

Artículos

PRINCIPIOS Y «NUEVOS CONSTITUCIONALISMOS» EL PROBLEMA DE LOS NUEVOS PRINCIPIOS

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO *

SUMARIO:

1. LOS NUEVOS CONSTITUCIONALISMOS
2. PRINCIPIOS: EL PRINCIPIO ES SABIDURÍA
3. DE LOS PRINCIPIOS OLVIDADOS A LOS NUEVOS PRINCIPIOS
4. CONCLUSIONES

1. LOS NUEVOS CONSTITUCIONALISMOS

La intervención escrita que os presento tiene por leit-motiv los «nuevos principios». De hecho, a la problemática de los principios dedicaremos los desarrollos subsiguientes. Nos parece, no obstante, que los nuevos principios carecen de un marco constitucional que conduzca al tema de los nuevos constitucionalismos. Se trata, en el fondo, de comprender las mutaciones del constitucionalismo y de sugerir algunas reflexiones sobre los desplazamientos comprensivos de los problemas del derecho constitucional. Las fórmulas utilizadas por la doctrina sugieren que hay muchas cosas nuevas en el constitucionalismo actual: «nuevo derecho constitucional», «novísimo derecho constitucional», «neoconstitucionalismo». Conviene, por lo tanto, aproximarse a los nuevos, o supuestamente nuevos, descubrimientos en las experiencias constitucionales.

* Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Coimbra.

1.1. **Moderno derecho constitucional**

Por «moderno derecho constitucional» se entiende, según algunos autores, el giro jurisprudencial del derecho constitucional: el derecho constitucional es lo que los jueces dicen que es. El fenómeno no es nuevo y hace mucho que los americanos sintetizan esta idea en la celebre formula: «La Constitución es lo que dicen los jueces», o, si preferimos el texto inglés, «We are under a constitution but the constitution is what the judges say it is». No siendo nueva esta tendencia, es una experiencia de «living constitution» relativamente reciente en Europa que está relacionada con la institucionalización de tribunales constitucionales en un gran número de países. Nos atreveríamos a decir que el moderno Derecho constitucional en la Unión Europea con veintisiete miembros y un espacio europeo recortado por el Consejo de Europa, se ha convertido en Derecho constitucional interjurisdiccionalizado en el contexto del «multilevel constitutionalism». Basta con mirar los numerosos libros y artículos de revista surgidos últimamente para concluir que el «derecho europeo» (en sentido amplio) es hoy el producto de «conversaciones» entre tribunales (de todo género, desde los tribunales de primera instancia hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pasando por los tribunales superiores y tribunales constitucionales).

Este nuevo Derecho constitucional se ha vuelto «más moderno» porque un gran número de casos políticamente densos y socialmente «fracturantes» se han convertido en «hard cases» (casos difíciles) discutidos en última instancia en los tribunales con funciones constitucionales. Basta con recordar la discusión sobre igualdad de derechos cívicos y la lucha contra el «apartheid» y la cruel fórmula legitimadora de esta separación («separate but equal»), la discusión sobre la discriminación positiva y el problema de las cuotas («quotas are bad, wrong and illegal»), el problema del crucifijo en las escuelas públicas, la reserva de tiempos para oración en las mismas escuelas, el problema de la interrupción del embarazo, el problema de la protección de los embriones o el problema de los «testamentos vitales». Todas estas cuestiones apelan a los grandes principios — el principio de la igualdad, el principio de laicidad, el principio del desa-

rollo de la personalidad, el principio de la autodeterminación—. Todas estas cuestiones y todos estos principios han colocado y colocan a los jueces en el altar de los «dueños de la última palabra», porque son ellos los que, en última instancia, toman decisiones vinculantes sobre estos problemas. En el fondo, como alguien ha escrito, la Constitución es una comunicación dirigida a los jueces («law is a communication addressed to judges»). Se comprende así que en España, el ilustre jurista Perfecto Andrés Ibañez haya analizado el modelo de juez según la que él llama «alternativa neoconstitucional» [cfr. P. Andrés Ibañez, «El Juez», en L.M. Diez-Picazo (coord.), *El oficio de Jurista*, Madrid, 2006].

1.2. «El nuevo constitucionalismo» (New Constitutionalism)

El título de un célebre libro de Stephen Elkin e Karol Soltan - *A New Constitutionalism designing Political Institution for a Good Society* [cfr. S. Elkin/K. Soltan, (ed.) *A New Constitutionalism designing Political Institution for a Good Society*, The University Chicago Press, Chicago and London, 1993] indica, desde luego, que aquí la palabra «nuevo» no apunta a los dichos constitucionales de los jueces, pero sí al empeño de las instituciones públicas en favor de una «buena sociedad». Nuevo significa «nueva lectura» de los programas políticos (de la izquierda, del centro y de la derecha). Las nuevas formas de modernidad política y económica obligan a los cultivadores del Derecho constitucional a prestar más atención a ciertos problemas político-constitucionales, como los de la crisis del principio representativo, del principio democrático, o de las constelaciones políticas pos-nacionales. De ahí la problemática central de la «invención del territorio» y de la reanimación de los temas del federalismo y del antifederalismo. A esto se asocia la irrupción de «nuevos derechos» y «nuevos deberes» íntimamente relacionados con los soportes bióticos y abióticos de nuestra «vida en la tierra». Si miramos bien el problema, el «nuevo constitucionalismo» acentúa lo que el constitucionalismo siempre ha sido: el campo de las «kämpfs parole» y de la solución política para problemas políticos fundamentales.

1.3. El Neoconstitucionalismo

Ahora, el «nuevo» se trasmuta en «neo». Aunque se trate solo de un criterio de formación de palabras para expresar la idea de «nuevo», los autores, consciente o inconscientemente, pretenden hacer sobresalir el movimiento actual del constitucionalismo con fuertes resonancias en la Europa mediterránea (Italia, España y Portugal) y en América Latina (Brasil, Argentina).

El neoconstitucionalismo es una especie de «concepto represa» que recibe aguas de distintas procedencias. Los trazos fundamentales de este «movimiento»¹ serán aquí registrados para ofrecer un acercamiento imprescindible a todos los que se preocupan por los problemas del derecho constitucional. En primer lugar, el neoconstitucionalismo se adhiere a una concepción de constitución «juridificadora» de la política (tal como el «moderno derecho constitucional»), insistiendo en esquemas metodológicos de interpretación y aplicación que optimicen las normas —sobre todo de los principios constitucionales— con la consecuente presión de juridificación de la política. En segundo lugar, el neoconstitucionalismo pretende mostrar la importancia de los principios fundantes y estructurantes del orden constitucional abierto. En otras palabras: los principios se perfilan como vehículos de una estatalidad abierta, sea en el sentido de su importancia para la constitucionalización del orden jurídico, sea en el sentido de instrumentos de integración de constelaciones políticas posnacionales (Unión Europea). En tercer lugar, el neoconstitucionalismo busca recuperar dimensiones cosmopolitas particularmente importantes en el ámbito de la garantía de los derechos fundamentales bajo el prisma de su universalización y de su radicación como núcleo duro de las culturas jurídico-constitucionales demo-

¹ Cfr., por todos, M. CARBONELL, (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2006; *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007; T. MAZZARESE (org.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2002; G. BONGIOVANI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, 2005. En lengua portuguesa, cfr. L. R. BARROSO, «Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito», en C. SOUZA NETO y D. SARMENTO (org.), *A Constitucionalização do Direito*, Rio de Janeiro, 2007, p. 203 y ss.

cráticas². En cuarto lugar, podremos señalar las insuficiencias de un abordaje positivista, formalista y exegético de los textos constitucionales. Bajo distintas perspectivas, los juristas pretenden tomar en serio el impulso dialógico que hoy es fortalecido por las teorías políticas de la justicia, por las teorías del republicanismo y por las teorías críticas de la sociedad³.

1.4. Constitucionalismo societario

El constitucionalismo societario es tal vez el primer constitucionalismo que intenta expulsar la política de las experiencias constitucionales. En el contexto de la globalización policéntrica, proponen algunos autores⁴ una teoría del «constitucionalismo social global» basado en las siguientes ideas: (i) «constituciones parciales globales»; (ii) «constituciones civiles» sin política; (iii) constituciones jurídicamente vinculantes en el plano global. En primer lugar, las constituciones son parciales porque se limitan a determinados sistemas sociales (el sistema de sanidad, el sistema de la energía, el sistema económico). No tienen pretensión de «ordenamiento constitucional general» ni de constitución mundial. En segundo lugar, se abandona la idea central de constitución política. En vez de constituciones políticas, se apela a la idea de «constitución civil», sin política o fuera de la política, porque su objetivo es recortar el marco jurídico, la jerarquía normativa, los controles jurídicos, las formas, procedimientos y procesos de esquemas constitucionales societarios de matriz global («la constitución del co-

² Cfr. S. STAIANO (org.), *Giurisprudenza Costituzionale e Principi Fondamentali. Alla Ricerca del Nucleo Duro delle Costituzioni*, Torino, 2006.

³ Cfr. S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001; T. MAZZARESE (org.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2002; G. BONGIOVANI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, 2005.

⁴ A empezar por TEUBNER, a quien se debe la fórmula de «Societal Constitutionalism». Cfr. G. TEUBNER, «Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 63, 2003.

mercio a través de la organización mundial del comercio» / «la constitución mundial de la salud» a través de esquemas organizativos de naturaleza global). En tercer lugar, estamos delante de verdaderas constituciones jurídicas (y no ante sencillas «constituciones reales» o «fácticas») porque ellas contienen mecanismos de producción jurídica que conducen a la definición de marcos jurídicos regulatorios y de sustentación de la legitimidad y legitimación de algunas de sus normas como «normas superiores», o sea, como normas constitucionales⁵.

Este no es el lugar adecuado para una apreciación crítica de esta propuesta. Tiene el mérito de llamar la atención sobre la formación de un nuevo derecho en la «arena» de la sociedad mundial. Además del derecho constitucional (estatal) clásico, del derecho internacional (también clásico) y del derecho supranacional, se está desarrollando un «derecho societario global». Las fuentes son los contratos entre «global players», la regulación de los mercados a través de empresas multinacionales, las regulaciones internas de organizaciones internacionales, los sistemas regulativos interorganizativos y los procesos de estandarización globales. Estos nuevos fenómenos conducen a «momentos de juridificación global» y al incremento de «normas constitucionales» fuera de las instituciones políticas estatales o internacionales. Las «constituciones civiles, parciales y globales» poco o nada tienen que ver con «procesos constituyentes» o momentos extraordinarios de revelación del poder constituyente. Tampoco tienen que ver con un «sujeto constituyente», es decir, el pueblo titular del poder constituyente. Los esquemas juridificadores de estas «constituciones parciales» («constitución económica», «constitución digital», «constitución de la salud») se reconducen a modelaciones reguladoras de una «governance» internacional⁶.

⁵ Cfr. el texto «Constitucionalismo político e constitucionalismo societal no mundo globalizado», en J.J. GOMES CANOTILHO, «Brançosos» e *Interconstitucionalidade Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*, 2.ª edición, Coimbra, 2008, p. 281 y ss.

⁶ Vid. JORGES/SAND/TEUBNER (org.), *Transnational governance and constitutionalism*, Hart, 2004; S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003; M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006; J.-B. AUBY, *La Globalisation, le droit et l'État*, Paris, 2003.

