legislativas, que, a pesar de ser formalmente elegidas, manifiestan esas dificultades funcionales de tiempo y de técnica para evaluar adecuadamente la pléthora de intereses en constante competencia en la vida de las sociedades contemporáneas.

¹² Como conclusión, el *poder del Estado* es uno e indivisible; será su *ejercicio* el que se fraccione y, por este motivo, lo que se distribuyen son sus *funciones*. El plural de expresión histórica —«*poderes del Estado*»— debe ser entendido sólo como una metonimia, una figura de lenguaje, y no como un término de uso rigurosamente científico.

La solución encontrada ha sido la de encargar, en dos niveles —el *político* y el *administrativo*—, a *órganos constitucionalmente independientes* y a *órganos administrativamente autónomos* el desempeño de innumerables *funciones neutrales*, superando el *impasse* de legitimación existente, y estableciendo la *prioridad de los intereses públicos primarios*, de tal modo que se garanticen, por ponderación, los diversos valores en juego, y todo ello sin intervenir en las actividades propias de los órganos gubernamentales.

Si, en el curso de la modernidad, con la hegemonía del concepto absoluto de *legalidad*, la noción de *derecho subjetivo* se presentaba siempre referida a la *ley*, con el advenimiento de la postmodernidad y la adopción del paradigma más amplio de la *juridicidad*, la hegemonía es asumida por la noción de los *derechos fundamentales*, que posee una doble dimensión jurídica supralegal: en primer lugar, en razón del *rango constitucional de los derechos humanos*, inicialmente los referidos a la *libertad*, más adelante los relativos a la *igualdad* y, por fin, los vinculados a la *ciudadanía*, y, en segundo lugar, por su expansión *ecuménica* en los ordenamientos del mundo civilizado, que los hace supraestatales

De esta forma, para maximizar la *efectividad* de los *derechos fundamentales de la ciudadanía*, se han desarrollado, al mismo tiempo, las *funciones neutrales*, con una correlativa ampliación de los cauces procesales, que permiten asimismo una cada vez más extensa visibilidad y control efectivo sobre el conjunto de todas las funciones estatales, cumpliendo su principal tarea ético-jurídica con inmensas ventajas de legitimidad.

Es razonable, por lo tanto, afirmar que esta renovación, acometida como consecuencia del nuevo concepto de *juridicidad*, superando el sistema tradicional, concentrado y autocrático, cuando no elitista, con la institución de este nuevo sistema de producción *no de la ley, sino del Derecho aplicado, puesto a disposición de toda la comunidad por sus intérpretes habilitados*, es un fenómeno que no sólo manifiesta una revolución democrática en el Derecho, sino que representa además una de las transformaciones más importantes de la actualidad, porque informa, simultáneamente, varios otros cambios jurídicos y brillantes construcciones jurídico-políticas, tales como, entre tantas, el neoconstitucionalismo, la democratización de la aplicación del Derecho¹³ y la legitimación de todo tipo de decisiones que no deban ir a remolque de los intereses de partidos políticos, de suerte que las nuevas funciones naturales del Estado se insertan entre los más efectivos medios de control cruzado sobre todas las manifestaciones de poder.

¹³ Alusión a Peter HÄBERLE.

Hay todavía más: la institución de estas *funciones neutrales*, con este específico carácter de *difusión social*, aplica en toda la sociedad el más puro y legítimo sentido de *justicia*, encendiendo un faro que resulta absolutamente necesario en las sociedades postmodernas, para que no se pierda en los laberintos burocráticos la vieja pero siempre vivificadora raíz social del Derecho.

Estas actividades, que se están imponiendo gradualmente, como ya se puede constatar, se caracterizan por el *consenso* y la *flexibilidad*, y son aptas para *satisfacer las complejas demandas impuestas por el pluralismo contemporáneo* de una humanidad cada vez más instruida, consciente, activa y que promueve rápidas y profundas transformaciones en todos los campos de la interacción social, en un irresistible proceso de globalización.

Junto a estos cambios surgen otras características jurídico-políticas, no sólo para legitimar, sino también para suavizar y humanizar la aplicación del Derecho, de tal forma que se supere el viejo estereotipo negativo percibido por el hombre común, que se mantuvo durante toda la modernidad, de una colección ciega e inflexible de *leyes* impuestas por el Estado —la *dura lex, sed lex*— fríamente aplicadas por agentes distantes y formales y, por ello, «*con gusto de poder y de mando autoritario*»¹⁴.

