

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL
SERVIÇO DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

JANEIRO MARÇO ANO 1983 NÚMERO 77

El Estado de Derecho en las Américas

JORGE REINALDO VANOSSI

Presidente de la Federación Argentina
de Colegios de Abogados

I. La idea del "Estado de Derecho" ha transitado por caminos muy variados. En parte, ha servido como bandera de luchas, o sea, como elemento motivante de conductas guiadas políticamente hacia la conformación de cierto tipo de Estado. Por otra parte, ha sido objeto de observación semántica, por considerar que la misma expresión encierra un pleonasma⁽¹⁾. También, debido a la imprecisión de sus alcances y exigencias, como consecuencia de las múltiples formulaciones dadas por la doctrina hasta hoy. Pero así también es cierto que el valor de la idea no es escaso, bastando como demostración de ello que casi nadie se atreve a renegar de la meta de "un Estado de Derecho" y que ninguno reconoce en cuanto a las singularidades políticas existentes que su situación concreta sea la negación de ese tipo de Estado. Por el contrario, con o sin aditamentos, la calificación de "Estado de Derecho" es apetecida o auto-proclamada por la mayoría, sin resignarse al reconocimiento de erosiones que puedan llegar más allá de los límites generalmente reconocidos como infranqueables para la pérdida de esa mentada condición. Esto se debe a que el concepto de "Estado de Derecho" no es puramente jurídico: tiene entidad jurídico-política, o si se prefiere, es una figura institucional cuya dimensión y utilidad ya no quedan circunscriptas a los terrenos de la semántica o de la teoría jurídica. La idea del "Estado de Derecho" trasciende así al ámbito de los sistemas político-constitucionales, para erigirse en un ingrediente o elemento nuclear en la distinción contemporánea entre las autocracias y las democracias. Se ha impuesto pues un concepto material y no puramente formal de "Estado de Derecho", dejando de lado los modestos alcances que la expresión pudo haber tenido en sus orígenes germánicas y manifestándose el mayor desdén por quienes a su turno pretendieron apropiarse de la expresión para utilizarla — previo vaciamiento de sus contenidos — como factor prestigioso de regímenes abiertamente fundados en la fuerza. Con el transcurso del

(1) Véase: HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979, traducción de Roberto J. Vernengo, pág. 315: "Si se reconoce en el Estado un orden jurídico, todo Estado es un Estado de Derecho, dado que esta expresión es pleonástica. En los hechos, es empleada para designar cierto tipo de Estado, a saber aquel que corresponde a las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica".

tiempo, ha ocurrido además que la proclamación del "Estado de Derecho" ha arribado a una jerarquía tal, que palidecen en el recuerdo muchas de las connotaciones despectivas o peyorativas a que se lo sometió por parte de los severos críticos de las formas constitucionales (2). En definitiva, la arremetida contra el "Estado de Derecho" pretendía ser encubierta bajo el manto de una simple impugnación del término empleado, pero en la realidad de los hechos, no era un cuestionamiento literal el que importaba, sino que tras sus inocentes enunciados se movía el interés ideológico en destruir y aniquilar la vida misma de una forma estatal basada en ciertos valores preeminentes. Puede decirse entonces, que salvo contadas excepciones, el ataque a la expresión coincidía con el ataque a la institución: los enemigos del Estado-Medio o Estado limitado procuraban por esa vía quitar del camino un término simbólico que obstaculizaba su propósito de instauración de un tipo de Estado fin, o Estado absoluto. La idea del "Estado de Derecho" quedó así estrechamente unida a la suerte de las concepciones personalistas sobre la relación individuo-sociedad-Estado; mientras que los defensores de regímenes de inspiración transpersonalista buscaban denigrar su mérito adquirido, para reemplazar esa expresión por otra, o bien se conformaban con su vaciamiento para despojarla de toda connotación valorativa y hacerla así "fungible" en cualquier tipo de Estado.

En forma paralela, la idea-expresión del "Estado de Derecho" ha tenido que compartir espacio con otras figuras, que por razones históricas o en el marco de ciertos condicionamientos políticos, reclamaron igual legitimidad o pretendieron una primacía encuancto a su precisión y valor. Del cúmulo de términos acuñados, merecen destacarse por su importancia, los conocidos como "rule of law" en el ámbito anglo-sajón y el "Estado constitucional" en parte de la doctrina continental europea. Si aceptamos hoy que el concepto valioso y positivo de "Estado de Derecho" no puede ser otro que el concepto *material*, o sea, el que apunta a determinados contenidos que se constituyen en exigencias insoslayables para la determinación de los regímenes político-constitucionales, entonces cabe concluir sin vacilación que toda la idea del "Estado de Derecho" queda encerrada en la realidad de un "Estado constitucional". Por éste, a su vez, debemos entender el propio de los regímenes democráticos y pluralistas, en abierta oposición a las múltiples formas autocráticas, que van desde el autoritarismo hasta el totalitarismo. Por ende, el "Estado de Derecho" es el "Estado constitucional", que no es otra cosa que el tipo de Estado basado en la democracia y el pluralismo, que supone: soberanía popular, creación del derecho por intervención o representación de los gobernados, predominio del consenso sobre la coerción en la gestión de las decisiones políticas fundamentales, separación y distribución de poderes, limitación y control del poder, independencia del controlante, respecto del controlado, libertades individuales y derechos sociales, pluralismo de partidos (ideas) y de grupos (intereses), posibilidad permanente de alternancia en el acceso al poder, responsabilidad de los gobernantes, régimen de garantías, y relativización de los dogmas ofi-

(2) Por ejemplo, las críticas de CARL SCHMITT, en *Teoría de la Constitución*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, s/f, págs. 145 en adelante. Entre nosotros, la obra de ARTURO ENRIQUE SAMPAY, *La Crisis del Estado de Derecho Liberal-Burgués*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1942.

ciales. Un tipo de Estado así no agota la idea del "Estado de Derecho", pero sienta las bases necesarias para el despliegue y desenvolvimiento de todos los mecanismos conducentes a la expansión o dilatación de los recaudos protectores del valor supremo, que es la libertad (3).

El Estado aparece como la organización del poder político en la sociedad. El Estado es un reflejo de esa sociedad, al servicio de sus componentes. Pero la idea de la sociedad no es entendida como una abstracción o una entelequia, sino concretamente como una expresión de la riqueza plural que la caracteriza contemporáneamente. El "Estado de Derecho" o Estado constitucional viene a resultar una organización del poder político que no es indistinta ni indiferente: es una organización del poder a través del Derecho. No cualquier Estado ni cualquier Derecho. El Estado y el Derecho que corresponden a las pautas arriba mencionadas; porque sólo así las palabras peculiarizan su sentido estricto y cobran significado frente a realidades que merecen y reciben otras denominaciones, que si bien son descalificantes a tenor de ciertos valores, también son descriptivas de sus estructuras propias: por ejemplo, el "Estado policial", el "Estado de fuerza", el "Estado de clase", el "Estado de partido (único)", el "Estado de raza (superior)", el "Estado de Dios (excluyente)" etc. Otorgar el título de "Estado de Derecho" o de "Estado constitucional" a cualquier tipo de Estado es un sarcasmo tan grueso como llamar "código" a una ley de un solo artículo, porque en esta materia, las consideraciones de forma y de fondo van estrechamente unidas, como ha quedado establecido a partir del famoso art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789. Fue en esa oportunidad que el tan ironizado "concepto ideal" de Constitución (según la crítica conocida de CARL SCHMITT) sentó las bases o presupuestos del Estado constitucional: aquel en que estuvieran garantizados los derechos y establecida la separación de los poderes. Libertad y poder aparecen concebidos a tenor de una determinada idea del hombre: la libertad se debía gozar en igualdad (ante la ley) y el poder debía limitarse a través de su organización para evitar que resultara peligroso o nocivo para aquélla. La igualdad jurídica pasó a ser un elemento fundamental en el Estado constitucional, tan importante como los otros recaudos de organización. En cambio, los ingleses, que permanecieron reacios a la posibilidad de una Constitución escrita y rígida, al no poder invocar la figura del "Estado constitucional" apelaron a la idea del "rule of law" como standard más o menos comprensible de su aspiración a ver protegidos ciertos valores en el marco dinámico de las relaciones entre el Estado y el individuo (los "súbditos"). La idea inglesa del "rule of law" se aproxima en realidad mucho más la noción clásica de la "seguridad jurídica", o sea, a un dato concreto de las condiciones que se aseguran a través del "Estado de Derecho": esta idea apunta fundamentalmente a la protección que brinda una magistratura independiente y a la garantía que significa para las personas el conocimiento anticipado de las "reglas del juego", o sea, de las consecuencias que sus actos habrán de tener ante el ordenamiento jurídico vigente al tiempo de su comisión. El "rule of law" de los anglo-sajones es la garantía máxima de esa calculabilidad o predictibilidad acerca de las conse-

(3) Conf., OSKAR GEORG FISCHBACH, *Teoría General del Estado*, 3ª ed., Ed. Nacional, México, 1968, pág. 44, cuando afirma: "...para nuestra moderna concepción jurídico-política, Estado de Derecho vale tanto como Estado constitucional".

cuencias de los comportamientos humanos, de tal manera que la libre acción del individuo sólo esté condicionada por los límites de una prohibición preestablecida. De allí, al enunciado del postulado jurídico de la prohibición, sólo media un paso: "todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido". El "rule of law" es el principio de legalidad en el sentido más vasto de la palabra y se confunde con el mencionado concepto de la seguridad jurídica, que requiere la certidumbre del derecho y la independencia en el juzgar de la aplicación de ese derecho (4).

Fueron autores alemanes los que acuñaron la expresión "Estado de Derecho", en la primera mitad del siglo pasado. Pero para esa época ya era una conquista de la cultura política el dato novedoso del sistema constitucional consagrado por los ingleses a partir de su "Gloriosa Revolución" del Siglo XVII, como así también era realidad vigorosa la República establecida por la Constitución de Filadelfia de 1787 y, dos años más tarde, las "conquistas" aportadas por la Revolución Francesa a partir de la famosa Declaración de Agosto de 1789. Los alemanes aún no constituían un Estado nacional (que recién lograrían en 1870) y se regían en la mayoría de sus Estados por formas propias del "despotismo ilustrado", o sea, de monarquías absolutas o cuasi-absolutas, en las que muy escasos resortes aminoraban la vigencia del principio según el cual el príncipe actuaba *de legibus solutus*. Los alemanes necesitaron pues gestar un nuevo concepto, acaso más modesto en sus pretensiones de contenido, para poder asumir, ante el nuevo estado de cosas en el mundo, la posibilidad de competir razonablemente en el ámbito de la aceptación o potabilidad de las formas institucionales. Es decir, que al no poder contar con un Estado "plenamente" constitucional, optaron por otra figura menos comprometida (en ese entonces), a lo que imputaron ventajas análogas a las de los franceses y anglo-sajones.

El tema del "Estado de Derecho" remite, ciertamente, al problema de las relaciones entre Estado y Derecho. Son ampliamente conocidas las posiciones registradas en la doctrina con relación a la cuestión (5), sin que el tema haya

(4) Para un desarrollo de las diferencias y semejanzas entre el concepto de "rule of law" y el de "Estado de Derecho", puede verse: MARTIN KRIELE, *Introducción a la Teoría del Estado*, Ed. Depalma, 1980, traducción de EUGENIO BULYGIN, págs. 139 y sigts. El autor destaca la relación entre las prácticas judiciales inglesas, basadas en el principio de la audiencia a la otra parte, y su trasplante al sistema parlamentario; como así también la diferencia entre las vivencias prácticas y efectivas de los autores y de los jueces ingleses, por un lado, y el aislamiento de los pensadores alemanes que acuñaron la expresión "Estado de Derecho" alejados de toda realidad democrático-constitucional (págs. 146 y 148). Asimismo, véase la obra de ALBERTO RAMON REAL, *Estado de Derecho y Humanismo Personalista*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1974, págs. 95 y sigts.; y la obra de PABLO LUCAS VERDU, *La Lucha por el Estado de Derecho*, publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, págs. 25 y sigts. Este autor cita el pensamiento de HAYEK, expuesto en *Camino de Servidumbre*, para quien *rule of law* significa "...que el Gobierno está sometido en todas sus acciones a normas fijas y conocidas de antemano; normas que permiten prever con suficiente certidumbre cómo usará la autoridad en cada circunstancia sus poderes coercitivos y planear los propios asuntos individuales sobre la base de este conocimiento" (ob. cit., pág. 31).