Nada o poco tienen que ver con la política y con la vinculación del derecho a la política democrática, y la política democrática al derecho constitucionalmente positivizado. El problema central del «societal constitutionalism» es, entonces, éste: el constitucionalismo transporta valores que difícilmente son cubiertos por las «constituciones específicas» de sectores civiles globales. La diferenciación de órdenes jurídicos globales («lex mercatoria», para la economía, «lex digitalis» para internet, «lex sportiva» para el deporte) no corresponde a la estructuración de un orden constitucional⁷. Del mismo modo, la «governance» transnacional es un esquema político y culturalmente no constitucional.

1.5. Transconstitucionalismo

El transconstitucionalismo se asemeja al «constitucionalismo societario» al insertarse en la problemática de la globalización policéntrica y los respectivos procesos y formas de creación y aplicación de normas. La llamada teoría de los procesos jurídicos transnacionales⁸ intenta captar, describir y explicar estos procesos dinámicos de creación, interpretación y aplicación de normas jurídicas internacionales por parte de actores tan diversos como gobiernos nacionales, organizaciones internacionales, empresas multinacionales, organizaciones no gubernamentales, redes de peritos profesionales y hasta individuos. Entre las varias «constelaciones regulativas» que se incluyen en estos procesos transnacionales («actos administrativos transnacionales», «contratos de consumo transnacionales», «law shopping», «forum «shopping», «proceso legal internacional», «transnacionalización de la jurisdicción», «arbitraje transnacional») descubren algunos autores

⁷ Cfr. M. NEVES, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, 2009, p. 100, pero a partir de una teoría sistémica que no es sufragada aquí.

⁸ Para una visión general de esta teoría de procesos jurídicos transnacionales cfr. F. HANSCHMANN, «Theorie transnationaler Rechtprozesse» en BUCKEL/CHRISTENSEN/ FISCHER-LESCANO (org.), *Neue Theorien des Rechts*, 2.^a ed., Lucius & Lucius, Stuttgart, 2009, p. 375 y ss.

la «razón transversal» de un nuevo fenómeno del constitucionalismo: el transconstitucionalismo⁹. Como afirma uno de los más ilustres cultivadores de esta teoría¹⁰, «el transconstitucionalismo no toma un único orden o un determinado tipo de orden como punto de partida o última ratio. Busca lanzar «puentes» de transición, de promoción de «conversaciones constitucionales», de fortalecimiento de los lazos constitucionales entre los distintos órdenes jurídicos: estatales, internacionales, transnacionales, supranacionales y locales.

1.6. Constitucionalismo multinivel

El constitucionalismo multinivel o constitucionalismo a varios niveles («multilevel constitutionalism», «Verfassungsverbund») ha sido desarrollado en el contexto de la Unión Europea¹¹. Los elementos básicos de este constitucionalismo serían los siguientes: (i) un concepto posnacional de constitución; (ii) comprensión del proceso de construcción de la Unión Europea como un proceso conducido por sus ciudadanos; (iii) una relación estrecha entre las Constituciones de los Estados miembros y la Constitución Europea; (iv) comprensión de la Unión Europea como una unión de ciudadanos europeos. El constitucionalismo a varios niveles plantea diversos problemas, desde problemas metodológicos de aplicación de diferentes normas por diferentes agentes (legisladores, gobiernos, tribunales) hasta los problemas del supranacionalismo deliberativo, indispensable para la solución de conflictos de normas en el marco de la Unión Europea¹². Muchos de estos problemas son consecuencia de la interconstitucionalidad abierta: turbulencias políticamente exógenas, reconfiguración de las di-

⁹ Cfr., por todos, M. NEVES, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, 2009.

¹⁰ Nos referimos a M. NEVES. Cfr. notas anteriores.

¹¹ Los trabajos pioneros y de referencia siguen siendo de I. PERNICE, «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?», *Common Market Law Review*, 36 (1999), p. 703 y ss.

¹² Vide la exposición y crítica de M. CANAOTILHO, *O Princípio do Nível Mais Elevado de Protecção em Matéria de Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2009.

mensiones constitucionales clásicas a través de sistemas organizativos de naturaleza superior, articulación de la coherencia constitucional estatal con la diversidad de constituciones insertas en la red interconstitucional, creación de un esquema jurídico de confianza recíproca. La evolución previsible a partir del Tratado de Lisboa se regirá por la creciente judicialización de los problemas y por la búsqueda de soluciones para el proclamado déficit democrático del «federalismo larval» subyacente al concepto.

1.7. Constitucionalización y constitucionalismo

Los constitucionalismos, en su conjunto, pero sobre todo el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo multinivel, insinúan expresa o implícitamente, que son constitucionalismos abiertos sustentados en principios. Pero ¿qué principios?

2. PRINCIPIOS: EL PRINCIPIO ES SABIDURÍA

2.1. Entre la obtención del derecho y la teoría normativo-estructural de las normas jurídicas

Se intuye, desde luego, que nos situamos en dos campos problemáticos: el de la interpretación de la constitución como proceso concretador y el del recorte teórico-dogmático de los principios constitucionales. Se comprende la articulación de los dos problemas. La comprensión de la interpretación y aplicación de normas como proceso de concreción presupone el descubrimiento (o redescubrimiento) de la filosofía hermenéutica. Aunque los postulados hermenéuticos no pueden transferirse de plano para la interpretación de las normas constitucionales, puede afirmarse que la cuestión metodológica de la concreción encuentra amparo teórico-dogmático en dos filones metodológicos. Nos referimos, por un lado, a la teoría de la obtención del derecho («Rechtsgewinnungslehre») y, por otro lado, a la teoría normativo-estructural de las normas jurídicas. El análisis subsiguiente buscará seguir el rastro comprensivo (y precomprensivo) de estas

sugerencias metodológicas. Precisamente por ello nos centraremos en la problemática metodológica de la concreción de normas constitucionales. Además, dentro del proceso de concreción de normas constitucionales, tomaremos en consideración un tipo de normas: las normas con forma de principio.

2.2. *La metanoia principialista*

Quien hoy se aproxime de la inmensa literatura sobre principios jurídicos no podrá dejar de sentir la angustia intelectual ya detectada por Aristóteles hace millares de años: «En el dominio de los principios no existe saber alguno» (*Analytica Posteriora*, II). En medio de la década de los sesenta del siglo XX, Josef Esser, al iniciar su estimulante disertación sobre el principio y la norma, alertaba a los estudiosos sobre la necesidad de proceder a una urgente superación de la ambigüedad del vocablo principio¹³. Evaluando por la nutrida literatura últimamente producida sobre la distinción metódico-dogmática entre normas y principios y entre principios y reglas, la polisemia y equívocidad parecen sobrecargar cada vez más estas fórmulas mágicas de la ciencia jurídica del último medio siglo. En términos wittgensteinianos diríamos que los principios llevan una «corona de humo en torno a ellos, el halo de las aplicaciones vagamente sugeridas»¹⁴. Es cierto que, en los tiempos más recientes, la metanoia principialista provocada por las conocidas obras de Ronald Dworkin¹⁵ y de Robert Alexy¹⁶

¹³ Cfr. J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts - Rechts Vergleichende Bei träge zur Rechtsquellen - und Interpretationslehre*, Tübingen, 1956, 4.ª ed., Tübingen, 1990.

¹⁴ Cfr. L. WITGENSTEIN, *Investigações Filosóficas, II, Parte VI, I*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1987.

¹⁵ Cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1.ª ed., London, 1977, 8.ª ed., London, 1996; *A Matter of Principle*, Oxford, 1986; *Law's Empire*, London, 1986.

¹⁶ Veja-se R. ALEXY, *Recht-Vernunft-Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt/M, 1985; *Theorie der Grundrechte*, 1.ª ed., Baden-Baden, 1985, 3.ª ed., Frankfurt/M, 1996.

ha contribuido decisivamente a la renovación problemática del discurso en torno a los principios. Pero no es menos verdad que esta renovación ha terminado convirtiéndose en una auténtica saturación retórico-dogmática. Basta con una simple mirada a las últimas novedades de la literatura iuspublicista para certificar lo que hemos dicho. Los títulos de las obras no dejan dudas en cuanto a la seducción y amplitud principialista: «derechos fundamentales como principios» (Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, 1998), «transparencia como principio constitucional» (Jürgen Bröhmer, *Transparenz als Verfassungsprinzip*, Tübingen, 2004), «continuidad como principio constitucional» (Anna Leisner, *Kontinuität als Verfassungsprinzip*, Tübingen, 2002), «control como principio constitucional» (Karl-Ulrich Meyer, *Kontrolle als Verfassungsprinzip*, Baden-Baden, 1982), «principio de la equivalencia en derecho financiero» (Anndt Schmehl, *Das Äquivalenzprinzip im Recht der Staatsfinanzierung*, Tübingen, 2004), «principio de la compensación» (Andreas VossKühle, *Das Kompensationprinzip*, Tübingen, 1991), «eficiencia como principio jurídico» (Horts Eidenmüller, *Efizienz als Rechtsprinzip*, 3.^a ed., Tübingen, 1995), «protección de la confianza como principio constitucional» (Kyrill-A. Schwarz, *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip*, Baden-Baden, 2002), «sostenibilidad como principio del desarrollo del derecho» Eike Michael Frenzel, *Nachhaltigkeit als Prinzip der Rechtsentwicklung*, Baden-Baden, 2005).

Más que la presentación de una lista telefónica interesará saber de qué se trata realmente. Lo queramos o no, estamos próximos a una polución conceptual que lleva tanto «cargas acumuladas de juridicidad» («principio del Estado de Derecho», «principio de la justicia», «principio de la seguridad jurídica», «principio de la autonomía») como refracciones dogmáticas de nuevos-viejos problemas («principio de la transparencia», «principio de la moralidad administrativa», «principio de prohibición del exceso»). Muchas veces se sistematizan bajo la forma de principios las dimensiones fundantes y estructurantes de una comunidad política («principio de la dignidad humana», «principio del desarrollo de la personalidad», «principio de la autodeterminación individual»), y de la estatalidad democrática («principio de la división de poderes», «principio de la soberanía popular», «principio democrático», «principio de la autonomía lo-

cal») ¹⁷. El giro organizativo provocado por las teorías de la organización y de la regulación justifica el surgimiento de principios como el «principio de la eficiencia», el «principio de la compensación», el «principio de cooperación», el «principio de economicidad». También la ecologización del derecho explica la centralidad de nuevos principios como el «principio de la sostenibilidad», el «principio de precaución», el «principio de la responsabilidad ambiental». Por fin, debe acentuarse que una parte significativa de las obras dedicadas a los principios se localizan en el campo de la metodología jurídica. Aquí ganan importancia las dimensiones hermenéutico-metódicas básicamente centradas en la aplicación, concreción y ponderación de principios jurídico-constitucionales ¹⁸. Debe tenerse en cuenta, en este contexto, que muchas veces bajo el manto de la discusión dogmática en torno a los principios se esconden complejas cuestiones de funciones y competencias de los órganos constitucionales ¹⁹.

Intentaremos seguir el rastro de algunas pistas que acabamos de señalar. Pero no ha sido casual que coloquemos en el epígrafe, en este primer

¹⁷ En la reciente literatura de derecho público portuguesa se puede ver la reflexión de estas ideas en las obras de J. REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004, y de M. L. AMARAL, *A Forma da República*, Coimbra, 2005.