Les compete a estos agentes, investidos en las *funciones neutrales*, legitimados tanto por el *mérito* en su acceso al cargo —que es una *legitimación originaria*— como por su actuación dirigida al interés directo de la sociedad, e imparcial en términos político-partidistas —que es una *legitimación continuada*—, cambiar esta percepción equivocada aportando la más amplia *capilaridad* posible a sus tareas de *vigilancia, control y promoción de justicia*, en cuanto quehaceres *esenciales para la efectividad de un Estado Democrático de Derecho*, como ocurre en el caso emblemático de Brasil, que necesita mantener la coherencia de su orden jurídico sobre un espacio territorial de ocho millones y medio de kilómetros cuadrados, donde viven aproximadamente doscientos millones de habitantes, y en donde coexisten casi seis mil unidades política y administrativamente autónomas: la Unión Federal, los 26 Estados, un Distrito Federal y, actualmente, 5.565 municipios constitucionalmente organizados, todos con sus respectivos Poderes legislativos y ejecutivos propios.

¹⁴ Paolo GROSSI, *La primera lección de Derecho*, op. cit., pág. 18.

5. *Funciones de vigilancia, control y promoción de justicia*

El modelo brasileño de *funciones constitucionales neutrales*, instituido en la Constitución de 1988, se basa en la doctrina más actual y en la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Supremo Federal.

Aunque la *distribución de funciones* en el texto de la Constitución siga todavía el modelo tópico tradicional, es cierto que se pone de manifiesto la intención de enfatizar los *derechos fundamentales* desde sus dos primeros Títulos, o sea, en el *estatuto de la república* (Título I) y en el *estatuto de las personas y de la sociedad* (Título II) —de forma que se destaca su prioridad axiológica sobre lo que se dispone en el *estatuto del Estado* (Títulos siguientes, del III al IX).

Sin embargo, las innovaciones más significativas de la postmodernidad no se encuentran únicamente en esta distribución de los Títulos, sino, más claramente, en la *descripción de funciones estatales*, que lleva a cabo la distinción esbozada entre *las funciones públicas del Estado* y *las funciones públicas en el Estado*, revistiendo estas últimas carácter *neutral*, en cuanto directamente dirigidas al logro de una amplia realización de la *justicia* en la sociedad.

De esta forma, en la Constitución Política se identifican *cinco tipos de funciones neutrales constitucionalmente independientes de vigilancia, control y promoción de justicia* —todas ellas consagradas a la aplicación del Derecho y contenidas en su Título IV, que es el dedicado a la organización de las formas de ejercicio del Poder del Estado:

1) *Funciones neutrales constitucionalmente independientes atribuidas al sistema nacional de Tribunales de Cuentas*, de fiscalización financiera y del presupuesto, dirigidas explícitamente a la tutela de la legalidad, legitimidad y eficacia de la gestión administrativa¹⁵ e, implícitamente, a la tutela de la objetividad, la moralidad, la publicidad y la eficiencia de la gestión pública, caracterizadas, por tanto, como funciones de *vigilancia* y de *control*^{16, 17}.

2) *Funciones neutrales constitucionalmente independientes atribuidas al Consejo Nacional de Justicia*, de supervisión administrativa y financiera del poder judicial, dirigidas a velar por el cumplimiento de los deberes funcionales de los jueces, por garantizar su independencia, el cumplimiento del Estatuto de la Magistratura, la observancia de los principios de la Administración pública y de represión judicial de los

¹⁵ Artículo 70, *caput*, de la Constitución de la República Federal de Brasil.

¹⁶ Artículos 70 a 75 de la Constitución de la República Federal de Brasil.

¹⁷ Artículo 37, *caput*, de la Constitución de la República Federal de Brasil.

delitos contra la Administración pública y de abuso de autoridad, así como el ejercicio de otras funciones correlativas¹⁸, calificadas como de *vigilancia, control y promoción de justicia*.

3) *Funciones neutras constitucionalmente independientes atribuidas al Consejo Nacional del Ministerio Público*, de supervisión de la actuación administrativa y financiera de la Fiscalía (Ministerio Público) y del cumplimiento de los deberes funcionales de sus miembros, de la garantía de su independencia funcional y administrativa, de la observancia de los principios de la Administración pública y funciones correlativas¹⁹, calificadas como de *vigilancia y control*.

4) *Funciones neutras constitucionalmente independientes*, definidas como *esenciales para la justicia* y calificadas de *vigilancia, control y promoción* de todos los intereses legalmente reconocidos, que competen, respectivamente, según la naturaleza de los intereses, a cuatro complejos orgánicos distintos: la *Fiscalía pública (Ministerio Público)*²⁰, la *Abogacía de Estado*²¹, la *Abogacía en general*²² y la *Defensoría Pública*²³.