(5) Véase: MARIO JUSTO LOPEZ, *Introducción a los Estudios Políticos*, Ed. Kapelus, 1971, tomo II, págs. 1 y sigts.

llegado a un punto de agotamiento ni mucho menos. De todos modos, en el ámbito de la ciencia jurídica, nadie puede afirmar rotundamente la seguridad de una limitación del poder del Estado por la sola virtud del derecho positivo que emana de ese mismo Estado. En última instancia, una vez comprobada las ventajas pero también las limitaciones de una garantía basada en la peculiar organización del poder (separación de órganos, controles, responsabilidades etc.), adviene la certidumbre de que en el tramo final de la cuestión todo se resuelve en los términos en que quede planteado el problema de *los límites del poder constituyente*. Nosotros hemos distinguido tres manifestaciones de ese poder: el fundacional (u originario), el revolucionario (o de ruptura) y el de revisión (o de reforma), señalando que la autolimitación del poder por el derecho sólo opera en el último caso; toda vez que en los dos primeros las únicas limitaciones operantes son las provenientes de la realidad social subyacente (HELLER) y de las creencias e ideologías que inspiran al constituyente (6). Por ello, la garantía máxima del "Estado de Derecho" no podemos buscarla en términos de infalibilidad y, menos aún, buceando esa seguridad en los ámbitos estrictos de la mecánica jurídica. La garantía fina — si es que existe y actúa — se encontrará en el terreno de la sociedad: tanto en el plano de los hechos cuanto en el plano de las ideas, pero ambos gravitando igualmente sobre el sentido de los comportamientos políticos y de las conductas humanas, de gobernantes y de gobernados (7). El eterno interrogante de *quién controla al control* también procede en esta cuestión, habida cuenta que suponer la vigencia de límites sin el correspondiente reaseguro de los controles es algo virtualmente inoperante para una concepción hermética de un Estado que — hipotéticamente — se rigiera absolutamente por el Derecho positivo. Es por ello que a lo largo del pensamiento político, se vé reflejada la apelación recurrente a las relaciones entre el Estado y la Sociedad, a las consecuencias de una vigencia pluralista, a los efectos del ejercicio de ciertas libertades sobre el funcionamiento del Estado y, en fin, al notable sentido que adquiere en la

(6) Véase: JORGE REINALDO VANOSSI, *Teoría Constitucional*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975, tomo I, págs. 123 a 172. Véase también: HUMBERTO QUIROGA LAVIE, *Derecho Constitucional*, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978, págs. 42 y sigts.

(7) Conf., ALBERTO RAMON REAL, ob. cit., pág. 133, cuando expresa: "Entendemos que los valores ideales que pueden servir de pauta para enjuiciar la justicia del derecho positivo, si son extraños a las normas, son tema de estimativa o axiología, pero no constituyen un sistema objetivo de limitaciones, propiamente jurídicas. Y en la medida en que esos valores se acojan por las normas, por ejemplo, en una Constitución rígida, pasan a integrar el derecho positivo, pero frente al Constituyente no hay más garantía jurídica de permanencia que la formal, derivada de la necesidad de respetar el procedimiento de reforma de la Constitución". Y más adelante afirma el mismo autor: "Más allá de la Constitución, frente al poder constituyente, dotado de competencia para modificar la Constitución misma, ya no cabe hablar de garantías jurídicas de fondo: las garantías serán sociales y políticas y dependerán, en último término, del sentimiento del derecho y del espíritu cívico del pueblo; incluso de su capacidad para resistir, llegado el caso, a la opresión. La teoría jurídica no puede pretender abarcar también el ámbito propio de la religión, de la filosofía, de la política y de las ciencias sociales; es decir, no puede pretender suplantar al pensamiento social de cada época y considerar derecho vigente por encima del poder constituyente, a los diversos, cambiantes y vagos sistemas de valores que proclame, hoy, con arrogancia, cada jurista. Admitirlo sería reincidir en la ilusión del jusnaturalismo" (confr., pág. 144).

Democracia la igualdad de oportunidades especialmente referida a la educación y a la cultura del pueblo.

El propio concepto *material* de "Estado de Derecho" pone el acento en los recaudos organizativos del poder con vista a la preservación del ámbito de la sociedad, pero debemos subrayar que esa preocupación dominante no es más que la consecuencia lógica de haber situado el *prius* o punto de partida de toda la edificación jurídica e institucional en la afirmación de la libertad del hombre y del ejercicio por parte de éste de derechos subjetivos demandantes de una protección jurisdiccional que el Estado no puede denegar. El meollo de la cuestión radica pues en la concepción sobre los *derechos subjetivos*: la real dimensión del "Estado de Derecho", la verdadera significación del "Estado constitucional", el propio sentido del "rule of law", dependerán de la concreta concepción de la libertad que impere — con sentido de vigencia — en una comunidad determinada. Y, por lo tanto, como esa concepción no es universal — a causa de la diversidad ideológica y de las deformaciones aplicativas — entonces, no puede haber una aplicación uniforme del modelo de Estado. Esto mismo explica la distinción kelseniana entre un concepto *formal* y otro *material* de "Estado de Derecho", desde el momento que todo Estado constituye un orden, que se va concretando gradualmente desde la norma fundamental hasta los actos jurídicos más particulares; pero el propio KELSEN admite que la no menos importante cuestión de las garantías jurídicas *concretas* (sic) para asegurar que esos actos jurídicos se correspondan con las normas generales, remite directamente al concepto de "Estado de Derecho" en el sentido *material* o técnico de la palabra⁽⁸⁾. El concepto puramente formal de "Estado de Derecho" es desde luego una secuela más de la equiparación kelseniana entre Derecho y Estado (al entender a éste como la personificación metafórica del orden jurídico total), pero no escapa al mismo pensador la importancia (política) del régimen de garantías a la legalidad y a la constitucionalidad, que pasa a formar parte principalísima del concepto *material* o de contenido del "Estado de Derecho". Aquí reconoce que sólo un "cierto tipo de Estado" responde a la denominación de "Estado de Derecho", que es el Estado apropiado a las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica.⁽⁹⁾ Esta cuestión es — a nuestro modo de ver — independiente de la consecuencia kelseniana que a partir de la verificación de que el derecho regula su propia creación, entiende que lo que existe como objeto del conocimiento (para la ciencia ju-

(8) Conf., HANS KELSEN, *Teoría General del Estado*, Ed. Nacional, México, 1959, pág. 120. Por su parte, MARTIN KRIELE, ob. cit. *ut supra*, págs. 139 y 140, distingue cinco conceptos de "Estado de Derecho", a saber: 1) Estado de legalidad formal; 2) Estado de derecho material; 3) Estado de derecho procesal; 4) Estado constitucional con división de poderes; y 5) Estado constitucional parlamentario. El autor citado critica la filiación puramente "formal" del concepto clásico de la doctrina alemana sobre Estado de Derecho y, al respecto, observa que "... la peculiaridad del concepto de derecho alemán consiste en que no comprende las condiciones de su realización jurídica" (pág. 142).

(9) Conf., HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, ed. cit. *ut supra*, pág. 315. Añade el autor que Estado de Derecho "... en este sentido específico, es un orden judicial y la administración está regida por leyes, es decir, por normas generales, dictadas por un parlamento elegido por el pueblo, con o sin participación de un jefe del Estado situado en la cúspide del gobierno, siendo los miembros del gobierno responsables de sus actos, los tribunales independientes y encontrándose garantizados ciertos derechos y libertades de los ciudadanos, en especial, la libertad de creencia y de conciencia y la libertad de expresión".

rídica) es sólo el Derecho. Podemos añadir, a este respecto, que así como para KELSEN el concepto *formal* de "Estado de Derecho" es incuestionable en el terreno de la pura ciencia jurídica (desde el momento que todo Estado es de Derecho), del mismo modo la necesidad de un concepto *material de* "Estado de Derecho" aparece como insoslayable tan pronto se penetra en el terreno meta-jurídico y en las disputas de la ideología. Por lo tanto, los dos conceptos de "Estado de Derecho" son importantes e imprescindibles, pero mientras el "formal" tiene una utilidad preferente para el estudio intra-régimen, el concepto "material" o sustancial es el que resulta necesario para el estudio inter-sistemas; con el dato adicional de lo ya subrayado: es decir, que el concepto *material de* "Estado de Derecho" se correlaciona con una concepción determinada de los derechos subjetivos de las personas, de tal manera que esa concepción corresponde un determinado tipo de Estado y no otro. En cambio, tratándose del concepto formal, no existe tal correlación, por cuanto las relaciones entre Estado y Derecho se desenvuelven independientemente de toda pre-caracterización del régimen sobre la base de una determinada definición axiológica. Pero sería un error creer o afirmar que el concepto formal tiene un valor puramente procedimental, mientras que el concepto material tiene un mérito únicamente sustancial: la ventaja del concepto "material" de *Estado de Derecho* estriba, precisamente, en que suma ambas ventajas, desde el momento que todos esos ingredientes de contenidos políticos dan por sentada la existencia — además — de un régimen u ordenamiento respetuoso de la legalidad formal e incardinado en una pirámide jurídica. La diferencia estriba en que a tenor de un concepto material de "Estado de Derecho", la Constitución en sentido lógico-jurídico indica que habrá de ser tenida por Constitución jurídico-positiva una ley suprema que sea sancionada de cierta manera determinada (democráticamente) y ésta habrá de regular la creación del ordenamiento jurídico inferior con pleno acatamiento a pautas procedimentales y sustanciales que no son indiferentes a una precisa concepción sobre los "derechos subjetivos" de las personas.

II. El "Estado de Derecho" es un Estado *garantista*. Esto quiere decir que en las etapas del proceso gubernamental existen instancias de control que si bien pueden estar dirigidas a preservar la legalidad o la constitucionalidad formales, también están orientadas a salvaguardar los derechos subjetivos de las personas que resulten afectados por actos lesivos del ordenamiento vigente o de algunas de sus escalas. La relación entre "control" y constitucionalidad es tan estrecha como la relación entre el "garantismo" y los derechos subjetivos. En el trasfondo, el dato de la conciencia reflexiva sobre la pluralidad (el pluralismo) está indicando la verdadera composición axiológica de la sociedad y la relevancia de otras garantías que si bien no son intra-órganos ni inter-órganos, servirán igualmente y acaso con mayor fuerza para la defensa del sistema. Así pues, el tema de las "garantías" ofrece dos mirajes o despliegues, a saber: 1) cuando el impulso proviene del *poder*, o sea, de los detentadores, se trata del "control" propiamente dicho, cuyas modalidades funcionales pueden ser muy variadas⁽¹⁰⁾; y 2) cuando el impulso nace del ámbito de la *libertad*, o sea, de los destinatarios o gobernados por aquel poder, estamos ante las

(10) Véase: KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 1964, especialmente los Capítulos VI, VII, VIII y IX.

“garantías” propiamente dichas, cuya efectividad traduce la existencia real de los llamados “derechos subjetivos”. En el tipo de Estado democrático y constitucional todo esto guarda una estrecha relación, que hace inescindible la consideración de sus diversos aspectos.

Abordar el tema de los derechos subjetivos y de las garantías en el marco del “Estado de Derecho” supone la aceptación de que el progreso o evolución del pensamiento jurídico en la materia se revela en la aceptación del postulado según el cual los *procedimientos* deben ser puestos al servicio de los *contenidos*, desde el momento que aquellos son nada más que *medios* instrumentales al servicio de ciertas finalidades. Y la falta de procedimientos (o la existencia de procedimientos inadecuados) debe ser suplida por el ejercicio directo de la misión o función constitucional del juez. Cuando hay jueces hay derechos⁽¹¹⁾, por lo que el órgano judicial independiente se convierte en la primera garantía general e institucional (como diría HAURIUO) de los derechos humanos. Todo esto hace a la esencia del “Estado de Derecho”, o sea, que es elemento nuclear de esa idea, por cuanto en el entendimiento general son contenidos mínimos de la noción “material” de Estado de Derecho las limitaciones de los poderes y los controles que vigilan esas limitaciones.

Pero existen diversos presupuestos de las *acciones* protectoras de los “derechos subjetivos”, entre los cuales cabe mencionar:

1º) la demarcación y consiguientes relaciones entre la esfera de la *sociedad* y la órbita del Estado (tema sobre el cual volveremos en reiteradas ocasiones a lo largo de esta obra);

2º) la consideración de la *libertad* como un *príus* de todo el ordenamiento, o sea, la afirmación de la libertad del hombre como presupuesto de la autoridad (pues lo contrario importaría tanto como fundar el punto de partida en una sociedad de esclavos); y

3º) que todas las normas constitucionales pueden ser entendidas como normas de competencia, ya sea afirmativamente o bien sea negativamente, según su redacción y el objetivo inmediato al cual se dirigen⁽¹²⁾.

Todas las versiones elaboradas en torno a la idea del “Estado de Derecho” y apropiándose de las más variadas denominaciones (Estado constitucional, “rule of law” etc.) han nacido de un sustratum filosófico-político innegable: esto es, que el absolutismo en un disvalor, por cuanto la actuación de gobernantes munidos de poderes *de legibus solutus* es enemiga de la libertad del hombre. La única diferencia entre la concepción antigua y la más moderna, en torno al problema, consistiría en extender esa enemistad hacia el abuso del poder, con relación al absolutismo de quién sea: el Estado directamente, un gobernante en particular, o los grupos intermedios que el Estado admite y

(11) Véase, en esta misma obra, el capítulo correspondiente a la función constitucional del juez. Por su parte, KRIELE (ob. cit.).