¹⁸ La nueva literatura brasileña ofrece un programa rico y diversificado de estos tópicos: H. ÁVILA, *Teoria dos Princípios*, São Paulo, 2003; A. P. DE BARCELLOS, *Ponderação, racionalidade e actividade jurisdicional*, Rio de Janeiro —São Paulo— Recife, 2005; L. R. BARROSO (org.), *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, 2003; R. ESPINDOLA, *Conceito de princípios constitucionais*, São Paulo, 1999; G. SALOMÃO LEITE (org.), *Dos princípios Constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, São Paulo, 2003; M. MESSIAS PEIXINHO (org.), *Os princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, 2001; W. C. ROTHENBERG, *Princípios Constitucionais*, Porto Alegre, 1999; D. SARMENTO, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro, 2000; W. A. STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre, 2001. Además de estas obras, existen numerosos y valiosos trabajos de distintos autores publicados en varias revistas jurídicas brasileñas.

¹⁹ Vide, precisamente, la obra de V. A. DA SILVA, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden, 2003.

contacto con los principios, la articulación agustiniana de principios y sabiduría, o mejor, principio y sabiduría. En una tradición nunca interrumpida, los principios siempre han estado ligados, de forma directa o indirecta, a problemas de filosofía práctica, transportando autoreferencias ético-deontológicas de naturaleza material. No deja, por eso, de ser extraño que la hipertrofia metódico-principial²⁰ termine horadando el sentido axiológico-normativo que anima la concreción pos-positivista de los principios constitucionales fundantes y estructurantes de la República. Pero, no solo eso. La reducción metodológica del problema de los principios hará casi inútil un discurso principial radicado en el plano del sentido axiológico-normativo de los principios constitucionales. Aunque los dos planos —ético-deontológico y axiológico-normativo— deben aprehenderse con autonomía, ni por eso deben cortarse las raíces de la filosofía práctica²¹. El crecimiento de otro discurso en torno a los principios de la política, con influencia en la «forma de la república»²² y en su expresión conformadora de Estado de Derecho constitucional y Estado constitucional democrático, demuestra también el carácter imprescindible de la dimensión lógico-epistemológica. Nos basta con la relectura de los principios de gobierno analizados por Montesquieu en los ocho primeros libros de *L'Esprit des Lois*²³ para constatar que estos principios de la buena gobernación surgen siempre como totalidades modeladoras y transempíricas²⁴. Aunque deonto-

²⁰ Es claro que existen excepciones. Hay que ver el libro de F. REIMER, *Verfassungsprinzipien. Ein Normtyp im Grundgesetz*, Berlín, 2001, que dedica páginas incisivas a la recuperación de raíces —arché y principium— de la problemática de los principios.

²¹ La lectura de los libros de Bloch y de Jonas es un ejemplo marcante de lo que acabamos de decir. Sea el principio de la esperanza (cfr. E. BLOCH, *Das Prinzip Hoffnung*, 4.ª ed., Frankfurt/M, 1993), sea el principio de la responsabilidad (H. JONAS, *Prinzip Verantwortung Versuch einer Ethik für die technologische Zivilization*, Frankfurt/M, 1984) colocan los principios en el horizonte próximo de una ética fundamentadora que no tiene por qué reconducirse a la tradicional fundamentación teórico-metafísica de la ética. Sobre esto ver G. E. MOORE, *Principia Ethica*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1999.

²² Cfr., precisamente, M. L. AMARAL, *A Forma República*, cit.

²³ Utilizamos la edición *Oeuvres Complètes de Montesquieu*, Seuil, Paris, 1964.

²⁴ Cfr. F. REINMER, *Verfassungsprinzipien*, cit., p. 160 ss.

lógicamente concebidos como principios de gobierno —deben ser utilizados para asegurar la virtud de la política— se conceptualizan como idea, estructura, orden o forma²⁵, teniendo en cuenta el significado profundo de las cosas y la pluralidad de los casos particulares. Aunque asentado en premisas diferentes²⁶, los principios delimitados por John Rawls en el ámbito de su teoría de la justicia se perfilan también como principios reguladores de la llamada «well-ordered society»²⁷. Estas sugerencias nos alertan ya sobre la necesidad de que los principios permanezcan en el discurso general como discurso práctico, que implica la integración de argumentos constitucionales ligados a la autoridad del derecho y de argumentos substantivos o práctico-generales cuya fuerza se asienta en el respectivo contenido²⁸.

3. DE LOS PRINCIPIOS OLVIDADOS A LOS NUEVOS PRINCIPIOS

3.1. El ejemplo del principio de la responsabilidad

3.1.a) *El lugar incierto de la responsabilidad como principio constitucional*

a) *La responsabilidad como principio jurídico-constitucional*

1. En la literatura más reciente, el problema de la responsabilidad ha sido más agitado por los cultivadores de la filosofía y de la ética que por

²⁵ Cfr. esclarecimientos pertinentes de M. L. AMARAL, *A Forma República*, cit., p. 12 ss., sobre los conceptos de orden y de forma (de la ciudad, de la República).

²⁶ Como es sabido, la teoría de Rawls tiene claras influencias de la moralidad Kantiana desarrolladas por Kant en los *Fundamentos de la Metafísica de los Costumbres*, de 1785, y en la *Crítica de la Razón Práctica*, de 1788.

²⁷ Cfr. J. RAWLS, *Uma teoria da justiça*, Lisboa, 1983, p. 67 ss.

²⁸ Esta es, además, la posición de R. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1991, p. 374 ss., a pesar de la aparente reducción metodológica de que, a veces, es acusado.

los juristas, especialmente los juristas de derecho público. Se advierte, no obstante, que la responsabilidad es insistentemente referida, sea en su dimensión comunicativa y simbólica²⁹, sea en su dimensión jurídico-constitucional³⁰. En esta sede, nos interesará la categoría «responsabilidad» en la cualidad de principio jurídico-constitucional del orden jurídico portugués³¹. No obstante las críticas dirigidas al carácter «ambiguo», «oscilante», «indeterminado», «vacío», de ese concepto, los autores señalan que con «la responsabilidad empieza el derecho en el Estado, ya que donde no existe ilícito («no derecho») tampoco existe derecho». Cualquier orden constitucional es un conjunto de imputaciones de responsabilidades³². El problema central que aquí se plantea es que este «conjunto de imputaciones» no pasa, muchas veces, de figura comunicativa y retórica («todos somos responsables», «debe profundizarse la responsabilidad ciudadana», «debemos asumir la responsabilidad ante las generaciones futuras», «el Estado debe ser responsable de las infraestructuras», «está en causa, en la actual crisis financiera, la responsabilidad de los reguladores»). Pero no solo esto, a menudo, la responsabilidad es utilizada como sinónimo de poder-deber, obligación, competencia, atribución, tarea y control, lo que contribuye a su opacidad y a su falta de operatividad dogmática en la estructu-

²⁹ Sobre estas dimensiones, ver las aproximaciones de J. Klement, *Verantwortung. Funktion und Legitimation eines Begriffs im Öffentlichen Recht*, Tübingen, 2006.

³⁰ Cfr. J. Schubert, *Das «Prinzip Verantwortung» als Verfassungsrechtliches Prinzip*, Baden-Baden, 1998.

³¹ Vid. las referencias de P. LOMBA, *A Responsabilidade Política*, Coimbra, 2006; «Responsabilidade Política», en el comentario al artículo 117 da CRP, en P. OTERO (dir.), *Comentário à Constituição Portuguesa*, III Volume, 1.º Tomo, Coimbra, 2008, p. 456 y ss. Debe notarse la perspectiva principialista de este autor: la idea de responsabilidad por grados «es la única... que encaja en la construcción de la responsabilidad política como principio, una vez que los principios admiten distintos niveles de concreción» (p. 460/61); W. BRITO, «Contributos para uma teoria da responsabilidade pública do Estado por acto de função pública soberana», *RMP*, 2002, p. 47 y ss.

³² Cfr. U. Di Fabio, *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*, Tübingen, 2001, p. 100; J. KLEMENT, *Verantwortung*, cit., p. 12: «el concepto de responsabilidad es uno de los conceptos directivos de la actual evolución».

ración principal del derecho constitucional. Esto exige un esfuerzo de depuración conceptual.

2. En términos dogmático-principiales, debemos averiguar si existe una «razón transversal» que informe todas estas responsabilidades clásicas y si hay fundamento para aumentar el complejo de imputaciones de responsabilidades a partir de otros preceptos, como por ejemplo los artículos 26.3 (responsabilidad de garantía de la «identidad genética del ser humano») y 66.2 de la Constitución portuguesa (responsabilidad por la afirmación del principio de solidaridad entre generaciones»).

3. Si nos limitamos a la densificación dogmática a partir de las normas constitucionales que consagran expresamente la imputación de responsabilidad, corremos el riesgo de colocar a la Constitución y al Derecho constitucional fuera de la realidad. Lo que existe de verdaderamente nuevo en la revalorización del concepto de responsabilidad del Estado se relaciona con la definición de nuevas líneas de frontera (no solo de separación, sino también de cooperación) entre el Estado y la sociedad, en el contexto de prosecución de tareas de interés público, donde se asiste a una retracción o retirada del Estado y, consecuentemente, de su responsabilidad directa, y a una asunción por agentes privados (dotados, muchas veces, de poderes públicos) de tareas anteriormente confiadas a la propia administración estatal³³. En este contexto, interesa saber cómo se reconoce la responsabilidad de sujetos privados, cuando el Estado les confía la realización de servicios de interés económico general. El derecho constitucional no podrá permanecer indiferente a dos experiencias aparentemente contradictorias: (i) la primera consiste en definir un nuevo esquema de responsabilidad y respectiva imputación por los resultados a las propias entidades privadas; (ii) la segunda es la de continuar imputando al Estado la responsabilidad por los resultados³⁴.

4. La responsabilidad es un «concepto de moda» porque parece expresar uno de los problemas de la sociedad actual: la «crisis de dirección»

³³ Cfr. U. DI FABIO, *Der Verfassungsstaat*, cit., p. 104.

³⁴ Es aquí que incidirá la responsabilidad de la administración (*Verfassungsverantwortung*) a la que adelante se hará referencia.

y la «angustia ante el futuro»³⁵. Esta crisis es paralela a la crisis de dirección del Estado en sus distintas manifestaciones: crisis de la ley y del legislador, crisis del gobierno y crisis de la justicia. Precisamente por eso, la responsabilidad es comprendida como una parte del esfuerzo de dar posibilidad a una dirección a través del derecho, aunque ante las condiciones, cosmovisiones (visiones del mundo) y situaciones del siglo XXI³⁶.

b) *Referencias normativas - la responsabilidad por daños causados a los particulares por los poderes públicos*

1. En los desarrollos dedicados al principio del Estado de Derecho, ha surgido el principio de responsabilidad del Estado como instituto ligado a (i) un sistema jurídico-público de responsabilidad civil del Estado, inherente al deber de indemnización, por acciones u omisiones practicadas por los titulares de órganos, funcionarios o agentes, en el ejercicio de sus funciones y a causa de ese ejercicio, del que resulte violación de derechos, libertades y garantías o perjuicio para alguien (indemnización reparatoria, asentada en el principio de justicia conmutativa); (ii) sistema de compensaciones de sacrificios especiales, impuestos a determinados ciudadanos (donde se consagra la justa indemnización en caso de requisición o de expropiación de bienes – indemnización compensatoria radicada en el principio de justicia distributiva).

2. Este esquema de indemnización de perjuicios y de compensación de sacrificios constituye una dimensión que no se puede separar de la juridicidad estatal y de la protección jurídica secundaria de los derechos fundamentales. Por eso, la responsabilidad suele ser calificada como un instituto de naturaleza jurídico-administrativa. Su origen histórico está ligado a la responsabilidad civil de los funcionarios por actos ilícitos, a la responsabilidad del Estado por actos lícitos (requisas y expropiaciones), erigiéndose el derecho de responsabilidad del Estado como derecho admi-

³⁵ Vid. J. KLEMENT, *Verantwortung*, cit., p. 13.