5) *Funciones neutras constitucionalmente independientes*, calificadas como de *vigilancia, control y promoción* de los intereses públicos, atribuidas a la *Orden de los Abogados de Brasil (OAB)*, referidas a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes o de las disposiciones normativas de la Unión o de los Estados, a la declaración de constitucionalidad de las leyes o las disposiciones normativas federales²⁴, así como a la participación en los concursos de ingreso en la Magistratura²⁵, la Fiscalía (Ministerio Público)²⁶ y las Procuradurías de los Estados y del Distrito Federal²⁷.

Como puede observarse, tal como resulta explícito en algunas de estas funciones neutras constitucionalmente independientes, e implícito en otras, *todas ellas parten de la justicia como la más elevada referencia axiológica* que se pueda encontrar en una Constitución; un valor tan extraordinario que a falta de él pierden los pueblos el valor precioso de la confianza²⁸, indispensable para la vida civilizada, siendo,

¹⁸ Artículo 103-B, § 4.º, de la Constitución de la República Federal de Brasil.

¹⁹ Artículo 130-A, § 2.º, de la Constitución de la República Federal de Brasil.

²⁰ Artículo 129 de la Constitución de la República Federal de Brasil.

²¹ Artículo 131 (para la Unión) y artículo 132 (para los Estados y el Distrito Federal) de la Constitución de la República Federal de Brasil.

²² Artículo 133 de la Constitución de la República Federal de Brasil.

²³ Artículo 134 de la Constitución de la República Federal de Brasil.

²⁴ Artículo 103, VII, de la Constitución de la República Federal de Brasil.

²⁵ Artículo 93 de la Constitución de la República Federal de Brasil.

²⁶ Artículo 129, § 3.º, de la Constitución de la República Federal de Brasil.

²⁷ Artículo 132 de la Constitución de la República Federal de Brasil.

²⁸ Una alusión a Alain PEYREFITTE, en su excelente obra *La Société de Confiance*.

por lo tanto, el más valor más importante que se puede proporcionar a las sociedades.

Una observación: en el sistema brasileño el *Banco Central*, aunque tiene reconocidas sus competencias monetarias en la Constitución²⁹, no desempeña funciones constitucionalmente independientes, aunque sus dirigentes sean nombrados por el Presidente de la República tras ser aprobados por el Senado Federal, y tampoco tienen mandatos fijos³⁰.

IV. OBSERVACIONES FINALES

1. *La utilidad de la propuesta de sistematización*

Dado que nada es inmutable, siempre resulta útil especular sobre las ventajas de que se haya creado, sistematizado e instituido un sistema de nuevas funciones independientes del Poder Público y centradas en el valor de la *justicia*, como se ha expuesto en este ensayo.

Toda una serie de ventajas, tanto teóricas como prácticas, podrían ser destacadas: desde luego, el progreso teórico con la profundización del *conocimiento científico* que supone, pero también la ventaja *práctica* de subrayar la importancia que asume la categoría política de los derechos fundamentales, *que consiste en garantizar a los ciudadanos la efectividad de las limitaciones y restricciones básicas impuestas sobre el ejercicio del poder del Estado en todas sus expresiones funcionales activas*, derechos que pasan, por tanto, a ser *considerados como elementos esenciales para la existencia de un Estado Democrático de Derecho*.

Interesa destacar este *aspecto político activo* que desempeñan los *derechos fundamentales*, que, por su propia naturaleza y debido a su reconocida *supraconstitucionalidad*, no se encuentran limitados a ninguna relación positivada: definen tanto el concepto humanista de la *inserción valiosa de las personas en la vida política* de los países en que tales valores son recibidos como, y principalmente, redefinen lo que hoy se presenta como el albor de una *nueva ciudadanía*, más amplia y más activa, indispensable para la superación de una *democracia formal* heredada y para la construcción de una *democracia sustantiva*, anclada en los valores.

Sin embargo, estas breves notas no podrían terminarse sin enunciar algunas incidencias específicas de la *globalización* sobre el Derecho, muy especialmente sobre el Derecho administrativo, como rama que

²⁹ Artículo 164, §§ 1.º y 2.º, de la Constitución de la República Federal de Brasil.

³⁰ Artículos 52.III.d) y 84.XVI de la Constitución de la República Federal de Brasil.

asume notable importancia para la salvaguarda efectiva de los derechos fundamentales, sea en los espacios jurídicos de los Estados, sea en los ámbitos globalizados.