(12) Véase: JORGE REINALDO VANOSSI, *Teoría Constitucional*, ed. cit., *ut supra*, tomo II, págs. 1 a 20.

actúan en el seno social, con repercusión sobre los individuos y sobre el Estado mismo. El abuso del poder es fuente de lesión de los derechos de las personas; pero no todo el poder es poder de fuente estatal. El *Estado* es la organización a través de la cual primero se centraliza, luego se distribuye, y finalmente se ejerce el poder en la *sociedad*. Mas existen numerosas manifestaciones de poder que no son "poder público" pero que igualmente repercuten en el ámbito de la libertad. Por ende, es estrecha y directa la relación entre la limitación y el control del poder, por una parte, y el goce de los derechos por la otra.

Aunque las cuestiones semánticas no son las prioritarias en este estudio, debemos puntualizar que en el marco de la terminología adoptada debe entenderse que no hay derechos subjetivos del Estado: en ese ámbito, lo que hay son "competencias", que autorizan "facultades" de los órganos del poder público, que han sido conferidos por el propio ordenamiento jurídico-constitucional y que, por lo tanto, nacen de la legalidad misma ⁽¹³⁾.

Además, para precisar los límites del poder del Estado y el ámbito de los Derechos, hay que *fundarse* en una de las dos líneas de pensamiento siguientes: 1) en la *fuerza*, tal como lo hacen las tendencias que filosóficamente brotan del irracionalismo, que políticamente se expresan en el absolutismo, y que jurídicamente nutren el decisionismo; o 2) en la *razón* y el *consenso*, debidamente armonizados por la *experiencia*, tal como lo han hecho a su debido tiempo todas las tendencias de base racional y que se han expresado en las versiones del iusnaturalismo, del contractualismo, del liberalismo político, y tanto del constitucionalismo, clásico cuanto del constitucionalismo social. En el primer caso, o sea, cuando la apoyatura la brinda la fuerza, el voluntarismo congénito a tal postura conduce a que los supuestos derechos sean nada más que "concesiones graciosas" del autócrata gobernante; y, por ende, su dimensión y hasta su existencia misma dependen del arbitrio del titular del poder solamente. En el segundo caso, las cosas cambian sustancialmente, ya que la propia filosofía que sirve de fundamento lleva al resultado de la consagración jurídica de la protección de la libertad, que pasa a ser — gradualmente — una protección *plenaria e integral*. Cuando la doctrina resuelve acompañar con sus construcciones a los sucesivos pasos alcanzados en el proceso de los hechos, cobran notoriedad los llamados "derechos públicos subjetivos".

(13) Véase, *idem*, nota anterior. Para el punto de vista kelseniano sobre el tema, puede verse: HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, ed. cit. *ut supra*, págs. 157 y sigs. Sobre la base de la superación del distingo entre derecho público y derecho privado, el autor considera que cualquiera sea la terminología empleada, el contenido de la función es en ambos casos el mismo: la producción de normas jurídicas. Pero de todos modos recoge el sentido de las distinciones clásicas, cuando dice: "El poder jurídico conferido a una 'persona privada' de producir mediante un negocio jurídico, normas jurídicas, o de participar, mediante demanda, recursos, quejas, o ejercicio del derecho a votar, en la producción de normas jurídicas, es decir, sus derechos subjetivos en el sentido técnico de la palabra, no son caracterizados como capacidad jurisdiccional o competencia" (confr., pág. 160). Asimismo, véase: JOSE ROBERTO DROMI, *Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1980, en especial los Capítulos I, II y III. Sin embargo, es frecuente el uso de la expresión "derechos subjetivos públicos del Estado", que éste ejerce frente a los particulares (véase: AFTALION, GARCIA OLANO y VILANOVA, "Introducción al Derecho", 11ª edición, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1980, págs. 257 y 258).

No es cierto que la libertad política sea nada más que un medio (relativa) mientras que la libertad civil sería un fin absoluto. Al contrario: ambas son inescindibles. Más aún, la libertad civil — en su medida y hasta en su existencia — depende de la amplitud efectiva de la libertad política. En consecuencia, el alcance de los derechos públicos subjetivos depende en última instancia del sistema de libertades políticas existentes en una determinada comunidad.

Su amplio desarrollo como su fecunda invocación explican la pregunta acerca de cuándo y cómo nace esta doctrina; como así también el interrogante en torno a si es aún suficiente e, incluso, si es hoy enteramente correcta. Como es sabido, ha sido en Europa y en el siglo pasado que surgió dicha doctrina, pero cabe traer a colación que tal surgimiento se produjo en medio de la confusión entonces existente, derivada de la situación del Estado y del Poder Constituyente, esto es, en pleno tránsito de las autocracias reinantes (el despotismo ilustrado) hacia una *semi-democracia*. Se trataba de un período transicional que abriría paso a la instauración de la plena democracia, o sea, del reconocimiento del principio de la soberanía del pueblo. Hasta tanto se llegara a la más cabal aceptación de una titularidad democrática del Poder Constituyente, en que el sujeto fuera el pueblo, la doctrina transicional fue una doctrina útil, aunque hoy debemos aclarar que tal utilidad lo fue con relación a ese período intermedio de dudosa titularidad de la soberanía. Todo esto es lo que explica el surgimiento de una construcción doctrinaria y jurídica con el nombre que la conocemos: derechos públicos subjetivos; y no es por casualidad que sus máximos exponentes teóricos hayan sido autores de Alemania y de Italia, países éstos en los cuales advino tardíamente la consolidación del Estado Nacional y más tardíamente aún la formación de instituciones basadas plenamente en las creencias de las prácticas democráticas (14).

La doctrina de los derechos públicos subjetivos incorporó a su nombre la expresión "públicos" para significar que se trataba de los derechos de *todos* (igualdad legal) y *frente* al Estado (el poder estatal como posible agente lesionador y como obligado órgano tutelar). Esto refuerza la afirmación anterior según la cual no cabe hablar de "libertad del Estado", puesto que tratándose del poder público corresponde, según los casos, competencias, atribuciones, potestades o facultades. La libertad es siempre "humana"; de allí que también se hable de los "Derechos Humanos", no por oposición a inverosímiles "derechos de las cosas", sino para establecer una clara distinción con los *poderes*. Como siempre, asistimos al juego dialéctico entre el poder y la libertad (15).

El origen del creciente desarrollo de la protección de las libertades está focalizado en la historia de la Europa insular. Son los *freedoms* del derecho

(14) Para la transición en la titularidad del poder constituyente, entre el monarca y el pueblo, véase: VANOSSE, *Teoría Constitucional*, ed. cit. *ut supra*, págs. 277 y sigts. Para un análisis agudo de esa misma situación en el caso de Alemania durante el siglo pasado, véase: KRIELE, ob. cit. *ut supra*, págs. 409 y sigts.

(15) De todos modos, hay casos en que se mentan "derechos reflejos" de los animales, plantas y objetos inanimados: se trata de protecciones que interesan a la comunidad y, por lo tanto, se prescriben sanciones para los casos de violación de la protección de esos animales, plantas u objetos inanimados "en cuyo respecto hay hombres obligados a comportarse de determinada manera" (conf., KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, ed. citada *ut supra*, págs. 141 y 142).

inglés los resortes de "acción" que transformaron la *liberty* abstracta y poética en concretos derechos subjetivos revestidos de amplia protección⁽¹⁶⁾. Es cierto que a ese proceso histórico y a la consagración de los *freedom*s se les ha formulado la objeción de que les faltó "filosofía". Es verdad que no medió entonces un nutrido acompañamiento doctrinario, aunque tampoco debemos olvidar la decisiva aportación de JOHN LOCKE. Pero a tal objeción cabe contraponer un mérito incuestionable: que les sobró *efectividad*, como lo comprueba el carácter irreversible del proceso anglo-sajón de la conquista de las libertades y el estado actual de los dispositivos jurisdiccionales para la protección real de una amplísima gama de derechos.

En cambio, la doctrina tradicional de los derechos públicos subjetivos tuvo un escenario predominantemente europeo-continental y un tiempo histórico que estuvo determinado por la transformación del Estado. Así, en ese marco, debemos recordar que: 1) sólo se conocían y reconocían los derechos individuales; 2) sólo se protegían constitucionalmente aquellos derechos frente a violaciones provenientes del poder público; y 3) cuando se trataba de "derechos privados" y el ataque se consumaba entre particulares, el deber del Estado se resumía a brindar jueces y códigos.

Por todas estas razones es que estimamos que la de los "derechos públicos subjetivos" es una denominación superada. Desde el momento que cabe una protección *erga omnes*, no tiene sentido separar los derechos públicos subjetivos de los derechos *privados* subjetivos, sin dejar de atender el hecho de que es difícil separar en todos los casos el interés público del interés privado. En nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, al fallar el caso *Buosi* (Fallos 244:68), el Juez Dr. Boffi Boggero señaló agudamente al respecto: "que a ello no obstan las diferencias que se anotan entre los llamados "derechos públicos subjetivos" y los denominados "derechos privados subjetivos". Aparte de que estos últimos tendrían una faz pública en cuanto significan un desarrollo de la Constitución Nacional (v.gr.: las normas del dominio, crédito, sucesión *mortis causa* y otras afines del Código Civil constituyen el más extendido de-

(16) Véase: CARLOS SANCHEZ VIAMONTE, *Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa*, ed. de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1956, especialmente págs. 5 a 9. Señala el autor que *Liberty* (del latín *libertas*) significa la idea opuesta a esclavitud o servidumbre. Nació como concepción unitaria e integral, elaborada por griegos y romanos, con carácter ético-metafísico y abstracto. Expresa una idea pura (ideal humano), una creación de la cultura greco-latina, que los sajones la conocieron a través de la lengua latina. La "liberty" era el ámbito ideal de posibilidades del ciudadano. Como idea pura, como entelequia, sigue siendo a-histórica o extra-histórica, y ha escapado a toda técnica para seguir siendo lírica. Con respecto a los *freedom*s, señala SANCHEZ VIAMONTE que con la "Carta Magna" se esboza una nueva libertad: se trata de dar protección jurídica a ciertos aspectos concretos y prácticos en que se manifiesta la personalidad humana. Por ello es que se requirió un nuevo vocablo: *freedom*s, traducción inglesa de la expresión "libertades" (en plural) que empleaba la Carta Magna. Es una creación anglo-sajona; en ella aparece el hombre como entidad jurídica protegida institucionalmente aún frente a la autoridad. Como libertad histórica, concreta, práctica, institucionalizada, que se incorpora al derecho positivo o legislativo, ha dado lugar a una técnica jurídica defendible. Es un fruto logrado a través del tiempo, progresivamente elaborado: la *freedom* de los anglosajones nació por partes o fragmentos, que iban apareciendo históricamente en forma de *rights* que, en conjunto, constituyen la *freedom*.

se involucre el desarrollo constitucional de propiedad), es prudente recordar que ambos son amparados con la tutela del Estado (v. gr. en la acción que suscita la actividad jurisdiccional) y ambos pueden ser transgredidos por obra del poder público y de los particulares, ya sea que éstos actúen a modo individual o que lo hagan de manera colectiva”.

Hoy, pues, estamos en el período de la protección *erga omnes* de los derechos, es decir frente a toda “persona”. Así, debe entenderse que el Estado es una “persona jurídica”, que los particulares individualmente considerados son “personas”, y que los grupos intermedios suelen ser conglomerados de personas individuales o, en muchos casos, revisten la calidad de “personas jurídicas”. La actuación de estos grupos es tan importante, no sólo desde el punto de vista de su posible actividad negativa con respecto a los derechos ajenos, sino también y principalmente desde el punto de vista de su actividad positiva con relación a la intermediación social y a la gestación autónoma de normas, que mueve a pensar en el advenimiento de un *neo-contractualismo* que se manifiesta de múltiples formas y preferentemente en el ámbito de la concertación de los intereses en juego.

Cuando los derechos públicos subjetivos se hacen exigibles frente a los grupos o a otros particulares, es debido a que si no se brinda la protección jurisdiccional en esos casos, el agravio o lesión provendría de la omisión de debida protección, o sea, del Estado mismo en última instancia. Aquí se trata de *violación por omisión protectora* de los órganos del Estado. La lesión proviene de actos privados, pero la “acción” es necesaria para cubrir esos efectos ilícitos que se han consumado o amenazan consumarse a causa de la ausencia de una oportuna intervención protectora del poder público. Ejemplos contemporáneos sobran: abusos de los contra-poderes económicos, desbordes gremiales (patronales y sindicales), accionar de grupos para-estatales, desmanes y crímenes de grupos de irregulares armados etc.