³⁶ Así, J. KLEMENT, *Verantwortung*, cit., p. 29.

nistrativo regulador de los institutos indemnizatorios relativos a actos lesivos de la administración. Solo la administración era responsable, excluyéndose los daños causados por actos legislativos o por otros actos normativos (reglamentos) y los daños resultantes del ejercicio del «poder judicial» para los espacios libres de responsabilidad. La reconducción de la responsabilidad por daños a una responsabilidad de la administración implicaba, en buena medida, la sustracción a la juridicidad estatal y a la legitimidad democrática de un extenso y significativo conjunto de actos y comportamientos de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Más que responsabilidad, se trataba de irresponsabilidad por hechos de las leyes, por hechos de gobierno o de actos políticos y por hechos de decisiones de los tribunales. Los sacrificios impuestos por el «Estado de policía» están hoy jurídico-constitucionalmente superados, considerándose que la responsabilidad del Estado por lesión de derechos y la imposición de sacrificios es un instituto con dignidad constitucional, siendo esta la razón justificativa de la inserción, en los textos constitucionales, de uno o más preceptos relativos a este instituto.

3. Además de que esta responsabilidad por lesión de derechos y perjuicios causados beneficia la positivación constitucional expresa, es también un instituto con relevancia jurídica europea, sea en el contexto del ordenamiento de la Unión Europea, sea en el contexto de la Convención Europea de Derechos del Hombre. El Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (según el Tratado de Lisboa) estipula «*expressis verbis*» (art. 340.º) que, en materia de responsabilidad extracontractual, la Unión debe indemnizar, de acuerdo con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros, los daños causados por sus Instituciones o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones. Otro instituto —el instituto de la responsabilidad de los Estados miembros por violación del derecho de la Unión Europea— ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (la sentencia *Francovich*, de 1991, es el «*leading case*» originario de este proceso) en términos radicalmente innovadores, englobando responsabilidad por actos legislativos o por su omisión y responsabilidad por actos de las instituciones judiciales (caso *Köller* y caso *Traghetti del Mediterraneo*).

4. La Convención Europea de los Derechos del Hombre contribuye a la solidificación del principio de la juridicidad en el ámbito de la(s)

Comunidad(es) de derecho europeas, garantizando (implícitamente) una pretensión jurídica a una reparación razonable en el caso de violación de la Convención o de sus protocolos (CEDH, art. 41.º). La violación del derecho de la Convención puede ser provocada por actos de la administración, del legislador y de los tribunales.

c) *Sentido internormativo e interiusfundamental*

1. Las referencias normativas antes explicadas permiten configurar la internormatividad del instituto³⁷ de la responsabilidad de los poderes públicos por daños y sacrificios inflingidos a los ciudadanos y que jurídicamente puedan ser imputados a acciones u omisiones de esos mismos poderes. En síntesis, puede avanzarse el denominador común internormativo: (i) la responsabilidad del Estado, de los titulares de sus órganos, funcionarios o agentes se ha convertido en instituto solidificador de la juridicidad estatal y de la legitimidad democrática; (ii) la responsabilidad de los Estados en el ámbito de la Unión Europea permite profundizar la juridicidad en el ámbito más amplio de una Comunidad jurídico-política de derecho; (iii) los esquemas jurídico-indemnizatorios sedimentados en el ámbito de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH, arts. 5.º y 41.º) permiten estructurar el sistema jurídico-indemnizatorio en el plano de la interiusfundamentalidad, hoy particularmente relevante, dada la adhesión de la propia Unión Europea a la CEDH (cfr. Tratado de la Unión Europea según el Tratado de Lisboa, art. 6.º, núm. 2)³⁸.

2. El sistema de pretensiones indemnizatorias y compensatorias estructurado en términos de constitucionalidad, internormatividad e interiusfundamentalidad remite a las clásicas dimensiones de la responsabilidad civil extracontractual, articulando la obligación de indemnizar y de com-

³⁷ Cfr. las referencias de F. QUADROS, *Droit de l'Union Européene*, Bruxelles, 2008, p. 477 y ss.

³⁸ Cfr. HESELHAUS/NOWAK, *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, München/Wien/Bern, 2006, p. 1362, que reconduce la responsabilidad del Estado a una garantía parcial del derecho fundamental a una protección jurídica efectiva.

pensar los desvalores de acción y de resultado referidos a acciones u omisiones practicados en el ejercicio de funciones públicas y a causa de ese ejercicio. Pese a que ese sistema ha reforzado las dimensiones de juridicidad y de legitimidad del poder y ejercicio, está lejos de significar que la protección jurídica primaria (cfr. infra, capítulo referente a los sistemas de garantía y protección de los derechos fundamentales) tiene, hoy, un papel de menor significado frente a la protección jurídica secundaria, reconducible al resarcimiento de daños y a la compensación de sacrificios. Eso significaría un retroceso en cuanto a las exigencias de juridicidad y legitimidad democrática, abriendo camino a la «mercantilización» de los principios básicos del Estado de derecho democrático³⁹. Por tanto, el fundamento internormativo e interiusfundamental de la existencia de deberes jurídicos de indemnizar y de compensar se asienta todavía en la relevancia primordial de la protección jurídica primaria⁴⁰. Estos deberes se destinan a asegurar las prestaciones del derecho primario, desde luego en los casos en que este ha sido violado⁴¹. Así, por ejemplo, al garantizar jurídico-constitucionalmente el deber de indemnización por violación de derechos, libertades y garantías, se pretende dar fuerza a la protección primaria de estos derechos, aunque en los casos en los que ellos están en crisis por actos de los poderes públicos. Del mismo modo, al prescribirse la responsabilidad civil de los funcionarios o agentes del Estado y demás entidades públicas por acciones o omisiones en el ejercicio de funciones y a causa de ese ejercicio, de las que resulte violación de derechos o intereses protegidos de los ciudadanos, eso significa que la Constitución pretende realzar las dimensiones de juridicidad en cuanto a las conductas de los agentes públicos (ej.: observancia del principio de la constitucionalidad, del principio de la legalidad, del principio de la prohibición del exceso) y en cuanto a

³⁹ Cfr., precisamente, J.F. FLAUS, «Réquisitoire contre la mercantilisation excessive du contentieux de la réparation devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme», Dalloz, chron., 2003, p. 227 y ss.

⁴⁰ Cfr. MORLOK, «Eintstandspflichten für rechtswidriges Staatshandeln», en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT ASSMANN/VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. III, München, 2009, p. 1014 y ss.

⁴¹ Cfr. MORLOK, «Eintstandspflichten...», p. 1015 y ss.

las dimensiones garantizadoras de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Si quisiéramos utilizar un lenguaje más sistémico, diríamos que el sistema de pretensiones indemnizatorias y compensatorias de los poderes públicos se inscribe en el instrumentario de estabilización del derecho⁴². El sistema jurídico —ahora referido en términos internormativos e interius-fundamentales— «ha aprendido» que carecía de elementos de estabilización contrafáctica cuando las expectativas de los ciudadanos (expectativas normativas), fundadas en derechos fundamentales son neutralizadas, perturbadas o agredidas por conductas de los poderes públicos⁴³.

3.1.b) *El principio de la responsabilidad política*

1. La responsabilidad política se presenta, desde luego, como una responsabilidad relacionada con el papel (función) jurídico-constitucionalmente confiado a los órganos constitucionales, sobre todo a los titulares de los órganos de soberanía. Esta «role-responsability»⁴⁴ señala el conjunto de deberes inherentes o conexos con el papel y funciones de un individuo en el contexto de la organización político-constitucional. Cualquiera que ocupe un cargo, un oficio específico en una organización social (como es la organización política del Estado y de la República) a los cuales están unidos deberes específicos para proveer al desempeño de tareas impuestas por el bien común o por los propios fines e intentos de la organización del poder político constitucionalmente normativizada, es responsable del cumplimiento de estos deberes y de hacer lo necesario para cumplirlos⁴⁵.

2. En el ámbito político-constitucional y jurídico-constitucional es importante «tomar en serio la responsabilidad», o, en otras palabras, «te-

⁴² Cfr. MORLOK, «Eintstandspflichten...», p. 1015 y ss.

⁴³ Cfr. MORLOK, «Eintstandspflichten...», cit., p. 1015 y ss.

⁴⁴ Aludimos a uno de los sentidos de responsabilidad decantados por H.L. HART en su obra clásica *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968 (última edición 2008).

⁴⁵ Así, precisamente HART.

ner el sentido de responsabilidad», porque en el ejercicio de cargos políticos (y de un modo general de cargos públicos) importa realizar el ejercicio de responsabilidad que el cumplimiento de tareas y deberes comporta. Más que la imputación de una conducta del resultado y correspondiente sanción (política, criminal, civil) importa el ejercicio jurídico virtuoso de la responsabilidad. Aquí viene a entroncar la responsabilidad por el «papel» o función con la idea de responsabilidad «ex ante» o responsabilidad prospectiva, o sea, una responsabilidad orientada al futuro⁴⁶. La responsabilidad resultante de la victoria en elecciones con la consecuente asunción de un cargo o desempeño de un papel siempre es un compromiso («jurado», «declarado») del cumplimiento de funciones que han sido confiadas a los titulares de cargos jurídico-constitucionalmente legitimados, al que se asocian expectativas de comportamientos futuros adecuados.

3. La responsabilidad específicamente política comporta siempre una dimensión decisorio-deliberativa y un grado de discrecionalidad en relación al papel asumido para la consecución de determinados objetivos⁴⁷. Es esta la idea subyacente a la llamada responsabilidad discrecional («discretionary liabilities») derivada: (i) de la complejidad de los deberes y tareas inherentes al ejercicio de determinados «papeles» o funciones políticas; (ii) del hecho de que en las «áreas de responsabilidad política» no puedan ser recortados, muchas veces, anticipadamente, los esquemas de actuación y respuesta.

4. El hecho de que la responsabilidad decisorio-deliberativa presuponga un grado razonable de discrecionalidad explica la tradicional articulación de responsabilidad y poder: «La Constitución no conoce cualquier responsabilidad sin poder»⁴⁸. En el Estado constitucional, la responsabilidad funciona como complemento del poder. En un lenguaje más iusadminis-

⁴⁶ Cfr. J. KLEMENT, *Verantwortung*, cit., p. 51; M. FODDAI, *Sulle tracce della responsabilità. Idee e norme dell'agire responsabile*, Torino, 2005, p. 13.

⁴⁷ Cfr. LARRAÑAGA, «Responsabilidad de rol y directrices» en *Doxa*, 24, 2001, p. 567.

⁴⁸ Así, precisamente, K. HESSE, «Die Verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernem Staat», *VVDStRL*, 17 (1959), p. 42.

trativo, se articula discrecionalidad (poder discrecional), libertad decisoria y responsabilidad. La responsabilidad no puede ni debe configurarse como un «producto del poder» o del «poder discrecional». Tal como pasa con otras categorías dogmáticas del derecho público —y específicamente del derecho constitucional— como deber, competencia, poder, es necesario evitar confusiones conceptuales, de forma que se recorte la dimensión normativa autónoma-material y vinculadora de la responsabilidad.