Con esta finalidad, aquí se ha adoptado una comprensión simplemente sociológica del fenómeno de la *globalización* —concebido por tanto como un *hecho* y no como un *valor*—, desechándose posibles connotaciones ideológicas que suelen acompañar a esta expresión de utilización corriente, aunque no valgan para caracterizarla científicamente.

Efectivamente, uno de los aspectos a considerar (en una lista abierta) es la *pluralización de las fuentes del Derecho*, que, según el origen de las normas, se clasifican en fuentes *sociales*, *estatales* e *híbridas*: un fenómeno que está densificando lo que podría llamarse una *juridicidad expandida* más allá de las fronteras políticas y de los espacios étnicos y geográficos del planeta, para romper con una sumisión milenaria a la estatalidad, de suerte que el Derecho postmoderno ya puede prescindir de vinculaciones políticas o geográficas para defender su vigencia³¹.

De hecho, si los clásicos «intereses generales», durante la modernidad, se referían a *sociedades políticamente cerradas*, hoy, con la expansión proporcionada por la existencia de innumerables *sociedades abiertas*³², se amplía enormemente la posibilidad de la extensión futura de las funciones de *vigilancia*, *control* y *promoción*, e incluso la posibilidad del surgimiento de una *función global humanitaria*, para la protección de determinados valores e intereses más sensibles.

Otro efecto del fenómeno de la globalización, éste ya muy evidente en el plano de los hechos —y no sólo en las conjeturas y los pronósticos de pensadores sociales³³—, es la *correlativa universalización de los valores*. Ya se puede prever lo mucho que la saludable propagación de una *axiología universalizada*, no centrada únicamente en el Estado, sino en la Persona, podrá contribuir al desarrollo de una creciente uniformidad de los sistemas jurídicos en todo el planeta.

Por último, teniendo en cuenta el progreso del constitucionalismo, como el máximo nivel de normatividad *interna* de los 192 países del mundo, no hay duda que, desde este prisma, sus partidarios ya identifican en algunos aspectos del *neoconstitucionalismo* un prometedor comienzo de la globalización de las instituciones y técnicas de control de la discrecionalidad.

³¹ Tema presentado por Massimo Severo GIANNINI y posteriormente desarrollado por Sabino CASSESE y Jacques CHEVALLIER.

³² Como en las obras de Friedrich HAYEK y de Karl POPPER.

³³ Alusión a Sabino CASSESE, en su trilogía sobre el Estado, que se concluye con *Oltre lo Stato* (Roma-Bari: Laterza) en 2006.

En síntesis, la concepción que se tenía de la *legalidad* —que en el constitucionalismo clásico ostentaba las cualidades de *legitimidad* y de *legalidad*, porque se la entendía como un *puro producto del Estado*, exclusivamente expresado por los parlamentos, jefes de Estado o jefes de gobierno— se ha visto reducida, con el neoconstitucionalismo, para referirse tan sólo a la *específica actuación normativa estatal, restringida al espacio de juridicidad rigurosamente delimitado por la competencia normativa abierta por las Constituciones*.

Esto significa, en otras palabras, que la *constitucionalidad*, como la máxima expresión de *juridicidad* en el ordenamiento de cada país, ha de ser entendida no sólo como *inspiración, motivación, encuadramiento y orientación* de la acción del Estado, sino principalmente como el *límite de la legalidad*.

2. Conclusión

Nuestras sociedades plurales y complejas demandan centros de poder que sean igualmente pluralizados y complejos. La diáspora del poder político-administrativo es una tendencia general que se manifiesta, paradójicamente, tanto en la formación de instancias supraestatales y extraestatales como en el progresivo refuerzo de las infraestatales³⁴.

En este sentido y por el gran valor prospectivo de su obra, este ensayo se clausura con un homenaje reverencial a la visión inspiradora y pionera de Massimo Severo GIANNINI, que abrió luminosos caminos para el perfeccionamiento de la democracia y el control de la arbitrariedad en el mundo pluralista de la postmodernidad.

³⁴ Fenómeno de *autonomía política y administrativa* cuyo desarrollo contemporáneo se pudo observar, en escala macro, en la Unión Europea, así como, en escala micro, en el refuerzo del *municipalismo*, diseminado en todas las latitudes; un tema que ha sido muy bien estudiado por muchos autores españoles, pudiéndose citar, por todos, su análisis en las obras de Santiago MUÑOZ MACHADO.