En la Argentina, la Corte Suprema de Justicia a partir del *caso Siri*, en 1957 ⁽¹⁷⁾ asignó plena operatividad a las cláusulas de derechos y garantías incluidas en los arts. del capítulo inicial de la Constitución nacional de 1853/60. A más de la correcta fundamentación del caso, hay que reconocer el mérito de una Corte Suprema cuyos miembros habían sido designados por un gobierno *de facto* y que brindó decidida protección a un habitante cuya militancia política lo adscribía al régimen anterior, haciendo así una neta afirmación de la independencia del Poder Judicial y de la potestad de los jueces para amparar los derechos (es evidente también que la Corte hizo allí una aplicación plena-

(17) Fallos 239:459. En dicha oportunidad, se consideró que en consideración al carácter y jerarquía de los principios de la Constitución relacionados con los derechos individuales, correspondía apartarse de la doctrina tradicional de la Corte Suprema, que relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios (administrativos o judiciales) la protección de las garantías no comprendidas estrictamente en el habeas corpus. En este histórico fallo, se destacan dos doctrinas de la Corte Suprema de innegable valor: 1) que basta la comprobación inmediata de que una garantía constitucional se halla restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique la restricción, para que aquella sea restablecida por los jueces en su integridad, aún en ausencia de ley que la reglamente; y 2) que las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias.

ria de sus poderes, incluidos los implícitos). En Estados Unidos, es interesante destacar el pesado camino hacia la protección plenaria de los derechos que transitó la Suprema Corte de aquel país luego de sancionar la Enmienda XIV a la Constitución de Filadelfia, sobre la base de la interpretación de las cláusulas del "debido proceso legal" y de la "igual protección de las leyes". En un marco constitucional bien diferente, en la Alemania de la República de Weimar, advirtiéndose la necesidad de procurar la protección de los derechos en forma expeditiva, no sólo frente a los actos del Estado sino también frente al accionar de los "grupos".

III. Podemos concluir pues que son derechos subjetivos los que tienen *acción*. Son derechos que están garantizados jurisdiccionalmente, es decir, que se encuentran protegidos o tutelados por el ordenamiento jurídico vigente, con lo que se suponen: jueces, procedimientos y acciones al servicio de ese fin. Como consecuencia de ello, los derechos subjetivos coinciden con una situación jurídica impulsiva del órgano jurisdiccional sancionatorio de la violación.

El aditamento "subjetivo" fue necesario como consecuencia del dualismo — tan caro a los jusnaturalistas — entre derechos naturales y derechos protegidos por el derecho positivo.

Los derechos subjetivos, por lo tanto, son derechos *garantizados jurisdiccionalmente*. En tales términos, puede decirse que la tutela judicial operativiza el derecho constitucional protegido, al dotar al titular del medio para exigir su reconocimiento, provocando la remoción del obstáculo impeditivo del goce de esa libertad y, eventualmente, aplicando sanciones (18).

(18) Al respecto, KELSEN habla del "derecho subjetivo en sentido técnico" entendiéndolo por tal un derecho consistente en un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación (conf., *Teoría Pura...*, ed. cit. *ut supra*, págs. 147/148). Y más adelante, el mismo autor concreta: "La esencia del derecho subjetivo, en el sentido técnico específico, tan característico del derecho privado, reside en que el orden jurídico no confiere el poder jurídico a un 'órgano' determinado de la comunidad, sino a un individuo designado por la teoría tradicional como 'persona de derecho privado', que normalmente es el individuo en cuyo respecto el otro estaba obligado a cumplir determinada conducta, para reclamar mediante una acción por el incumplimiento de esa obligación; es decir, para poner en movimiento el procedimiento que lleve al dictado de la sentencia jurídica en la que se estatuye una sanción concreta, como reacción contra el incumplimiento de la obligación" (pág. 149). Para que las "garantías" establecidas directamente en la Constitución asuman de por sí el carácter de derechos subjetivos, KELSEN también entiende que la "acción" conferida al interesado debe tener la virtualidad de descalificar a la norma que vulnera esa garantía. Al respecto, dice: "Mientras que la garantía constitucional de los llamados derechos y libertades fundamentales no signifique otra cosa que la mayor dificultad señalada en la limitación por ley de esos 'derechos', no tenemos derecho alguno en sentido subjetivo. (...) Un derecho fundamental, o libertad básica, sólo constituye un derecho subjetivo en el sentido de un poder jurídico... cuando el orden jurídico otorga al individuo que es afectado por la ley inconstitucional, un poder jurídico para iniciar, con una queja, el procedimiento que conduce a la supresión de la ley inconstitucional" (pág. 155). Y concluye afirmando: "Sólo cuando el individuo tiene el poder jurídico de suscitarse la eliminación particular o general de la ley que, por su contenido, lesiona la igualdad o libertad constitucionalmente reconocidas, el derecho o libertad fundamental constituye un derecho subjetivo del individuo" (pág. 156). Es evidente la insistencia del autor en caracterizar el derecho subjetivo como un "poder jurídico", que se traduce en una acción.

Lo más importante (o acaso, lo único importante) es, en definitiva, lo que señala BIDART CAMPOS al referir-se a la base constitucional de los derechos: "todo derecho subjetivo reconocido en una Constitución, sea en forma operativa, sea programática, exige que el sujeto pasivo frente al cual ese derecho es oponible, queda perfectamente individualizado. Declarar un derecho que no podrá hacerse valer ante nadie, es inocuo, no es técnico. Siempre ha de haber un sujeto al cual el titular del derecho le pueda demandar algo: que dé, que haga, o que omita. Si la norma constitucional no permite localizar ese sujeto pasivo, el derecho declarado se frustra porque falta la relación de alteridad" (19).

Este tema ha sido escenario de posiciones muy divergentes. Puede afirmarse que la propia expresión "garantías" es también multívoca. En cuanto a lo primero, se registra la posición clásica de quienes sostienen la existencia de un derecho natural objetivo y universal, como dato presupuesto de todo ordenamiento; de donde se desprendería la posibilidad de un régimen de derechos en que algunos de éstos estarían munidos de garantías y otros no. Otra postura, más progresista, vincula la libertad jurídica y la limitación del poder estatal. En otro plano, los positivistas reducen la cuestión y equiparan derecho, acción y garantía (20).

La doctrina clásica de los derechos públicos subjetivos aparece como reaccionaria a esta altura de los tiempos. Su invocación, hoy, es regresiva, cuando ya se trata en este siglo no sólo de "garantizar" los derechos individuales sino también de expandir la protección hacia una amplia cobertura jurisdiccional de los derechos sociales.

Es por todo esto que estimamos superados los términos doctrinarios de la opinión disidente, en el seno de la Corte Suprema, en el caso *Kot* (Fallos 241:291). El criterio entonces sustentado por los Doctores Oyhanarte y Ardoz de Lamadrid responde a la concepción europea tradicional y restringida, según

(19) Conf., GERMAN BIDART CAMPOS, "Pautas para la Formulación Normativa de una Reforma Constitucional", en *El Derecho*, del 26-VIII-1975.

(20) En rigor, la última postura no sería posible sin el presupuesto de la anterior, o sea, la de la vinculación estrecha entre la libertad jurídica y la organización del poder público. Como bien señala MARTIN KRIELE, *ob. cit., ut supra*, pág. 157: "Sólo donde no hay soberano puede haber derechos humanos como derechos. En el absolutismo sólo había derechos humanos en la idea, no en realidad, en la filosofía, no en el derecho". Este autor insiste en la necesidad de puntualizar la diferencia entre *tolerancias* y *derechos subjetivos* asegurados institucionalmente, subrayando que la garantía institucional de los "derechos" supone un sistema constitucional con división de poderes (pág. 158). Y afirma: "Por eso la historia de los derechos humanos transcurre en forma paralela a la historia del Estado constitucional. La historia de los derechos humanos y la del Estado constitucional forman una unidad indivisible. Los derechos humanos ponen condiciones y límites a aquel que tiene la competencia de crear y modificar el derecho y niegan el poder de violar el derecho. (...). Los derechos sólo tienen efecto frente a otros derechos, los derechos humanos sólo frente a un poder jurídico, esto es, frente a competencias cuyo origen jurídico y cuyo status jurídico sea respetado por el titular de la competencia. Esta es la razón profunda por que los derechos humanos sólo pueden funcionar en un Estado constitucional. Para la eficacia de los derechos humanos la independencia judicial es más importante que el catálogo de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución" (págs. 159/160).

la cual para que un *derecho* (individual) revista el carácter de *garantía* (constitucional) es preciso que se trate de un "derecho público subjetivo", o sea, de un derecho reconocido al hombre *frente al Estado* (frente al poder público). Según esta doctrina estrecha (citan a JELLINEK, a MORTATI, a BALLADORE PALLIERI) cuando un particular lesiona un derecho de otro no habría acto inconstitucional ni se estarían violando garantías. En el campo del derecho privado no habría garantías, ya que la Constitución no se ocupa de la violación de las libertades por los particulares. Sin embargo, comentamos nosotros, la experiencia indica que estas violaciones pueden ser tan o más graves que aquéllas.

A nuestro modo de ver, la doctrina "clásica" de los derechos públicos subjetivos es — por lo menos — una doctrina *superflua* en el actual estado de la cuestión. La cuestión es otra: o hay "derechos" o no hay derechos. Y habrá derechos (subjetivos) cuando el derecho (objetivo), partiendo de la aplicación de la Constitución y del ejercicio de las potestades de los jueces, brinden los instrumentos conducentes para conferir a los más variados segmentos de la libertad los niveles de eficacia jurídica que en el sentido o acepción más estricta permite hablar de "derechos subjetivos" (21). Es evidente pues, que para estar en presencia de un régimen jurídico basado en la existencia e invocación de tales derechos, hace falta contar con una situación *constitucional* que establezca la limitación del poder, con un régimen legal que permita contar con la "seguridad jurídica", y con órganos judiciales independientes que estén en condiciones de brindar protección práctica y efectiva a los requerimientos de los titulares de aquellos "derechos". Se falta alguno de esos elementos, el régimen es incompleto o — lisa y llanamente — no cabe hablar de "derechos subjetivos" para la libertad de las personas. Pero es menester recordar que hace falta algo más: en la perspectiva *meta-jurídica*, sólo gozará de bases firmes un régimen de protección de los derechos subjetivos que la comunidad lo vivencie como un valor preeminente y compartido, toda vez que bastaría un criterio sectario o absurdo de los jueces sobre qué es "razonable" y qué es "arbitrario" para que se quebrara la idea de supremacía de ciertos derechos constitucionalmente protegidos.

(21) KELSEN sintetiza la cuestión de la siguiente manera: "En suma, cabe afirmar que el *derecho subjetivo* de un individuo es, o bien, un mero derecho reflejo, esto es, el reflejo de una obligación jurídica existente en relación con ese individuo, o bien, un derecho subjetivo privado en sentido técnico, esto es, el poder otorgado a un individuo para hacer valer, mediante una acción judicial, el hecho del incumplimiento en su respecto de la obligación jurídica pendiente, el poder jurídico de participar en la producción de la norma jurídica mediante la cual se ordena la sanción prevista para el incumplimiento; o bien, un derecho político, esto es, el poder jurídico otorgado a un individuo, sea directamente como miembro de la asamblea popular legislativa, de participar en la producción de las normas jurídicas generales denominadas 'leyes', o, como sujeto de un derecho de elección del parlamento, o de la administración, de participar indirectamente en la producción de las normas jurídicas para lo cual está facultado el órgano elegido; o bien como derecho o libertad fundamental, reconocidos constitucionalmente, para participar en la producción de la norma mediante la cual se quita validez, sea en general (esto es, para todos los casos), o sólo individualmente, a la ley inconstitucional que lesiona la igualdad o libertad garantizadas. Finalmente, también puede designarse como derecho subjetivo a una permisión positiva administrativa" (conf., *Teoría Pura del Derecho*, ed. cit. *ut supra*, págs. 156 y 157).