3.1.c) *Responsabilidad de garantía política. Privatización y regulación*

1. En el contexto de crisis económica y financiera, los ciudadanos han pasado a conocer un sentido moderno de responsabilidad —la responsabilidad de los reguladores. Está asociada a un «topus» obsesivo en la ciencia del derecho público de los dos últimos decenios (1990-2010): la privatización y la regulación. Debe recordarse la elegancia lingüística de un juspublicista (G. Schuppert): «*Der Staat geht, der Markt Kommt, but the regulators won*»⁴⁹. En una perspectiva crítica sobre este fenómeno, todavía en el contexto de la referida crisis, otro autor (U. Beck) alude a la crisis de legitimación en la que se asiste a un nuevo «socialismo de Estado para los ricos» y a un «neoliberalismo para los pobres»⁵⁰. Es fácil comprender que estamos ante nuevos y importantísimos desarrollos de la responsabilidad política.

2. En el plano jurídico-constitucional, los nuevos contextos de la responsabilidad política se cruzan con los esquemas de «responsabilidad compartida» entre el Estado y demás poderes públicos y los agentes privados

⁴⁹ «El Estado parte, el mercado llega, pero los reguladores ganan». Cfr. G.F. SCHUPPERT, «Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Staat, Kommunale Gebietskörperschaften und Private», en IPSEN (coord.), *Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, 1994, Berlin, p. 32, citado por J. KLEMENT, *Verantwortung*, cit., p. 22.

⁵⁰ Las expresiones se encuentran en una entrevista concedida al Autor en el periódico *Die Zeit* (29-12-2009): «...Einerseits ein neuer Staatssozialismus für Reiche; ... Andererseits erleben wir einen Neoliberalismus für Arme...».

y con la dislocación de funciones reglamentadoras, inspectoras y de control de las instancias políticas estatales para autoridades independientes. El problema central de la «reinención» de la responsabilidad reside en el hecho de que el nuevo modelo de Estado, emergente en la repartición de tareas, funciones y responsabilidades —el Estado-garantía— («Gewährleistungsstaat») termina asumiendo, en la práctica, el papel de bombero que acude a dos fuegos⁵¹: (i) garantizar el éxito de la privatización y desregulación de los servicios públicos, bajo el riesgo de que no existan «servicios de interés económico general» (cfr. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 36.º) y el respectivo acceso a esos servicios por parte de las personas; (ii) garantizar los cuidados existenciales y el bien común indisociables de la sedimentación de la socialización estatal y de la cohesión social y territorial de las nuevas constelaciones políticas (ej.: Unión Europea).

3. El Estado de garantía se trasmuta en un Estado responsable por esta doble garantía: la de la privatización y regulación y la de la socialización existencial. La responsabilidad política de garantía («Gewährleistungsverantwortung») se desdobra en una cadena de responsabilidades: responsabilidad por la consecución de tareas de los «servicios de interés económico general», responsabilidad por la ejecución de esas tareas, «responsabilidad por la responsabilidad civil»⁵² en caso de daños relacionados con el mal funcionamiento de los servicios («apagones», «quema de redes», «ruptura de transportes», «falta de inversión en la red de agua», «responsabilidad por la paralización de los servicios de recogida de basura»).

4. La emergencia de estas «responsabilidades compartidas» afecta a cuestiones relevantes del derecho constitucional, como son la de la articulación de las políticas públicas con el principio de subsidiaridad, la desarticulación de competencias jurídico-públicas para entidades privadas, la monitorización de controles que ha pasado de las instancias estatales a las

⁵¹ Cfr. J. KLEMENT, *Verantwortung*, cit., p. 237.

⁵² Esta «responsabilidad por la responsabilidad» está condensada en la fórmula alemana *Haftungverantwortung*. Cfr. SCHOCH, «Gerichtverwaltungscontrollen», en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT ASSMANN/VOSSKUHLE, *Grundlagen*, vol III, cit., p. 939.

entidades reguladoras, la existencia de patrones reguladores de naturaleza privada («Private Standartsetter»), o los límites de la «public-private partnership».

5. En términos jurídico-constitucionales, la responsabilidad-garantía designa la responsabilidad que, en último término, es imputada a la administración —o mejor, al gobierno-administración— por la garantía del ejercicio de tareas de forma jurídicamente regular en todas las constelaciones donde los particulares desempeñen, total o parcialmente, una tarea pública⁵³. Aunque se trate, en algunos casos, de una «responsabilidad restante», no hay dudas de que se exige a los poderes públicos —designadamente al Gobierno-administración— la estructuración y monitorización de instrumentos de control (ej.: dirección, superintendencia, tutela) que le permitan salvaguardar las exigencias del bien común y de los intereses públicos⁵⁴. La multiplicidad de formas a través de las cuales puede ser canalizado el deber de control (inspecciones, auditorías, investigaciones, pedidos de información, control de financiación, cumplimiento de obligaciones) no perturba la indispensabilidad de tres momentos esenciales de concreción de la responsabilidad-garantía: fiscalización, consejo, regulación. La «responsabilidad de los reguladores», la responsabilidad política por falta de control de los reguladores y la responsabilidad política por falta de fiscalización del ejercicio de esas tareas por parte de entidades privadas pasa por aquí.

6. Sobre los restos de esta «responsabilidad restante» de garantía, se erige lo que los autores designan «responsabilidad-reserva»⁵⁵. Cuando la administración no puede cumplir las tareas de garantía, puede y debe, aun en el caso de privatizaciones, recurrir a los medios de la administración estatal (pública) ordenadora o prestadora. Si los particulares a quien han sido confiados poderes y tareas públicas no están en condiciones de cumplir, cabe a las entidades públicas (Estado) asumir la responsabilidad de

⁵³ Cfr. SCHULZE-FIELITZ, «Verwaltungsverantwortung und Gemeinwohlsicherung», en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT ASSMANN/VOSSKUHLE, *Grundlagen*, vol. I, cit., p. 158.

⁵⁴ Cfr. SCHULZE-FIELITZ, «Verwaltungsverantwortung...», cit., p. 833.

⁵⁵ Cfr. SCHULZE-FIELITZ, «Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung», en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT ASSMANN/VOSSKUHLE, *Grundlagen*, vol. I, cit., p. 836.

garantizar, por lo menos, los estándares razonables (teniendo en cuenta los presupuestos fácticos y normativos) de la realización de la socialización estatal democrática⁵⁶. Veremos algunos aspectos del problema al analizar el principio de la sostenibilidad.

3.1.d) *La responsabilidad de control. Sentido general*

1. Control y responsabilidad, responsabilidad y control están estrechamente asociados, considerándose que el control es un correlato de la responsabilidad. La idea de correlación entre los dos conceptos resulta particularmente relevante en el derecho constitucional⁵⁷ ya que, en esta sede, el control deriva inmediatamente del principio democrático y del principio de la juridicidad (estrechamente asociado a las exigencias de constitucionalidad y legalidad).

2. Más recientemente se insiste en la responsabilidad del control («oversight responsibility») que se traduce (o se reconduce) fundamentalmente en lo siguiente: (i) en las organizaciones complejas —desde luego las organizaciones políticas— los ciudadanos tiene necesidad de depositar confianza en los actos y comportamientos de los decisores a los cuales han conferido un título de legitimación y no están en condiciones de asegurar un control eficaz y permanente de su actuación; (ii) eso justifica que los titulares de la función de control sobre los decisores sean dignos de confianza ante los mismos ciudadanos. En este sentido, la responsabilidad del control impone que (1) tiene el deber de asegurar que los titulares de órganos, funcionarios o agentes colocados bajo su autoridad desempeñen sus funciones de acuerdo con los respectivos esquemas normativamente vinculantes (normas constitucionales, supranacionales, legales, reglamen-

⁵⁶ Lo que puede pasar por el término de la privatización o por procesos de renacionalización. Cfr. SCHULZE-FIELITZ, «Grundmodi...», cit., p. 836.

⁵⁷ Cfr., por último, W. KAHL, «Begriff, Funktionem und Konzept von Kontrolle», en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT ASSMANN/VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. III, 2009, p. 453 y ss.

tarias, estándares de comportamiento, reglas de buenas prácticas); (2) en caso de falta, falla u omisión, tienen el deber de adoptar las medidas necesarias, adecuadas y eficaces para poner término al ejercicio irregular de las funciones. En el ejemplo ante referido, aunque de forma incidental, en el caso de fallo de los reguladores —responsabilidad de la regulación— la responsabilidad de control incide sobre las autoridades de regulación (ej.: Bancos Centrales, Comisión de Mercado de Valores Mobiliarios, etc.) y, en último término, sobre las autoridades que las han legitimado (Gobierno).

3. El fallo de las autoridades de regulación plantea la cuestión básica del control y de todo el derecho: «¿quien controla al controlador?» («¿qui custodiet ipsos custodes?»). La respuesta del derecho constitucional todavía es deficitaria; faltan reglas e instituciones para conformar la responsabilidad de control, sea en términos prospectivos, sea en términos retroactivos. Existen, no obstante, apuntes normativos en el texto constitucional que nos permiten una aproximación al principio de la responsabilidad, en esta perspectiva de responsabilidad de control.

3.1.e) *La «nueva responsabilidad política»*

1. La responsabilidad «ex ante» de los titulares de órganos políticamente relevantes surge hoy relacionada con la operatividad del principio de precaución. Importado de otros ámbitos jurídicos (derecho del medio ambiente, derecho del consumo, derecho de la salud, derecho del trabajo), el principio de precaución tiende a contribuir a una sensible desarticulación del paradigma de la responsabilidad política. Varios autores destacan las diferentes manifestaciones de esta desarticulación (i) en la «judicialización del político» y en la problemática a ella ligada de la deslegitimación de los agentes políticos que se revelan incompetentes en la gestión de las situaciones de incertidumbre, típicas de la nueva sociedad de riesgo («sangre contaminada», «vacas locas», «apagones») ⁵⁸, (ii) en la codificación y

⁵⁸ Cfr. A. GARAPON/D. SALAS, *La République pénalisée*, Paris, 1996; O. BEAUD, *Le sang contaminé. Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des*

normativización del llamado derecho prudencial, dado que la precaución busca constituir el «milieu» en el cual se debe sumergir la acción política y la decisión jurídica, no basándose la responsabilidad política en reglas predeterminadas que deben comandar la acción política, de nuevo entendida como acción prudencial⁵⁹ (ej.: responsabilidad de los reguladores, responsabilidad de control de las entidades de supervisión, responsabilidad de los técnicos de vigilancia y seguridad de los puentes); (iii) en la necesidad de nuevos esquemas de «governance» que den espacio a las exigencias de participación, de información y de involucramiento en procesos decisorios y de buena administración que legitimen, en términos efectivos, una división de responsabilidad de los ciudadanos (cfr. Declaración de Rio, art. 10.º); (iiii) en la edificación de «infraestructuras de responsabilidad» posibilitadoras de la división de responsabilidades a través de la mediación de instituciones (G. Williams).

2. Esta «nueva responsabilidad política» no surge totalmente separada de la responsabilidad resultante del «desempeño de la función» políticamente relevante, y sitúa al derecho constitucional de nuevo ante la necesidad de dar acogida a soluciones jurídicas testadas y profundizadas en otras ramas del derecho. En este contexto, por ejemplo, el derecho penal acoge nuevas (i) «acciones rechazadas» (polución grave, distribución y comercialización de bienes impropios para consumo) traducidos en la violación de «grandes normas de comportamiento» articulados con deberes de ciudadanía constitucionalmente reconocidos, (ii) nuevos desvalores de resultado, ligados a peligros abstractos, entendidos como el peligro de bie-

gouvernants, Paris, 1999; J. COMMAILLE/M. KALUSZYNSKI (org.), *La fonction politique de la justice*, Paris, 2007. Por último, cfr. «Scandales et redéfinitions de la responsabilité politique. La dynamique des affaires de santé et de sécurité publiques», *Revue Française de Science Politique*, 58 (2008), p. 953 y ss.