En síntesis: hablar de la protección de los derechos subjetivos en el marco de un ordenamiento que se presume propio del "Estado de Derecho", significa incluir: la protección de los derechos civiles (tanto los individuales como los sociales), de los derechos políticos, y de los llamados derechos cívicos o públicos (22). Tal protección debe abarcar los derechos de contenido patrimonial (que son renunciables) y los derechos de contenido extra-patrimonial (de orden público) que algunos autores denominan derechos "inherentes a la personalidad humana" (23). Los derechos subjetivos pueden consistir en la pretensión jurídica a exigir una actividad o prestación, o bien la pretensión jurídica a exigir una abstención y eventual reparación. Pueden ser requerimientos jurídicos exigibles al Estado o exigibles a otros sujetos (personas no-estatales). Todos — entiéndase bien: todos — pueden estar en situación de devenir o asumir el carácter de "derechos subjetivos". Ello depende del grado de protección que les dispense el ordenamiento jurídico y la actividad judicial garantista, en su caso. Pero la protección puede variar: 1) puede ser *amplia* (completa) en el caso de los derechos subjetivos; 2) puede ser *restringida* (incompleta, limitada) en el caso de los llamados "intereses legítimos"; y 3) puede ser *nula* (inexistente) cuando sólo reconoce o produce una mera "gracia" o "dispensa". Por ende, habrá un derecho subjetivo propiamente dicho, cuando el sujeto esté munido de acción para exigir o proteger "su" derecho con plenitud, incluyendo la posibilidad de instar al órgano jurisdiccional para aplicar sanciones o hasta el límite de fulminar las normas inconstitucionales que lo afecten en su situación. Habrá un "interés legítimo", en cambio, cuando se protege la legalidad, es decir, cuando se preserva el derecho objetivo, con prescindencia del beneficio directo y personal, aunque siempre habrá un beneficio indirecto y general. En la distinta situación también incidirán los medios o instrumentos procesales que el ordenamiento estatuya para alcanzar unos u otros resultados. Para el caso de los derechos subjetivos, la amplitud instrumental contará con acciones, recursos, interdictos, o mandamientos; mientras que los medios para preservar el "interés legítimo" pueden ser numerosos también, según los articule el derecho positivo: por ejemplo, la acción popular, la denuncia, las peticiones. Es el derecho positivo — comenzando por la Constitución y siguiendo por la ley — y son los jueces, los que dan las diversas medidas de la protección (24). Como meta, siempre está presente el desideratum de una más amplia protección, *para que el Derecho se*

(22) Los así llamados derechos "públicos" o "cívicos", según BIELSA, son aquellos que se atribuyen a los habitantes (y no sólo a los ciudadanos), constituyendo un género del cual los derechos políticos son una especie. Así, los derechos de reunión, de petición y de asociación, que valen como medios para el ejercicio de otros derechos, tanto civiles como políticos (véase: RAFAEL BIELSA, *Derecho Constitucional*, 3ª ed., Depalma, 1959, págs. 263 a 266). También sobre el mismo tema: CARLOS SANCHEZ VIAMONTE, *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Kapelusz, pág. 140).

(23) Conf., CARLOS SANCHEZ VIAMONTE, *La Libertad y sus Problemas*, Ed. Omeba, Buenos Aires, 1961, Capítulo VII (Libertad y Patrimonio), págs. 215 y sigts.

(24) En el texto hacemos mención de los "intereses legítimos" como situaciones de protección "restringida", es decir, no amplia. Queda en claro que aceptamos la existencia de diversos grados de protección, pero ello no implica que deban separarse las aguas en dos niveles irreductibles: los derechos subjetivos por un lado y los llamados intereses legítimos por el otro. En realidad, el tema ganaría en profundidad si suprimiéramos esa distinción terminológica y habláramos solamente del grado de protección de los derechos.

realice. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando al resolver el *caso Pérez de Smith* (Fallos 300:1282) señaló: "La plenitud del Estado de Derecho... no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente la vigencia real y segura del Derecho en el seno de la comunidad y, por ende, la posibilidad de hacer efectiva la justiciabilidad plena de las transgresiones a la ley y de los conflictos jurídicos. El verdadero valor del Derecho, dice R. VON IHERING, descansa por completo en el conocimiento de sus funciones, es decir, en la posibilidad de su realización práctica... La función del Derecho, en general, es la de realizarse; lo que no es realizable, nunca podrá ser Derecho" (confr., pág 1.286). La falta de "realización" del Derecho no es un problema que preocupe por el derecho mismo, si por éste entendiéramos únicamente el derecho objetivo; lo que dramatiza la cuestión, es, en definitiva, las carencias o falencias que se consuman en cuanto a la "realización" de los derechos subjetivos, toda vez que son éstos los que realmente constituyen aquel desideratum del Derecho.

IIª PARTE: LAS TRANSFORMACIONES DEL ESTADO DE DERECHO EN LAS AMÉRICAS

(Los problemas del "Estado Democrático y Social de Derecho")

I. La apelación a la "democracia social" ha suscitado las más variadas reacciones. En parte, ello ha sido debido a la falta de una conceptualización más o menos precisa, de tal manera que el término pudiera ser entendido en el marco de ideas concretas sobre el Estado, la democracia y el Derecho. A raíz del uso multívoco que la propia palabra "democracia" ha recibido en el presente siglo por parte de las más variadas y hasta antagónicas concepciones, se torna más necesario perfilar el sentido de la "democracia social", habida cuenta de las malversaciones sufridas que redundan en la desorientación general: tanto de los destinatarios de la democracia cuanto de los propios especialistas de la Política como objeto de estudio. Basta para confirmar el aserto con la sola mención de los términos que se han ido acuñando: democracia orgánica, democracia fuerte, democracia popular, democracia funcional, democracia integral etc., etc.; y en muchos de los casos de la observación sustancial de tales modelos — en lo teórico o en la praxis — se desprende que el término superfluo no es el aditamento que califica sino la propia pretensión democrática. Se trata, en la mayoría de los casos, de un concepto puramente semántico, tras el cual se descubre un régimen autocrático: la denominación fatasiosa oculta el rostro verdadero del autoritarismo o del totalitarismo, según los casos. Este es uno de los dramas del siglo XX, o al menos, de la ciencia política crecida en su curso.

En primer término, corresponde advertir que la ubicación de la "democracia social" como etapa evolutiva de la democracia política, no puede ser imaginada como un abandono ni como una operación de resta. Por el contrario: es un enriquecimiento, es un vigorizamiento, es un potenciamiento. La "democracia social" no abdica de los enunciados principistas de la era democrática y constitucional. No niega los postulados del constitucionalismo clásico: la demarcación

entre la sociedad y el Estado, la legalidad, la representación política, la separación de los poderes, y, sobre todo, la afirmación de la libertad como un *príus* de todo el ordenamiento comunitario. La "democracia social" acepta enfoques que toman en consideración nuevos datos de la realidad (las desigualdades reales, los grupos actuantes, los desvíos originados en las tendencias irracionales etc.), pero globalmente defiende y comparte una concepción que inicialmente procuró organizar políticamente a la sociedad sobre la base del gobierno de las leyes (según las normas) antes que el gobierno de los hombres (discrecional).

En segundo término, cada día es más evidente que si la democracia tradicional tiene algún porvenir, será en el marco de una "democracia social". La tan angustiante "supervivencia" de la democracia es, nada más ni nada menos, que la "democracia social". Esto ya fue anticipado — y con razón — por HAROLD LASKI, en lúcidos ensayos sobre la materia; y en la concreta situación de la Argentina, lo ha expresado así CARLOS S. FAYT: "Ninguna estructura puede tener permanencia ni estabilidad en tanto que haya seres humanos que viven por encima de la libertad mientras otros sobreviven por debajo de la libertad" (25). Al respecto, es conveniente formular un reajuste conceptual, en torno a los valores prioritarios que invocan los autores. Es cierto que, según HANS KELSEN, es el valor de la libertad y no el de la igualdad el que define en primer lugar la idea de la democracia (26); criterio compartido por ALF ROSS, pero al que este autor agrega "que una mayor igualdad es un requisito previo para la existencia continuada de la democracia" (27). Y con aguda percepción afirma: "La gente de una comunidad sólo tendrá un interés similar en la libertad cuando... tenga un interés similar en sus resultados. La libertad, pues, y a la larga, no podrá subsistir sin igualdad. La igualdad es una condición necesaria de la democracia, y la democracia, por su parte, de la libertad" (28).

Por ello, al modelo político de una "democracia social" corresponde el modelo constitucional de un "Estado Social de Derecho" (HERMAN HELLER) o, más precisamente, de un "Estado democrático y social de Derecho", tal como recientemente ha consagrado la Constitución de España. Del Estado concebido en el marco de la ya consabida noción del "Estado de Derecho", al Estado formalizado a través de los cánones del "Estado social de Derecho", se adviene mediante el tránsito de un doble e inescindible carril, que comprende los postulados del denominado "constitucionalismo social" y los requisitos insoslayables para el aseguramiento de la "racionalización del poder". Si falta lo primero no cabe hablar de "social"; pero si falta lo segundo es impropio pretender una pertenencia al ciclo del constitucionalismo propiamente dicho. La "democracia social" y el "Estado social de Derecho" no se avergüenzan del *garantismo*,

(25) Conf., CARLOS S. FAYT, "Presupuestos para una reforma constitucional", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1958-III, págs. 43 y sigts.

(26) Con., HANS KELSEN, *Esencia y Valor de la Democracia*, Ed. Labor, 1934, pág. 126.

(27) Conf., ALF ROSS, *Fundamentos de la Democracia (Porqué la Democracia?)*, traducción y publicación del Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, año 1966, págs. 39 y 41.

(28) *Idem*, pág. 41.

puesto que aquella democracia y ese Estado son mentados en radical oposición a toda forma de dictadura o autocracia. Más aún: se insiste en la sujeción a la legalidad y en la existencia real de un régimen efectivo de controles jurisdiccionales que permitan defender el valor de la libertad. El "Estado social de Derecho" fue visualizado por HELLER como la única alternativa viable frente al viejo individualismo y a los totalitarismos contemporáneos; y, por ello mismo, su raíz filosófica y toda su concepción política lo alejan por igual de cualquier deformación de la idea democrática y de la aceptación del pluralismo. Su verdadero sustento está en el "solidarismo", frente al individualismo y al colectivismo; y así, parafraseando la leyenda del "perro del hortelano", se puede intentar esta comparación: mientras que los totalitarios sólo comen ellos y no permiten comer a los demás (acá el término "comida" no está únicamente referido al alimento material...), mientras que los conservadores sólo reparten la comida entre pocos y tratan de mantener ese *statu quo*, mientras que los liberales clásicos comen y dejan comer; en cambio, los *solidaristas* comen y ponen el mayor empeño en ayudar a que puedan acceder a esa comida todos los demás necesitados de ella. Es toda una actitud ante los problemas que plantea el eterno juego entre la libertad y la necesidad del hombre.

En tercer lugar, es reconocible en la filiación y en los enunciados de la "democracia social" una múltiple confluencia de vertientes del pensamiento político, que tienen el común denominador de aceptar la doble transformación operada en los últimos cien años en Occidente, tanto a nivel de la sociedad cuanto del Estado: por un lado, la aparición de los "derechos sociales" como una ampliación de los derechos subjetivos "individuales" que había consagrado el constitucionalismo clásico; y, por otro lado, el tránsito del Estado "pasivo" o abstencionista a un Estado "activo" e intervencionista o provisor, que en algunos casos ha recibido el nombre de "Estado de bienestar". De esas corrientes de pensamiento, tres han sobresalido en sus aportaciones, tendientes a perfilar el modelo y a evitar sus extralimitaciones: la social-democracia, la doctrina social de la Iglesia, y algunas formulaciones del neo-liberalismo. Y así como la frontera política estuvo signada por el respeto a los postulados del constitucionalismo, la frontera del modelo en lo económico quedó trazada por el límite mismo del "secreto" para el acierto en la justicia distributiva: no matar la "gallina de los huevos de oro", es decir, la producción, el aumento incesante de la riqueza (29). Antes que colectivizar los bienes (de producción), la inspiración de la "democracia social" apuntó a poner el acento en la asunción de los riesgos primordiales por parte o a cargo de la comunidad, a tenor del feliz slogan de Lord Beveridge, que señalaba la meta de esa cobertura "desde la cuna hasta la tumba". Pero no se trató solamente de una extensión temporal de riesgos vitales, en el transcurso de la vida humana, sino que el plan social fué penetrando en intensidad para abarcar dentro de los riesgos cubiertos las más variadas necesidades del hombre, tanto materiales cuanto espirituales. En el estado actual de la cuestión, el constitucionalismo social se encuentra en la etapa de la profundización de una protección integral de la persona, para liberar al hombre

(29) Conf., GEORGES BURDEAU, *El Estado*, Madrid, 1975, Ed. Seminarios; que en la pág. 161 afirma: "... que el progreso social depende más de la abundancia que de la justicia".

no sólo de la opresión política (que siglos antes había originado el reconocimiento de un derecho de resistencia a la opresión), sino también frente a cualquier forma o manifestación denigrante para el desarrollo de la personalidad: es lo que la Suprema Corte de USA ha denominado como la consagración de una "libertad contra la opresión" (*freedom from oppression*). El trasfondo filosófico de la cuestión conduce a situar esta problemática de la "democracia social" en el plano de los condicionamientos que la NECESIDAD crea a la LIBERTAD. Y un planteo así requiere, lógicamente, que esa sociedad, en la cual el hombre desenvuelve su existencia y procura su desarrollo, no sea concebida como un ente abstracto, sino como una realidad concreta, histórica y variable, en cuya composición encontramos sectores que son "pudientes" por un lado, y sectores "sumergidos" por el otro. La sociedad, pues, no es un todo amorfo o informe: la sociedad contiene realidades y ofrece pluralidades que se particularizan por numerosas notas de diversidad, entre las cuales tiene rango relevante la situación en que se encuentra cada sector para afrontar los riesgos que plantea la "necesidad" y los desafíos que suscita la "desigualdad".

De inmediato surge la pregunta: ¿a qué apunta la concepción democrático-social? Y la consiguiente respuesta: a procurar mayores niveles reales de *igualdad de oportunidades*, como necesaria actualización de la vieja idea de la igualdad "formal", procurando abarcar así al mayor número de componentes de la mayor cantidad de sectores sociales. En la imposibilidad de prometer una igualdad real y total, la democracia acentúa hoy el compromiso social de alcanzar oportunidades generalizadas y amplias que permitan a la mayoría (cualitativa y cuantitativa) superar el riesgo de la permanencia en el plano "sumergido" y puedan así acceder a la posibilidad de un goce real de aquellos derechos que el constitucionalismo clásico reconoció como los más inherentes a la personalidad humana (los derechos individuales o "derechos del hombre"). De nada vale seguir reconociendo y proclamando catálogos de derechos, si la mayoría de sus destinatarios (y potenciales sujetos) se sitúan por debajo de las condiciones mínimas de bienestar que permiten al hombre ejercitar esos aspectos de su libertad (enseñar y aprender, circular por el territorio, usar y disponer de la propiedad, practicar sus creencias religiosas, formar familia, etc.).

Por lo tanto, allí reside la clave de la democracia contemporánea y lo que la puede presentar ante el consenso general con una imagen de superioridad con relación a otros sistemas que intentan desplazarla (los autoritarios y los totalitarios). Con verdad ha advertido HANS Kelsen: si la democracia no asegura la igualdad, lo hará en su lugar la autocracia, que es lo que tenemos que evitar⁽³⁰⁾. El terreno que deje sin ocupar el modelo democrático será fatalmente arrasado por los modelos anti-democráticos. O la democracia ofrece una alternativa sugerente y equitativa, o sus enemigos la desplazarán en la escala axiológica de las preferencias políticas de nuestra sociedad. Este desafío requiere una actitud que no podrá prescindir del valor que la democracia social ofrece y *tiene* como posibilidad creadora para un tiempo de crisis y de cambio. Y por la vía de la alternativa de la "democracia social", la sociedad podrá introyectar sin las resistencias que levantan los modelos de fuerza y

(30) Conf., Kelsen, ob. cit., pág. 127.

coerción, la conciencia positiva en torno a la idoneidad del medio elegido para alcanzar el fin perseguido: hacer efectivo el derecho a la autorrealización de la persona humana (CARL FRIEDRICH), o con las palabras de S. S. Paulo VI, alcanzar el desarrollo de todas las personas y de *toda* la persona.

Si tenemos en cuenta que la formulación del modelo político de la “democracia social” es la resultante de una suma de componentes aportados por varias corrientes del pensamiento político que concurrentemente procuran el objetivo de un *cambio* encausado o concertado sobre la base filosófica del solidarismo, podemos concluir que la combinación ideal — en materia político-constitucional — a los efectos de instrumentar el medio adecuado es la siguiente suma:

a) un régimen de derechos civiles, que aseguren plenas garantías y adecuado control, con el propósito de alcanzar la mayor creatividad a través de la libre acción humana (la libertad creadora);

b) un régimen de derechos políticos, que permita alcanzar un nivel óptimo de legitimidad y participación, para asegurar el objetivo democrático del *self-government*; y

c) un régimen de derechos sociales, orientado hacia amplias metas de seguridad y justicia distributiva, necesarias para efectivizar una mayor igualdad.

En consecuencia, son tres y no dos los grandes caminos que aparecen a la vista de los modelos político-institucionales de nuestro tiempo. Cada uno de ellos conlleva las siguientes implicancias, a saber:

1 <i>Individualismo</i>	2 <i>Colectivismo</i>	3 <i>Solidarismo</i>
“status quo” conservadorismo agonía reaccionarismo igualdad formal	cambio violento revolución violencia totalitarismo igualación opresiva	cambio encausado reforma evolución progresismo igualdad de oportunidades
democracia “gobernada”	dictadura de grupo o de clase	democracia “gobernante”
Estado abstencionista Constitución liberal La sociedad como ente abstracto	Estado absolutista Const. abosolutista El Estado es todo	Estado de bienestar Const. social La Sociedad es una realidad plural y el Estado debe reflejar esa composición
Sólo derechos individuales Democracia política	Sólo deberes Monocracia-autocracia	Derechos sociales Democracia social

Es conocida maniobra de los sectores extremistas y reaccionarios — tanto unos como otros — pretender la paralización de los modelos, evitando cuidadosamente cualquier otra posibilidad. Al error de esa postura, debe somarse la mala fe que la anima, toda vez que por esa vía se pretende restar posibilidades de éxito a las manifestaciones democráticas y abligar compulsivamente al encolumnamiento tras las posiciones autocráticas. Un planteo así debe ser categóricamente rechazado, por falso.

II. Para el constitucionalismo social sigue siendo válido el principio de la limitación del poder y el sometimiento de gobernantes y gobernados al principio de legalidad: también cabe para el *Estado social de Derecho* la aseveración de K. C. WHEARE, en el sentido de que: “La verdadera justificación de las Constituciones, el concepto que preside su origen, es el de *limitar* la acción gubernamental exigiendo que los que gobiernan se amolden a la ley y a las normas” (31). Si el constitucionalismo clásico apuntó a la organización estatal por medio de leyes supremas y estables, cuya obligatoriedad comprendiera tanto a los gobernantes como a los gobernados, con el propósito de reemplazar “el gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes”, dicha meta no está reñida con las pretensiones del constitucionalismo social. Acaso con menos ilusión racionalista, pero con el mismo empeño de libertad humana, el constitucionalismo social aspira a un gobierno de hombres según las leyes (pues todo gobierno es gobierno de hombres), en el marco de condiciones que aseguren al mayor número las posibilidades concretas y efectivas del goce de los derechos proclamados.

Séanos permitido expresar nuestra opinión en este aspecto de la cuestión. Creemos que las cláusulas que incorpora el constitucionalismo social con vista a la “democracia social” no son ni pueden ser equiparadas con la potencia mágica que según la leyenda poseía el Rey Midas, al convertir en oro todo aquello que tocaba. Las cláusulas económicas y sociales no tienen esa virtud ni nadie puede sensatamente atribuirles la fuerza demiúrgica de una creación de riqueza e de un *fiat lux* de abundancia. Estas cláusulas no son el bienestar mismo. Estas cláusulas no crean la riqueza ni sustituyen el esfuerzo de los hombres. Estas cláusulas no pueden repartir lo inexistente. El mérito y la función de estas cláusulas es el mismo que tienen todas las demás cláusulas constitucionales: dar el cauce de ordenamiento jurídico institucional a través del cual fuerzas sociales podrán actuar al servicio de los intereses generales. Fijar “reglas del juego” que permitan el desenvolvimiento de la vida política. Incitar antes que subrogar.

Es precisamente por lo dicho que el camino hacia la democracia social no requiere grandes enmiendas en la *Constitución formal*. Valga como ejemplo el caso de USA a partir de la política del *new deal*, cuya adecuación constitucional fué alcanzada merced al gran mérito de la interpretación dinámica

(31) Conf., K. C. WHEARE, *Las Constituciones Modernas*, Ed. Labor, Barcelona, 1975, pág. 143.

de la Constitución de Filadelfia (1787) por obra de la Suprema Corte de Justicia. Lo mismo puede decirse de la forma en que se produjo y aceptó la congruencia constitucional de los cambios sociales en algunos países europeos regidos por un sistema político de control de constitucionalidad (el caso de Francia).

El abandono del ilusionismo racional-normativista o de cualquier otra exageración equivalente nos conduce a recortar las ambiciones reformistas-formales, por aparecer superfluo todo preciosismo en la materia. Por ello, somos partidarios de las cláusulas programáticas en las Constituciones, pero no predicamos convertir a éstas en un "catálogo de ilusiones" (32). En el caso concreto de la Constitución Argentina, hemos recomendado la inserción de una sola de esas cláusulas, que cumpla el rol de aquellas normas que hemos denominado "directivas" e "interpretativas" (33), dirigidas al gobernante político y a los intérpretes, respectivamente; con el objeto de complementar al artículo 14 *Bis* o "nuevo" (1957) de tal manera que en la futura interpretación de esa norma — eminentemente social — la susodicha cláusula cumpla la función normativa de verdadera guardiana de los valores preeminentes que el constituyente procuró asegurar (34). Pero el conjunto de la Constitución

(32) Tal es el caso de la Constitución de Portugal, de 1976. Frente a ese ilusionismo, que se trasunta en la frondosidad "social" de algunas Constituciones, merece señalarse la actitud asumida por el Vº Congreso Político Jurídico del partido socialdemócrata alemán (SPD), reunido en Sarrebruck en Marzo de 1980, con la asistencia de 400 juristas del principal partido gobernante de la República Federal, para discutir sobre el tema "Del ordenamiento jurídico burgés al social". En opinión de la mayoría "... la tarea de mayor urgencia político-jurídica no consiste en incluir en la Constitución exigencias frente al Estado hasta en sus menores detalles como derechos básicos sociales. Lo verdaderamente necesario es, antes bien, el cumplimiento de los cometidos sociales ya prevista en las Leyes Fundamentales". Asimismo, esos juristas pusieron de resalto que "desean menos el gran paso de la reforma total que los pequeños pasos de la realización concreta"; destacándose en los debates "que no debe exigirse imposibles del derecho" (Conf., Vorwärts, 6-III-80).

(33) Véase: JORGE REINALDO VANOSSI, *Teoría Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1976, págs. 1 a 20.

(34) En la Comisión Asesora para el Estudio de la Reforma Institucional, año 1971, en el dictamen mayoritario, se propició la siguiente redacción: "El desarrollo integral y autónomo del país es cometido de todos sus habitantes y deber indeclinable del Estado. Con tal finalidad, las atribuciones que esta Constitución confiere serán ejercidas teniendo en vista, principalmente: a) la eliminación de los factores opuestos a ese desarrollo; b) el crecimiento industrial y la armónica expansión de los diversos sectores de la actividad económica; c) la participación consultiva de esos sectores y de las organizaciones sindicales en la elaboración del planeamiento; d) la integración territorial; e) el desenvolvimiento equilibrado de todas las provincias y regiones; f) la promoción de una cultura humanista en función de la dignidad del hombre y de la protección de los valores tradicionales de nuestra comunidad. Los medios que se empleen deberán ser compatibles con la plenitud razonable de los derechos humanos, la iniciativa privada, la justicia social y el aseguramiento del poder nacional de decisión en materia política, económica y social".

formal debe pertenecer a la categoría de las "utilitarias" o "pragmáticas", según la conocida clasificación de KARL LOEWENSTEIN (35).

El constitucionalismo social debe desconfiar de los verbalismos. No hay que confundirse con los "catálogos de ilusiones". Siempre hay que tener presente, en esta materia, que se trata más de conferir *acción* que de formular una declaración (o una declamación). Que la Constitución pertenezca al tipo de las utilitarias o pragmáticas, no implica que sea neutra. Al respecto, coincidimos con GERMÁN BIDART CAMPOS: "... ninguna Constitución es neutra: todas tienen un subsuelo ideológico. Por consiguiente, la dicotomía de Constituciones ideológicas y neutrales está referida, no a la existencia o ausencia de una ideología constitucional, sino a la formulación expresa de tal ideología en las normas de las Constituciones ideológicas y a la abstención de similar formulación en las neutrales". Y en opinión del mismo autor: "La Constitución no ha de hacer doctrina, aunque sí ha de contener breve y claramente la que acoge como ideología del régimen" (36).

Desde el punto de vista de la técnica constitucional (técnica de la formulación constitucional, según la terminología de SEGUNDO V. LINARES QUINTANA), es destacable el criterio adoptado por la Constitución de Italia, de 1948, consistente en: a) la concreta explicitación de los derechos sociales; b) la fundamentación del sistema político-social en el "solidarismo"; y c) la inserción del famoso art. 3º, segunda parte, que protocoliza la transformación del Estado y la asunción de sus nuevos roles. Así mismo, en la misma corriente y con el mismo significado, debe ser considerada la Ley Fundamental de Bonn (República Federal de Alemania), de 1949, en cuanto proclama abiertamente su carácter "social" (arts. 20, punto 1º; y 28, punto 1º). Pero en todo momento debemos tener presente que no cualquier inclusión o agregado de cláusulas económicas y sociales implica el establecimiento de una "democracia social" o la inmersión en el constitucionalismo social: siempre es menester cumplir los recaudos y exigencias de la "racionalización del poder", sin la cual las cláusulas ante dichas podrán lucir como "catálogo de ilusiones" o algo equivalente en el mundo de las fantasías constitucionales, pero lo serán en el marco de un régimen autocrático. La democracia constitucional contiene la exigencia insoslayable del perfeccionamiento permanente de la "racionalización del poder".