⁵⁹ Se retoma en el ámbito de los «nuevos riesgos» y de la «nueva responsabilidad» la lógica aristotélica de la vieja prudencia: saber tomar decisiones justas en situaciones de incertidumbre. Cfr. A. PAPAUX (org.), *Introduction à la philosophie du «droit en situation». De la codification légaliste au droit prudentiel*, Paris/Zurich/Bruxelles, 2006, p. 226 y ss.; C. EBERHARD (dir.), *Traduire nos responsabilités planétaires. Recomposer nos paysages juridiques*, Bruxelles, 2008, p. 659 y ss.

nes jurídicos supraindividuales (ambiente, salud, consumo, seguridad). Es también el caso del derecho del trabajo con esquemas preventivos de responsabilidad relacionada con la seguridad en el trabajo.

3.2. El ejemplo del principio de la sostenibilidad

3.2.a) *Referencias normativas*

1. El principio de la sostenibilidad recibe una consagración expresa en el texto constitucional portugués. Es configurado (i) como tarea fundamental en el art. 9.e («defender la naturaleza y el ambiente, preservar los recursos naturales y asegurar el correcto ordenamiento del territorio»); (ii) como principio fundamental de la organización económica en el art. 80.d («Propiedad pública de los recursos naturales...»); (iii) como incumbencia prioritaria del Estado en los arts. 81.a) («...promover el aumento del bienestar social (...) en el marco de una estrategia de desarrollo sostenible»), 81.m) («Adoptar una política nacional de agua, con aprovechamiento, planeamiento y gestión racional de los recursos hídricos»); (iii) como derecho fundamental en el art. 66.1 («Todos tienen el derecho a un ambiente de vida humano, saludable y ecológicamente equilibrado»); (iiii) como deber iusfundamental del Estado y de los ciudadanos, en el art. 66.2 (Para asegurar el derecho al medioambiente, en el marco de un desarrollo sostenible, incumbe al Estado, por medio de organismos propios y con la participación de los ciudadanos...»); (iiii) como principio rector e integrador de políticas públicas en el art. 66.2 c, d, e, f, g (política de ordenamiento del territorio, política cultural, política económica y fiscal, política educativa, política regional).

2. La dimensión jurídico-constitucional del principio de la sostenibilidad encuentra tratamiento en otros textos, para empezar por los Estatutos de las Regiones Autónomas que hoy incluyen materias anteriormente incluidas por el texto constitucional en el ámbito del «interés específico de las Regiones Autónomas» (valorización de los recursos humanos y calidad de vida, patrimonio, defensa del medioambiente y equilibrio ecológico).

3. Asumen particular relieve las disposiciones textuales del Derecho de la Unión Europea referentes al medioambiente (cfr. art. 191.º y siguientes y, en general, todo el Título XX del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea). En ellas se establecen líneas de la política de la Unión destinadas a la preservación, protección y mejora de la calidad del ambiente, de la utilización prudente y racional de los recursos naturales, promoción de medidas destinadas a abordar los problemas regionales o mundiales del ambiente, y, especialmente, el cambio climático.

4. En los países de lengua portuguesa (CPLP) advertimos importantes innovaciones a nivel textual en la Constitución Brasileña de 1988. En el Capítulo dedicado al «Medioambiente» se consagra el derecho y el deber de defender y preservar el ambiente para las «presentes y futuras generaciones», de preservar y reestructurar los procesos ecológicos esenciales, de preservar la diversidad y la integridad del patrimonio genético, de proteger la fauna y la flora, de promover la educación ambiental. Digna de mención es también la Constitución de Santo Tomé y Príncipe de 1990 que impone el equilibrio de la naturaleza y ambiente (art. 10.º).

3.2.b) *Sentido jurídico-constitucional*

1. Un conocido iuspublicista alemán (Peter Häberle), ha escrito recientemente que «es tiempo de considerar la sostenibilidad como elemento estructural tipo del Estado que hoy designamos Estado constitucional»⁶⁰. Más que eso: la sostenibilidad se configura como una dimensión auto-comprensiva de una constitución que tome en serio la comunidad política en que se inserta. Algunos autores aluden, en el mismo sentido, al surgimiento de un nuevo paradigma secular del género de los que se han sucedido en la génesis y desarrollo del constitucionalismo (humanismo en el siglo XVIII, cuestión social en el siglo XIX, democracia social en el siglo XX y sostenibilidad en el siglo XXI).

⁶⁰ Cfr. P. HÄBERLE, «Nachhaltigkeit und Gemeineuropäisches Verfassungsrecht», en W. KAHL (org.), *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, Tübingen, 2008, p. 200.

2. Tal como otros principios estructurantes del Estado constitucional —democracia, libertad, juridicidad, igualdad— el principio de la sostenibilidad es un principio abierto, sin concreción conformadora y que no aporta soluciones prontas, sustentándose en ponderaciones y decisiones problemáticas. Es posible, no obstante, conformar el imperativo categórico que está en la génesis del principio de la sostenibilidad y, si se prefiere, de la evolución sostenible: los humanos deben organizar sus comportamientos y acciones de forma que no vivan: (i) a costa de la naturaleza; (ii) a costa de otros seres humanos; (iii) a costa de otras naciones; (iiii) a costa de otras generaciones. En términos más jurídico-políticos, diremos que el principio de la sostenibilidad comporta tres dimensiones básicas: (1) la sostenibilidad interestatal, imponiendo la equidad entre países pobres y países ricos; (2) la sostenibilidad generacional, que apunta a la equidad entre diferentes grupos de edad de la misma generación (ej: joven y mayor); (3) la sostenibilidad intergeneracional, que impone la equidad entre personas vivas en el presente y personas que nacerán en el futuro.

3. No es fácil, de la misma forma que pasa con otros principios ya anteriormente mencionados, determinar el contenido jurídico⁶¹ del principio de la sostenibilidad. Algunos autores lo consideran como un «concepto de moda» que favorece ocultaciones ideológicas (esa era la tesis de muchos neoconservadores americanos). Otros lo rotulan como un «concepto holístico» enteramente basado en conceptos también holísticos como son los de globalización, integración, justicia intergeneracional, participación, equidad generacional. Otros aún ven en él un «concepto-llave», un «concepto-represa» que, similarmente al principio del Estado de derecho y del principio democrático, presuponen operaciones metódicas de optimización y de concreción.

4. Conviene distinguir entre sostenibilidad en sentido estricto o ecológica y sostenibilidad en sentido amplio. La sostenibilidad en sentido estricto apunta a la protección/mantenimiento a largo plazo de recursos a través del planeamiento, ahorro y obligaciones de conductas y resultados. De

⁶¹ Cfr. W. KAHL, «Einleitung: Nachhaltigkeit als Verbundbegriff», en W. KAHL (org.), *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, Tübingen, 2008, p. 12 y ss.

modo más analítico se considera que la sostenibilidad ecológica debe imponer: (1) que la tasa de consumo de recursos no renovables no puede ser más grande que su tasa de regeneración; (2) que los recursos no renovables deben ser utilizados en términos de ahorro ecológico y racional de manera que las futuras generaciones puedan, también en el futuro, disponer de ellos (principio de la eficiencia, principio de la sustitución tecnológica, etc.); (3) que los volúmenes de polución no puedan superar cuantitativa y cualitativamente la capacidad de regeneración de los medios físicos y ambientales; (4) que la medida temporal de las «agresiones» humanas esté en una relación equilibrada con el proceso de renovación temporal; (5) que las ingerencias «nucleares» de la naturaleza deben primero evitarse y, a título subsidiario, compensarse y restituirse.

5. La sostenibilidad en sentido amplio busca captar lo que la doctrina actual designa por «tres pilares de la sostenibilidad»: (i) Pilar I - la sostenibilidad ecológica; (ii) pilar II - la sostenibilidad económica; (iii) pilar III— la sostenibilidad social. En este sentido⁶², la sostenibilidad se perfila como un «concepto federativo» que, progresivamente, viene definiendo las condiciones y presupuestos jurídicos del contexto de la evolución sostenible. En el derecho internacional, la sostenibilidad es institucionalizada como un marco de dirección política en las relaciones entre los Estados (ej.: Convención sobre los cambios climáticos, Convención sobre la biodiversidad, Convención sobre el patrimonio cultural).

6. En el contexto del derecho de la Unión Europea es adecuado hablar de un principio constitucional de la Unión Europea densificado a través de principios directamente vinculantes de los Estados miembros y mediatamente operativo en el ámbito de las políticas ambientales de los mismos Estados (Tratado de Maastricht, art. 2.º; Tratado de Ámsterdam, preámbulo, art. 2.º, 6.º y 177.º; Carta de los Derechos Fundamentales, art. 37.º, insertada en el Tratado de Lisboa, art. 6.º; Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, art. 191.º).

7. El principio de la sostenibilidad plantea la necesidad de nuevos esquemas de dirección, en aras de conseguir un verdadero Estado de dere-

⁶² Cfr. W. KAHL, «Einleitung: Nachhaltigkeit als Verbundbegriff», en W. KAHL (org.), *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, Tübingen, 2008.

cho ambiental. Esto implica que, al lado de los tradicionales esquemas de orden, permisión y prohibición, plasmados en actos de poder público, se asista al recurso de distintas formas de «estímulo» destinadas a promover programas de sostenibilidad (ej.: política fiscal de incentivo a la tecnología limpia, estímulo para tornar efectivas políticas de energía con base en recursos renovables). En estos «estímulos» o «incentivos» deben observarse las exigencias normativas del Estado de derecho medioambiental, en cuanto a las competencias (legislador y ejecutivo) y a los principios (prohibición del exceso, igualdad). En ese sentido, la transformación del derecho y de la gobernación según el principio de la sostenibilidad no significa la preterición de la observancia de otros principios estructurantes como el principio del Estado de derecho y el principio democrático⁶³.

3.2.c) *Juridicidad ambiental*⁶⁴

a) *Instrumentos conformadores*

1. No corresponde a una ley-marco fundamental, como es la Constitución, fijar concretamente los instrumentos políticos, económicos, jurídicos, técnicos y científicos indispensables para solventar los problemas ecológico-ambientales, sean ellos de primera o segunda generación. También en este aspecto, el texto constitucional portugués es un texto abierto. Acoge tanto instrumentos dúctiles como la información, el procedimiento, la autoregulación y la flexibilización, como instrumentos directivos, que pueden reconducirse a planes y controles ambientales estratégicos. En términos teóricos y prácticos, es visible una oscilación entre dos paradigmas: (1) el paradigma de la flexibilización de los modos, formas y procedimientos juzgados adecuados a la defensa y protección del medioambiente; (2) el paradigma del planeamiento orientador y directivo preocupado, en los úl-

⁶³ Ver, precisamente, K. BOSSELMANN, *The Principle of Sustainability, Transponing Law and Governance*, 2008.

⁶⁴ Seguimos de cerca lo que hemos escrito en J.J. GOMES CANOTILHO/J. RUBENS MORATO LEITE (org.), *Direito Constitucional Ambiental Luso-Brasileiro*.

timos tiempos, con el déficit de mandato y eficacia de los instrumentos de flexibilización jurídico-ambiental. La primera orientación está asociada a postulados teóricos vehiculados por distintos cultivadores de la sociedad de la información, del carácter procedimental del derecho y de las teorías de los sistemas autopoiéticos. El segundo paradigma surge como una tentativa de recuperación de la idea de mandato y dirección considerada como indispensable para proseguir la tarea básica del nuevo siglo: la sostenibilidad ecológico-ambiental⁶⁵.

2. Una posición particular demostrativa del nuevo orden ambiental, inspirada en las ideas de «pluralismo global legal» y de «good governance» medioambiental, es la que busca huir de los códigos binarios de la forma jurídica (directividad/flexibilización) y de los códigos binarios de las éticas o moralidades ecológico-ambientales («naturaleza como recurso»/«naturaleza como santuario») a través de la institucionalización de mecanismos nacionales e internacionales de cooperación y control para el logro de metas medioambientales⁶⁶.

3. Debe reconocerse que los progresos de la juridicidad ambiental han empezado en el ordenamiento jurídico portugués, con la Constitución de 1976 y con la Ley de Bases del Medioambiente de 1987. Desde su texto originario, la Constitución de la República Portuguesa ha incluido en el catálogo de derechos económicos, sociales y culturales el derecho a un ambiente de vida humano, sano y ecológicamente equilibrado (art. 66.º) como derecho constitucional fundamental. Esta opción de los constituyen-

⁶⁵ Una visión global y actual del problema se puede ver F. EKARDT, *Steuerungsdefizite vom Umweltrecht - Ursachen unter besonder Berücksichtigung des Naturschutzrecht und das Grundrechte. Zugleich zur Relevanz religiösen Säkularisats im öffentlichen Recht*, 2001. Del mismo autor ver también el reciente trabajo «Information, Verfahren, Selbstregulierung, Flexibilisierung. Instrumente eines effektiven Umweltrechts?», en *Natur und Recht*, 4/2005, p. 215 y ss.

⁶⁶ El ejemplo más elaborado de good governance global es el del Protocolo de Quioto que ha entrado en vigor el 16 de Febrero del 2005. Ver el ilustrativo estudio de C. KREUTER - KIRCHHOF, «Dinamisierung des internationalen Klimaschutzregimes durch Institutionalisierung» en *ZaöRvV* (Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht), 65 (2005), p. 967 y ss.

tes portugueses en el sentido de elevar a la dignidad de derecho fundamental el derecho del ambiente no ha dejado de tener un relevantísimo significado en el plano iusambiental. Independientemente de saber si el derecho al ambiente es un verdadero derecho subjetivo, se ha dejado claro que la problematización constitucional de este derecho no debería limitarse a la protección del ambiente como tarea del Estado. Debe destacarse la orientación iussubjetiva de la Constitución Portuguesa, tanto más cuanto se asiste hoy a la elaboración de robustas posiciones doctrinales contra la iusfundamentalización del medioambiente⁶⁷. Precisamente por ello, la primera idea fuerte del marco jurídico-constitucional del medioambiente es la de que, en el ordenamiento jurídico portugués, la conformación jurídico-subjetiva del medioambiente es indisociable de su conformación jurídico-objetiva.

4. Las dimensiones esenciales de la juridicidad medioambiental pueden resumirse de la siguiente forma: (i) dimensión garantístico-defensiva, en el sentido de derecho de defensa contra ingerencias o intervenciones del Estado y demás poderes públicos; (ii) dimensión positivo-prestacional, ya que corresponde al Estado y a todas las entidades públicas asegurar la organización, procedimiento y procesos de realización del derecho al medioambiente; (iii) dimensión jurídica proyectada a todo el ordenamiento, vinculando las entidades privadas al respeto del derecho de los particulares al ambiente; (iiii) dimensión jurídico-participativa, imponiendo y permitiendo a los ciudadanos y a la sociedad civil el deber de defender los bienes y derechos medioambientales.

5. La fuerza normativa de la Constitución medioambiental dependerá de la concretización del programa jurídico-constitucional, ya que cualquier Constitución del medioambiente solo podrá lograr fuerza normativa si los agentes —públicos y privados— que actúan sobre el medioambiente lo co-

⁶⁷ Para una visión global de la discusión ver M. KLOEPFER, «Umweltschutz und Verfassungsrecht», en *DVBL*, 1988, p. 305 y ss. Ver la serie de argumentos jurídico-dogmáticos contra el reconocimiento de un derecho fundamental al medioambiente en A. EPINEY, anotación del art. 20.º en MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *Bonner Grundgesetz Kommentar*, 4.ª ed., vol. 2.º, München, 2000, p. 203 y ss.

locan como fin y medida de sus decisiones⁶⁸. En este sentido, es legítimo hablar de ecologización del orden jurídico portugués bajo distintos puntos de vista. En primer lugar, el derecho del ambiente, más allá de su contenido y fuerza propia como derecho constitucional fundamental, se erige en bien constitucional, debiendo los diversos actores (legislador, tribunales, administración) tener en cuenta en la solución de conflictos constitucionales esta reserva constitucional del bien jurídico medioambiental. En segundo lugar, la libertad de conformación política del legislador en el ámbito de políticas medioambientales tiene menos espacio en lo que respecta a la reversibilidad político-jurídica de la protección ambiental, estando vedada la adopción de nuevas políticas que se traduzcan en retroceso retroactivo de posiciones jurídico-ambientales fuertemente enraizadas en la cultura de los pueblos y en la conciencia jurídica general. En tercer lugar, el sucesivo y reiterado incumplimiento de los preceptos de la Constitución del medioambiente (en los diversos niveles: nacional, europeo e internacional) podrá generar situaciones de omisión constitucional conducentes a la responsabilidad ecológica y medioambiental del Estado. En cuarto lugar, el Estado (y demás operadores públicos y privados) está obligado a una acción activa y positiva en la protección del medioambiente, cualquiera que sea la forma jurídica de esa actuación (normativa, planeadora, ejecutiva, judicial). Esta protección, como veremos adelante, va más allá de la defensa contra simples peligros; exige un deber particular de cuidado ante los riesgos típicos de las sociedades de riesgo.

6. En su conjunto, las dimensiones jurídico-ambientales y jurídico-ecológicas permiten hablar de un Estado de Derecho medioambiental y ecológico. El Estado de Derecho, hoy, solo es Estado de Derecho si es un Estado protector del medioambiente; pero el Estado ambiental y ecológico solo será Estado de derecho si cumple los deberes de juridicidad impuestos a la actuación de los poderes públicos. Como veremos en los desarrollos posteriores, la juridicidad medioambiental debe adaptarse a las exigencias de un Estado constitucional ecológico y de una democracia sosteni-

⁶⁸ Ver, en este sentido, CH. CALIESS, *Rechtsstaat und Umwelstaat*, Tübingen, 2001, p. 74 y ss.

da⁶⁹. La naturaleza de principio conferida a muchas normas estructurantes de la Constitución medioambiental —principio del desarrollo sostenible, principio del aprovechamiento racional de los recursos, principio de la salvaguardia de capacidad de renovación y de estabilidad ecológica, principio de solidaridad entre generaciones— obligará a una metodología constitucional de concretización particularmente centrada en los criterios de ponderación y de optimización de los intereses medioambientales y ecológicos.

b) *El desarrollo del Estado de derecho democrático y medioambiental - la responsabilidad de larga duración*

7. La articulación de problemas ecológicos de primera generación con los problemas de segunda generación obliga a dar amparo jurídico-constitucional a nuevas categorías dogmático-constitucionales. Aludiremos, en primer lugar, a la llamada «responsabilidad de larga duración»⁷⁰. La responsabilidad de larga duración reúne cuatro principios básicos intrínsecamente relacionados: el principio del desarrollo sostenible, el principio del aprovechamiento racional de los recursos, el principio de salvaguardia de la capacidad de renovación y estabilidad ecológica de estos recursos y el principio de la solidaridad entre generaciones.

8. Como es sabido, el tema de la responsabilidad de larga duración ha ganado proyección después de la Conferencia de Río de Janeiro de 1992, a partir del principio de «Sustainable Development». En términos jurídico-constitucionales, implica, desde luego, la obligatoriedad de que los Estados (y otras organizaciones políticas) adopten medidas de protección ordenadas a la garantía de la supervivencia de la especie humana y la exis-

⁶⁹ Las expresiones pertenecen a R. STEINBERG, *Der Ökologische Verfassungsstaat*, 1998, p. 126 y ss.

⁷⁰ El concepto del texto es tributario del concepto alemán *Langzeitverantwortung*. Cfr., precisamente, la obra de GETHMANN/KLOEPFER/NUTZINGER, *Langzeitverantwortung im Umweltstaat*, 1993. Esta responsabilidad de larga duración se inserta en una idea de protección ecológico-ambiental dirigida a la posteridad. La literatura germánica habla aquí de *Nachweltschutz*.

tencia digna de las futuras generaciones. En este sentido, las medidas de protección y de prevención adecuadas son todas las que, en términos de precaución, limitan o neutralizan los daños al medioambiente, cuya reversibilidad total o parcial genera efectos, daños y desequilibrios negativamente perturbadores de la supervivencia digna de la vida humana (responsabilidad antropocéntrica) y de todas las formas de vida centradas en el equilibrio y estabilidad de los ecosistemas naturales o transformados (responsabilidad ecocéntrica) ⁷¹.

9. La responsabilidad de larga duración presupone la obligatoriedad, no sólo del Estado, de adoptar medidas de protección adecuadas, sino también el deber de observar el principio del nivel de protección elevado en defensa de los componentes medioambientales naturales. Aunque la Constitución Portuguesa no consagre «*expressis verbis*» este principio, viene sirviendo de parámetro y de estándar material en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea (en el ámbito del medioambiente, de la salud, del empleo). Se plantea, desde luego, el problema de saber si existe un derecho a un mínimo de existencia ecológico ⁷². Tal vez sea más riguroso hablar de un núcleo esencial de un derecho fundamental al medioambiente y a la calidad de vida. Este núcleo esencial presupone la búsqueda del nivel más adecuado de acción, o sea, que la ejecución de medidas de política medioambiental tengan en consideración el nivel más adecuado de la acción, sea de ámbito internacional, nacional, regional, local o sectorial. La Constitución no exige la protección máxima del medioambiente como presupuesto inseparable de la salvaguardia del núcleo esencial del derecho al medioambiente si con eso se pretende significar la prohibición de cualquier intervención humana perjudicial al ambiente. Pero si es razonable reconocer el principio de prohibición de retroceso en el sentido de que las políticas medioambientales —desde luego las políticas medioambientales del Estado— están obligadas a mejorar el nivel de protección ya asegurado

⁷¹ Ver L. MICHEL, *Staatszwecke, Staatsziele und Grundrechtsinterpretation unter besonderes Berücksichtigung der Positivierung des Umweltschutzes in Grundgesetz*, Frankfurt/M., 1986, p. 277 y ss.

⁷² Vid. K. WHECHTER, «Umweltschutz als Staatsziel», en *Natur und Recht*, 1996, p. 321 y ss.

por los diversos complejos normativo-ambientales (Constitución, tratados internacionales, derecho comunitario europeo y leyes) ⁷³. La prohibición de retroceso no debe interpretarse como prohibición de cualquier retroceso referido a normas concretas o como prohibición general de retroceso. No puede hablarse de retroceso cuando sean adoptadas medidas compensatorias adecuadas para intervenciones lesivas con el ambiente, sobre todo cuando estas medidas contribuyen a una clara mejoría de la situación medioambiental. De cualquier modo, hoy hay determinantes heterónomas —constitucional e internacionalmente impuestas— posibilitadoras de la delimitación normativa constitucional del nivel adecuado de protección. Se sitúan aquí —en la calidad de determinantes heterónomas— los principios del desarrollo sostenible, del aprovechamiento racional de los recursos, de la salvaguardia de la capacidad de renovación ecológica y del principio de solidaridad entre generaciones.