Algunos críticos de la "democracia social" y los escépticos de la democracia en general, subestiman la defensa de esa "racionalización del poder" que con tanto énfasis sostiene el constitucionalismo social. Más aún, quienes atacan a la

(35) Véase: KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, 1964, págs. 211 a 213. Allí, el autor destaca que "cabe establecer una distinción entre Constituciones *cargadas* ideológicamente o con un *programa* ideológico y, por otra parte, Constituciones ideológicamente neutrales o puramente utilitarias". Y luego señala, que las Constituciones ideológicamente neutrales "se proponen, sin ningún tipo de preferencia ideológica, ofrecer un cuadro funcional dentro del cual las fuerzas sociales y políticas de la comunidad deberán enfrentarse en libre concurrencia, esto, naturalmente, en el supuesto de que utilicen las instituciones existentes y se sometan al mecanismo prescrito para el proceso del poder" (pág. 212).

(36) Conf., BIDART CAMPOS, en *El Derecho*, 22-VIII-1973.

"democracia social" desde posturas presuntamente "revolucionarias", reprochan esas postulaciones principistas acusándolas de ser resabios de una concepción liberal-burguesa del Estado. Y sin detenerse en el terreno de los reproches, llevan adelante la carga de ataques culpando a la "democracia social" de favorecer el *statu quo* en las sociedades industriales contemporáneas por la vía del reconocimiento y la defensa de un amplio "pluralismo" (37). Pero la respuesta a estos puntos no debe ser demorada; la "racionalización del poder", el "pluralismo", el "garantismo", el "control", forman parte de un sistema democrático en forma inexcusable e irrenunciable; a tal punto que todos los ensayos de edificación de nuevos tipos de Estado sobre la base de pautas y criterios opuestos, han conducido inexorablemente a la instauración de regímenes autocráticos y, casi siempre, al desemboque en formas totalitarias de ejercicio de poder. Así como el reemplazo liso y llano de la representación política por la representación funcional (corporativismo) ha sido siempre la vía conducente para la justificación e institucionalización de sistemas personalistas u otros semejantes de alta concentración del poder, exento de todo control; así también, la actitud de renegar el pluralismo, del garantismo y de la distribución del poder como técnica específica para afianzar la libertad, ha llevado fatalmente a la entronización de dictaduras de todo tipo: de persona, de partido, de clase, de religión, de oligarquía, etc.

En consecuencia, son falsamente "progresistas" las tesis que predicán el alcance de objetivos de cambio (social, económico, cultural etc.) a través de formulaciones reñidas con las "reglas del juego" de un sistema democrático. Podrán obtenerse así ciertos resultados — especialmente los de índole material — a relativamente cierto plazo, pero en el ciclo de la evolución política de la comunidad que adopta o padece ese régimen, los resultados serán negativos en cuanto a la plena realización de la dignidad del hombre, del goce de sus más variadas libertades (derechos civiles, derechos políticos, derechos sociales), de la consolidación de la paz social. Las grandes regresiones históricas han sido obra de los regímenes autocráticos, nunca de los sistemas inspirados en la democracia. La pura concentración del poder no ha demostrado en ninguna parte que se encuentre justificada o compensada por su aporte final a la liberación del hombre. Sólo el Estado-medio y una concepción personalista (por oposición a las transpersonalistas) han posibilitado que en la era constitucional se armonicen los fines individuales y los fines sociales, sin desmedro del necesario equilibrio entre la seguridad individual, la seguridad social y la seguridad nacional. Los ensayos fundados en una filosofía opuesta siempre han debido sacrificar algunos de esos valores en juego, ciegamente.

III. La herencia del constitucionalismo *clásico* que ha sido recogida y aceptada por el constitucionalismo *social* puede ser sintetizada de la siguiente manera:

A) Base y punto de partida (el *príus*): la LIBERTAD del hombre.

(37) Es el caso de JORG KAMMLER en el trabajo "El Estado Social", que aparece en la obra colectiva *Introducción a la Ciencia Política*, compilación de Wolfgang Abendroth y Kurt Lenk, Ed. Anagrama, Barcelona, 1971, págs. 91 y sigts.

- B) Marco necesario: la preservación del ámbito de la **SOCIEDAD**, lo que implica una necesidad demarcatoria con la órbita del Estado, aunque la misma pueda variar según las circunstancias históricas.
- C) Postulados generales:
- 1) principio de **LEGALIDAD**;
 - 2) democracia **REPRESENTATIVA**;
 - 3) **SEPARACIÓN** de los poderes.
- D) Técnicas específicas:
- 1) Poder **CONSTITUYENTE** supremo y diferenciado de los poderes constituidos;
 - 2) **RIGIDEZ** constitucional;
 - 3) **SUPREMACÍA** de la Constitución;
 - 4) **CONTROL**:
 - a) de constitucionalidad;
 - b) de legalidad.
- E) Objetivos fundamentales:
- 1) **LIMITACIÓN** del poder (minimalismo en los fines del Estado, concebidos como "finalidades");
 - 2) **DESPERSONALIZACIÓN** del poder estatal, aunque no así del Gobierno (que de todos modos queda sujeto al control y a la periodicidad);
 - 3) **RESPONSABILIDAD** del Estado y de los gobernantes;
 - 4) "**ESTADO DE DERECHO**", mediante el efecto vinculante del Derecho con el Estado y los gobernantes (sometimiento por igual de gobernantes y de gobernados).
- F) Concreciones históricas (iniciadas por los anglo-sajones):
- 1) Self-government;
 - 2) Due process of law (adjetivo y sustantivo);
 - 3) Judicial review;
 - 4) No taxation without representation;
 - 5) Checks and balances
 - 6) Rule of Law;
 - 7) Freedoms and writs.

El constitucionalismo *social* ha ajustado la aplicación de todas estas reglas, prácticas y principios a la experiencia de un nuevo tipo de Estado, cuyos roles y funciones se han visto acrecentados y donde se manifiesta la presencia de los derechos subjetivos "sociales", como luego veremos.

El ciclo del constitucionalismo *social* tiene ya una prolongación suficiente como para detectar la existencia de tres etapas bien definidas, cuyas aportaciones respectivas han enriquecido y enriquecen a la concepción de la "democracia social". Esas etapas pueden ser perfiladas así:

1º) El período que va desde el surgimiento — con las Constituciones de México y de Weimar — hasta el ocaso de la democracia causado por el apogeo de las potencias del Eje. Durante ese tiempo (1917 a 1940) las formulaciones constitucionales consistieron básicamente en la inserción formal de los nuevos derechos (los derechos sociales), más la incorporación de algunas cláusulas económicas que producían el efecto de limitar el ejercicio "absoluto" de ciertos derechos individuales o que reservaban para el Estado el monopolio o la supremacía en la realización de ciertas actividades.

2º) El período posterior a la Segunda Guerra Mundial, a partir de la derrota del Eje y del restablecimiento democrático en Europa Occidental: durante ese tiempo (que se extiende hasta comienzos de la década del setenta) quedan protocolizados todos los nuevos roles del Estado, entendidos como deberes o imperativos de éste hacia la sociedad (Constitución de Italia, art. 3º), al mismo tiempo que corona la nueva concepción al adoptarse sin hesitación el nombre de "Estado *social* de Derecho" (República Federal Alemana). Este segundo período tampoco descuida el perfeccionamiento en los mecanismos necesarios para asegurar la mayor "racionalización del poder"; y, así como en el período inicial la Constitución de Weimar había creado los Consejos Económicos y Sociales, institucionalizado los partidos políticos y las formas de ejercicio semi-directo de la democracia etc., en este segundo período se generalizan nuevas formas de control de constitucionalidad, de control parlamentario sobre la administración, de protección jurisdiccional de los derechos humanos etc. La prevención contra los excesos de un "Estado administrativo" agudiza la imaginación y motiva la decisión para consagrar en manos de las personas y de los grupos un arsenal de herramientas apropiadas para su defensa respectiva frente a los abusos del Estado burocrático. Por un lado crece el aparato estatal, pero por otra parte se trata de munir a los destinatarios de ese accionar estatal con los medios que les permitan cubrirse de los riesgos graves de la discrecionalidad y de la eventual arbitrariedad. Adquiere vigencia un criterio rector: a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un consiguiente o paralelo vigorizamiento de los controles y de la responsabilidad de quienes ejercen ese poder. El restablecimiento del equilibrio no es un pretexto para el *statu quo*, sino que aparece como una necesidad imperiosa para evitar el desborde del despotismo.

3º) El período actual, desde hace poco más de una década, significa sin duda alguna la inmersión en una nueva etapa y en una nueva problemática. Aparecen derechos sociales "nuevos", para proteger a titulares que surgen con

la fuerza o la justificación social suficiente como para obtener la protección jurisdiccional que les permita superar la necesidad para gozar de la libertad (v. gr., dentro de la familia, se consagran los derechos del niño y de los ancianos); también surgen nuevos grupos que adquieren entidad y perfil como para obtener el reconocimiento de su personería en la concreta situación de poder emplazar al Estado para alcanzar la satisfacción de ciertas necesidades (v. gr., los grupos de consumidores); y además se llega al progresivo reconocimiento de nuevos bienes jurídicos tutelados a través de la técnica específica de los derechos sociales (por ejemplo, la protección del medio ambiente) y, a veces, admitiendo la pertenencia de esas situaciones al ampliado campo de la "seguridad social", que pasa así a cubrir otros riesgos (por ejemplo, lo atinente a la educación de las masas). Este nuevo desafío obliga a los juristas en general — y no sólo a los constitucionalistas — al hallazgo de conceptos, fórmulas e instituciones que permitan alcanzar niveles adecuados de efectiva y real protección de las situaciones subjetivas ahora reconocidas y privilegiadas por los ordenamientos constitucionales. Y en muchos casos, si bien ese reconocimiento no ha alcanzado todavía el nivel de las Constituciones formales, ya ha advenido a la plena conciencia de los juristas, que procuran adecuar la legislación a los requerimientos de tales intereses "difusos", aunque organizables, que nacen en nuestra compleja sociedad (88).

(88) Expresión utilizada, entre otros, por MAURO CAPPELLETTI, en el estudio titulado "Acceso a la Justicia, como programa de reformas y como método de pensamiento", presentado al XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Plata, Argentina, 1981. Allí dice el destacado jurista italiano: "A la luz de esta nueva demanda de justicia se debe interpretar la filosofía política del moderno 'Estado Social', o 'promocional', o 'welfare state' y de las economías mixtas que de ella han derivado. Esta filosofía se ha traducido, antes que nada, en un enorme aparato de legislaciones económico-social, correspondiente a las intervenciones del Estado en sectores cada vez más numerosos, en el pasado abundantemente dejados a la iniciativa y a la autonomía de los particulares: trabajo, producción, intercambios, escuela, casa, higiene, consumos, medio ambiente, etc., etc. De esta manera los cometidos del Estado social se han extendido enormemente. Al rol tradicional de mera protección y represión de violaciones de derechos individuales tradicionales — el Estado como mero gendarme o 'night watchman' de la filosofía política del *laissez-faire* — se han agregado las tareas de promoción y de actuación de los nuevos 'derechos sociales', los cuales típicamente implican un compromiso del Estado en el sentido de hacer, operar, intervenir. Empero, esta cada vez más vasta y compleja función promocional del Estado moderno ha comportando, obviamente, formas de gigantismo gubernamental a menudo peligrosas y potencialmente opresivas: gigantismo legislativo antes que nada, como se ha visto, acompañado por otra parte, inevitablemente, también por el gigantismo de aquel aparato administrativo y burocrático, sin el cual la legislación social no podía y no puede ser realizada. El problema del acceso se presenta pues bajo dos aspectos principales: por un lado, como *efectividad* de los derechos sociales, que no tienen que quedar a nivel de declaraciones meramente teóricas sino que deben efectivamente influir en la situación económico-social de los miembros de la sociedad, lo cual exige un vasto aparato gubernamental de realización; pero por otra parte, inclusive como búsqueda de formas y de métodos, a menudo nuevos y alternativos a los tradicionales, por la racionalización y el control de tal aparato y por consiguiente para la protección contra los abusos a que el mismo puede dar lugar, directa o indirectamente". (Conf., *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año XXII, n° 41, 1981, págs. 159 y 160).

¿Y más allá de la presente etapa del constitucionalismo social? La pregunta bien merece un intento de respuesta. Si la temática permanente que debe afrontar la democracia social transita por los carriles de la remoción de los obstáculos que impiden el goce de la libertad humana; y si el desafío perpetuo de la democracia es alcanzar esa remoción por vías que no impliquen el absolutismo del poder ni la negación de la dignidad humana; pues entonces nuestra respuesta debe ser dada en el marco de la determinación acerca de qué otra grave "necesidad" está condicionando a la "libertad" en el mundo de hoy. Creemos en esta materia, que el peligro bélico mundial y el desvío gigantesco de recursos materiales y de energía humana que ese peligro provoca, son de tal magnitud que el constitucionalismo no puede desentenderse del estudio de la cuestión y de la búsqueda de resortes que coadyuven a detener y aliviar una situación tan desesperante para la humanidad sumergida. En consecuencia, el aseguramiento de la PAZ MUNDIAL A TRAVÉS DEL DERECHO debe ser un objetivo constitucionalmente prioritario y así impulsado en los movimientos constitucionales de cada Estado. El control de la seguridad nacional pasa a ser tan importante como los demás ámbitos de lo controlado, si se quiere alcanzar también aquí un mínimo de "racionalización del poder" que sirva para evitar la consumación de un nuevo Leviathan con dimensiones universales. De la subsistencia de modelos constitucionales como los de Suiza en Europa y de Costa Rica en América depende en gran medida el optimismo que se pueda abrigar en una tarea imaginativa de esta naturaleza.