10. Además, las agresiones al derecho del ambiente, traducidas sobre todo en la perturbación de la integridad de los componentes ambientales naturales, carecen de justificación adecuada cuando se trate también de restricciones al núcleo esencial del derecho al medioambiente y calidad de vida en su dimensión de derecho, libertad y garantía. Entre las ponderaciones a incluir en la justificación adecuada debe incluirse el juicio sobre alternativas medioambientales y ecológicamente amigables, en cuanto se revelen adecuadas, necesarias y proporcionales ⁷⁴.

⁷³ Hay que notar que no se trata, en verdad, de tornar rígida una garantía de perpetuación del actual complejo normativo-ambiental. Sería, por eso, más adecuado —también por qué se da más centralidad a la defensa de la integridad de los elementos medioambientales naturales— hablar de una prohibición de retroceso ecológico. Cfr., precisamente, M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, 3.^a ed., § 3.º, anotación 38. Hay que tener en cuenta, las garantías jurídico-normativas del nivel de protección como eventual límite a las desregulaciones del medioambiente por imposiciones económicas. Ver, por ejemplo, KADELBACH, «Verfassungsrechtliche Grenzen für Deregulierungen des Ordnungsverwaltungsrecht», en *Kritische Vierteljahresschrift*, 1997, p. 263.

⁷⁴ Ver, entre otros, el estudio de BERNSDORF, «Positivierung des Umweltschutzes im Grundgesetz», *Natur und Recht*, 1997, p. 328 y ss.

c) *El principio de solidaridad entre generaciones*

11. La Constitución portuguesa hace mención expresa al principio de la solidaridad entre generaciones. El significado básico del principio es el de obligar a las generaciones presentes a incluir como medida de acción y de ponderación los intereses de las generaciones futuras. Los intereses de estas generaciones son particularmente evidentes en tres ámbitos problemáticos: (i) el de las alteraciones irreversibles de los ecosistemas terrestres como consecuencia de los efectos de las actividades humanas (sea en el plano espacial, sea en el plano temporal); (ii) el del agotamiento de los recursos, derivado de un aprovechamiento no racional y de la indiferencia ante la capacidad de renovación de la estabilidad ecológica; (iii) el de los riesgos duraderos. El texto constitucional no se refiere a derechos de las futuras generaciones. Las dificultades teórico-dogmáticas en la configuración de un sujeto de derechos y relaciones jurídicas nebulosamente identificado como «generaciones futuras» y «futuras generaciones» lleva a muchos autores a acentuar que lo que está en cuestión es la inclusión de los intereses de las «generaciones futuras» en los principios materiales de actuación político-constitucionalmente.

12. Se pretende, además, que la inclusión de esos intereses gane operatividad práctica. Articulado con otros principios, el principio de la solidaridad entre generaciones presupone desde luego, como punto de partida, la efectividad del principio de precaución. Configurado como verdadero principio fundante y primario⁷⁵ de la protección de los intereses de las futuras generaciones, es el que impone prioritariamente y anticipadamente la adopción de medidas preventivas y justifica la aplicación de otros principios como el de la responsabilización y utilización de las mejores tecnologías disponibles. El principio de la responsabilización, al implicar la asunción de las consecuencias por los agentes causantes de daños al medioambiente significa imputación de costes y obligación de medidas de compensación y de recuperación que conducirán a la consideración, de forma anticipada, de los efectos inmediatos o a plazo de las respectivas actuaciones medioambientalmente relevantes.

⁷⁵ Así, A. EPINEY, *Umweltrecht in der europäischen Union*, 1997, p. 101 y ss.

d) *El principio del riesgo medioambiental proporcional*

13. La literatura iuspublicista, como ocurre en otras ramas del saber, ha pasado a incorporar como tema casi obligatorio el riesgo medioambiental. Abundan hoy las obras sobre la problemática del riesgo desde una perspectiva política, económica, sociológica y filosófica. Nada más natural que el hecho de que adquiriera también centralidad dogmática y metódica en el ámbito del derecho constitucional⁷⁶. Vamos a dar aquí como adquiridas las comprensiones teóricas del riesgo y limitarnos al encuadramiento constitucional del riesgo medioambiental.

14. El derecho constitucional acompaña el esfuerzo de la doctrina en el sentido de fundar la determinación jurídica de los valores límite del riesgo medioambientalmente dañino a través de la exigencia de protección del derecho al medioambiente según el estadio más avanzado de la ciencia y la técnica. Esto significa que el principio de la mejor defensa posible ante los peligros y los principios de precaución y de la prevención del riesgo medioambiental según el nivel más avanzado de la ciencia y la técnica han marcado también los límites de la razón práctica en el plano del derecho constitucional. Y no puede una Constitución adherirse a postulados filosóficos de seguridad («seguridad determinada de forma determinista», «seguridad determinada de forma probabilística»)⁷⁷ para mostrar el desarrollo jurídico-constitucional de la concretización del riesgo. Lo que parece constitucionalmente aceptable es intentar una aproximación a la fijación normativa de valores límite a través de principios jurídico-constitucionales. En este contexto, el primer principio a tener en cuenta es el principio de la proporcionalidad de los riesgos, que se puede formular así: la probabilidad de que ocurran acontecimientos o resultados dañinos es tanto más real cuanto más graves sean las especies de daños y los resultados dañinos que están en juego. Esta fórmula, que no se encuentra alejada de la segui-

⁷⁶ Cfr. la exposición de J. R. MORATO LEITE sobre la sociedad de riesgo y el Estado, en J.J.GOMES CANOTILHO/J. RUBENS MORATO LEITE (org.), *Direito Constitucional Ambiental Luso-Brasileiro*.

⁷⁷ Sobre la determinación de la seguridad contra los riesgos, ver RENGELING, *Probabilistische Methoden für der atomrechtlichen Schadenvorsorge*, 1986, p. 217 y ss.

da por la jurisprudencia alemana, pone en evidencia que el riesgo, al exigir a los particulares deberes de precaución, no puede ser determinado independientemente del potencial dañino.

15. El segundo principio constitucional es el principio de la precaución dinámica del derecho al ambiente (y de todos los derechos fundamentales) según el estadio, evolución y progreso de los conocimientos de las técnicas de seguridad. Bajo el punto de vista del derecho constitucional sólo son aceptables los riesgos de agresión al derecho al ambiente que no podían haber sido previstos según los criterios de seguridad probabilística más actuales (ej.: directivas del Euratom, guía de seguridad de la IAEB).

16. El tercer principio es el de la obligatoriedad de la precaución, aun cuando los juicios de prognosis permanezcan en la inseguridad. La falta de certeza científica absoluta no desvincula al Estado del deber de asumir la responsabilidad de protección medioambiental y ecológica, reforzando los estándares de precaución y prevención de agresiones y daños medioambientales⁷⁸. Si es una utopía pretender con el principio de la precaución un «grado cero» de riesgo medioambiental, es razonable asumir, a nivel normativo —desde luego normativo-constitucional— la necesidad de que las «ignorancias tecnológicas» y los «eslóganes políticos» den origen a reglas densificadoras de las «ciencias inciertas»⁷⁹. Entre estas reglas se incluirán nuevos modelos probatorios, como la inversión de la carga de la prueba, las conferencias de consenso y los estándares de fiabilidad probatoria.

4. CONCLUSIONES

Las líneas fundamentales de este trabajo pueden condensarse de la forma siguiente:

⁷⁸ Vid. J. CAMERON/W. WADE-GERY/ J. ABOUCHAN, «Precautionary Principle and Future generations» en E. AGIUS/S. BASUTTI (org.), *Future Generations and International Law*, 1998, p. 93 y ss.

⁷⁹ Cfr. M. TALLACHIM, «Ambiente e diritto della scienza incerta», en S. GRASSI/ M. CECCHETTI/ A. ANDRONIO (org.), *Ambiente e Diritto*, I, Firenze, 1999, p. 58 y ss.

1. Entre las varias lecturas del constitucionalismo, hay por lo menos dos que apuntan a la importancia de los principios en el desarrollo del derecho constitucional. Nos referimos al «constitucionalismo judicialista-jurisprudencialista» y al neo-constitucionalismo de cariz pos-positivista y cosmopolita.
2. La teoría y dogmática de los principios conlleva una imbricación de dos problemáticas: la de la interpretación de la constitución como proceso concretador y la de la delimitación teórico-dogmática de los principios constitucionales.
3. Si tenemos en cuenta las dos obras paradigmáticas sobre principios —la de R. Dworkin y la de R. Alexy— y los desarrollos por otros autores, verificamos que una no ha resistido a la «seducción de la mejor teoría moral» conducente a la transmutación de principios jurídicos en principios éticos y morales, y la otra ha terminado por establecer una dogmática principialista pesadamente epistemológica.
4. Bajo una u otra perspectiva, se asistió a una inflación principial, no pudiendo afirmarse, creemos, que hayamos progresado mucho en la concretización del contenido de los principios. En nuestra opinión, los principios suponen sabiduría y experiencia ligada a sabiduría.
5. Si esta conclusión es válida para los «antiguos principios» mucho más se podrá decir en cuanto a nuestros principios de la responsabilidad y de la sostenibilidad. Por eso hemos buscado testar su importancia en las modernas turbulencias políticas y jurídico-constitucionales.
6. Nos hemos limitado a delimitar algunos de los contenidos incluidos en el «topos» general de la responsabilidad. De la clásica responsabilidad civil por daños a los desarrollos recientes de la «role-responsability» y «oversight-responsability», pasando por la responsabilidad-garantía y por la responsabilidad política, todo apunta a la necesidad de reconstrucción teórica y dogmática de un concepto de responsabilidad constitucional. Lo que se impone a los juristas en el contexto del «multilevel constitutionalism» es una ardua tarea de legitimación de la Constitución como norma y del derecho constitucional como ciencia. O captamos las realidades constitu-

cionales y «posconstitucionales» para comprender las intencionalidades normativas o estaremos todos, a corto plazo, programando soliloquios.

«What's gone wrong in constitutionalism?»

Resumen:

En el trabajo se plantean nuevas lecturas del constitucionalismo desde los principios. Ese acercamiento a los principios quiere ser superador de las obras paradigmáticas (Dworkin, Alexy), a través de la imbricación de principios y sabiduría. Se plantean nuevos entendimientos de principios ya reconocidos, con mayor o menor alcance, en el Derecho constitucional, como los de responsabilidad y sostenibilidad. La responsabilidad ha evolucionado desde la responsabilidad civil por daños a nuevas responsabilidades vinculadas al «desempeño de la función», que deben ser acogidas por el Derecho Constitucional. En cuanto al principio de sostenibilidad presenta un campo más amplio que el estrictamente medioambiental y se imbrica tanto con diversas formas de responsabilidad como con el principio de precaución.

Palabras clave: Constitucionalismo, principios, multinivel, sabiduría, responsabilidad, sostenibilidad, precaución.

Abstract:

This paper prospects new lectures of constitutionalism from the beginning. This approach to the principles wants to overcome the paradigmatic works (Dworkin, Alexy), through the fusion of principles and sapience. It proposes new interpretations of principles already known, with major or less content, in the Constitutional Law, such as those of responsibility and sustainability.

The responsibility has evolved from the civil liability for damages to new responsibilities referred to the «exercise of the function», that have to be accepted by the Constitutional Law. With regard to the principle of sustainability, it presents a much deeper framework than the strictly environmental one and it relates with different forms of responsibility and the principle of precaution.

Key words: Constitutionalism, principle, multilevel, sapience, responsibility, sustainability, precaution.