IV. No es fácil aún intentar un juicio abarcador de la totalidad del ciclo del constitucionalismo social. Tratándose de un proceso en pleno desarrollo, cuanto más, cabe una indicación de sus principales falencias y de sus más importantes realizaciones. Entre las primeras no puede omitirse la mención del sobredimensionado espectro que todavía hoy abarca el ámbito de la "necesidad" frente a las posibilidades de la libertad. Este dato negativo incide decisivamente en el altibajo de la meta o dirección hacia la "igualdad de oportunidades", que constituye un *leit motiv* de la "democracia social" como una de sus notas distintivas frente a la concepción clásica y limitada de la simple democracia política. Sin embargo, es un mérito de este modelo político que no haya resignado ninguno de los valores de la democracia renunciándolos como precio del "bienestar": para los demócratas sociales no es aceptable caer en la falsa dicotomía entre la libertad y el bienestar; sino que, por el contrario, un cambio material alcanzado a costa de la libertad merece la descalificación de toda forma de servidumbre. El "modelo de las pirámides", consistente en la pérdida de la libertad *per secula seculorum*, sumado a la postergación del bienestar hasta tanto hayan cambiado las "condiciones" que rigen la vida social, es un modelo que ha demostrado reiteradamente la estafa de su enunciado, consistente en la enajenación de la dignidad del hombre en aras del supuesto "eficientismo" de una dictadura más o menos provisoría o más o menos perdurable, pero siempre titularizada por una minoría de autócratas que se consideran auto-legitimados al margen de todo consenso para la imposición vertical de un modelo y para prescindir de cualquier evaluación periódica del mismo y de sus eventuales realizaciones.

Entre las circunstancias destacables de la etapa "social" del constitucionalismo, no sería justo prescindir de dos aspectos, al menos. Uno de ellos radica en el cambio total de concepción acerca de la tipificación teórica del *salario*, como consecuencia de una nueva idea en torno del trabajo humano. Es cierto que la llamada "cuestión social" no se redujo al problema de la remuneración, por cuanto abarcó todas las condiciones del trabajo y hasta incluyó el cuestionamiento del sistema de producción en sí. Pero también es verdad que marca un hito en la sociedad industrial el momento de la novación en la naturaleza de la relación laboral y de su consiguiente obligación remuneratoria: ese momento acontece cuando se transita de las limitaciones de la "justicia conmutativa" a los horizontes de la "justicia distributiva", o sea, a partir del reemplazo de la dura "ley del mercado" — en que el valor del trabajo estaba signado por el rigor del juego de la oferta y de la demanda — por la noción progresista del salario *justo*, cuya proyección cuantitativa no puede ser más desprendida o desconectada de la dimensión cualitativa que marca el mínimo indispensable para la satisfacción de las necesidades vitales del hombre y de su núcleo familiar. Es la Constitución de Italia la que brinda amplia consagración a esta verdadera "conquista" del derecho constitucional del trabajo humano.

Otro aspecto no preterible es el referido a la presencia protagónica de los "grupos" intermedios en la sociedad. No se trata simplemente del reconocimiento de su existencia y de la aceptación de las modalidades propias de su actuar en la dinámica de la coexistencia social. Se trata de algo más, concierne al *status* derivado de su legitimación activa y pasiva en el ámbito de los derechos subjetivos y de los roles del Estado. Una vez superadas las limitaciones derivadas de la amputación legal del derecho de asociación que había causado la Ley Chapellier y a partir del tiempo histórico en que al amparo de una nueva libertad (Ley VALDECK-ROUSSEAU y otras normas) obtienen pleno reconocimiento, esos nuevos protagonistas de la sociedad industrial que son los sindicatos obreros, en un proceso que marcha paralelo en su desarrollo al de la aceptación y difusión de otros "grupos" intermedios — pero de neta filiación política — que son los "partidos políticos", entonces, por obra del sufragio universal paulatinamente triunfante (en lo político) y del ejercicio del derecho de huelga reticentemente reconocido (en el plano social y económico), se produce una aceleración en el cambio de las condiciones de vida política y social. En efecto, la presión de los sectores "sumergidos" a través de nuevos protagonistas (partidos políticos de masas y sindicatos de reivindicación sectorial) más el uso de nuevas herramientas de lucha general (el sufragio universal y el "derecho" de huelga) conmueven la estructura de los Parlamentos y alcanzan para la "cuestión social" el estamento de los órganos decisorios del Estado. A partir de allí, la consagración de nuevos derechos, llamados "derechos sociales", es un fenómeno causal en el que la faz jurídica del reconocimiento aporta el necesario ajuste en las funciones del Estado para convertir las prestaciones de sus contenidos en objeto de satisfacción susceptible de decisión jurisdiccional.

Pero la trascendencia del surgimiento de los grupos no se detiene allí: *Primero*, porque los grupos se generalizan, difundiéndose toda clase de ellos,

a manera de fiel reflejo de la composición plural que anima el juego de los intereses en la sociedad. Segundo, porque los grupos en su acción e interacción dinámica originan un replanteo en la idea de defensa social frente al "abuso del poder": ya no se trata del abuso del poder "político" como forma única de "resistencia a la opresión", sino que el abuso del poder económico y social de las corporaciones de intereses abre paso a nuevas formas de opresión que exigen un *aggiornamento* de la doctrina de la resistencia a la opresión para hacerla igualmente válida frente a las manifestaciones de opresión que no emanan puramente del ejercicio del poder político del Estado. La protección del individuo frente al accionar de toda persona o "grupo" que atente contra sus derechos crea la necesidad de extender la noción clásica de protección de los derechos frente al Estado, llevándola al ámbito de una protección *erga omnes* (frente a todos), dado que los abusos que lesionan la libertad pueden tener la más variada procedencia.

La presencia protagónica de los "grupos" en el quehacer de la sociedad contemporánea es, acaso, el elemento de incidencia más gravitante en la crisis de certeza o de claridad en la demarcación entre la órbita de esa sociedad y el ámbito del Estado. Este punto es particularmente delicado, toda vez que el "Estado de Derecho" nacido bajo los cánones del constitucionalismo colocaba en un sitio muy relevante la necesidad de certidumbre en cuanto a esa línea demarcatoria, que oficiaba como verdadera limitación a las competencias del Estado en beneficio de la libertad de la sociedad. Y el movimiento constitucionalista no había hecho otra cosa, al respecto, que asumir una necesidad de la sociedad, especialmente de los sectores más gravitantes a partir del desarrollo del capitalismo y de la gestación del industrialismo. Una neta diferenciación entre ambos ámbitos era absolutamente imprescindible para el propio crecimiento de la sociedad, en cuyo ámbito las personas ejercían su libertad creadora y desenvolvían sus actividades sin más límites que los trazados de conformidad con la aplicación del principio de legalidad (*no taxation without representation; nullum crimen nulla pena sine lege* etc). El conocimiento anticipado de la esfera de la permisón y del ámbito de la licitud, como asimismo, el igual conocimiento previo del terreno de la prohibición y del hecho imponible, servían para motorizar el accionar humano a través de "reglas del juego" claras, precisas y conocidas por todos. La generalidad y la abstracción de la ley completaban este cuadro de recaudos institucionales, que se apoyaban en el predominio de un poder político cuyo brazo legislativo estaba separado del ejecutivo, como de ambos lo estaba el judicial. Tales elementos conformaban la noción de *seguridad jurídica* y de certeza del derecho aplicable, entendidas como un conjunto de condiciones que hacían posible a las personas el conocimiento anticipado y reflexivo de las consecuencias directas de sus actos y de sus hechos a la luz de la libertad reconocida.

Sin embargo, al esfumarse en cierta medida las fronteras entre la sociedad y el Estado, como consecuencia lenta pero fatal de un proceso de "estataización de la sociedad" y de "socialización del Estado", se llega a la incertidumbre y a la imprecisión sobre las "reglas del juego". Esta nueva situación no compromete tanto al conocimiento previo de la licitud y de la ilegalidad en el obrar humano, cuanto compromete — en primero lugar y en mayor

medida — al conjunto de las relaciones entre el individuo y el Estado. El Estado titulariza el poder (el poder público o poder estatal), pero los “grupos” interfieren en la toma de las decisiones a través de presiones que a menudo los convierten en verdaderos “contra-poderes” del Estado. Asimismo, la actuación de los grupos se torna polifacética, al punto de que por obra de sus procedimientos llegan — potencialmente — a peligrar los derechos de las personas, de una manera tal que era inconcebible al tiempo en que el constitucionalismo liminar surgió bajo la égide de un generalizado individualismo.

Por otra parte, los aludidos “grupos” pasaron a exteriorizar su gravitación de manera multiforme: unas veces, defendiendo sus intereses a través de la fuerza que confiere el simple ejercicio del derecho de asociación; otras veces, arrancando al Estado ciertos segmentos o parcelas de su potestad normativa, con la finalidad de auto-regular o de concertar con otros grupos la regulación de importantes aspectos de las relaciones sociales (v. gr., los convenios colectivos celebrados entre patronos y obreros); en otros casos, limitando o cercenando el ámbito de la libertad de otros sujetos de derechos, a veces opuestos pero a veces simplemente ajenos a las especulaciones de aquellos grupos (v. gr., los efectos de las prácticas monopólicas u oligopólicas, las cláusulas “cerradas” de empleo etc.); y en numerosos casos, mediante actos que los tornan en grupos “de tensión” por los procedimientos empleados y por los fines perseguidos (v. gr., el *caso Kot* y la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina referente a la repercusión de esos hechos sobre los derechos de las personas individuales, año 1958) (39).

En el replanteo de estas cuestiones, el tema de las relaciones entre la sociedad y el Estado no puede ser desconectado de la evolución de la sociedad contemporánea en las comunidades cuyo grado de desarrollo vale para anticipar al resto de la humanidad cuáles son las tendencias y orientaciones más definidas, en una etapa “industrial” y “post-industrial”. Parece cierto que el proceso es irreversible e indetenible, de tal modo que una bucólica propuesta de regreso a formas anteriores de convivencia social no vá más allá de la disquisición poética o de los entretenimientos de la utopía. Y cada etapa que se consuma incorpora a la dimensión del Estado y a las relaciones con la sociedad nuevos datos e ingredientes que continúan gravitando en las instancias ulteriores, muchas veces a pesar mismo de sus agentes y protagonistas. La

(39) Colección “Fallos”, tomo 241, págs. 291 y sigts. En la citada sentencia, la Corte Suprema hace mención de las nuevas condiciones en que se desenvuelve la vida social en los últimos cincuenta años; y dice: “Además de los individuos humanos y del Estado, hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico. A menudo sus fuerzas se oponen a las del Estado y no es discutible que estos entes colectivos representan, junto con el progreso material de la sociedad, una fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales. “Si en presencia de estas condiciones de la sociedad contemporánea, los jueces tuvieran que declarar que no hay protección constitucional de los derechos humanos frente a tales organizaciones colectivas, nadie puede engañarse de que tal declaración comportaría la de la quiebra de los grandes objetivos de la Constitución y, con ella, la del orden jurídico fundamental del país. Evidentemente, eso no es así. (...)” (conf., págs. 299 y 300).

actitud sería no puede ser, entonces, el desconocimiento o el rechazo de la realidad; sino que debe inspirarse en la búsqueda de las nuevas fórmulas que permitan cuidar los equilibrios necesarios para armonizar la libertad del hombre con los requerimientos de su actividad en el seno de la sociedad y con la funcionalidad y eficacia de las instituciones que ese mismo hombre y que esa misma sociedad van construyendo o re-construyendo. En este punto de la cuestión, el dilema es siempre el mismo: o las instituciones son puestas al servicio del hombre y de la sociedad (concepción del Estado-medio) o el hombre y la sociedad son totalmente subordinados a los fines que autodispone el propio detentador del poder (concepción del Estado-absoluto). La defensa del Estado y la defensa de la sociedad no son incompatibles, si nos colocamos en la primera posición; pero si optamos por el segundo término de la alternativa, pues entonces en ese caso sobreviene fatalmente la esclavitud de la sociedad, aunque se la quiera presentar bajo la profecía de una remota "extinción" del Estado.

En síntesis, puede afirmarse que un par — al menos — de rasgos definidos presiden el indetenible proceso de las relaciones institucionales entre la sociedad y el Estado, a saber: la *complejidad* y la *variabilidad*. Que esas relaciones sean complejas, es causa directa de la dificultad jurídica para articular debidamente todos los mecanismos (órganos y procedimientos) que permiten alcanzar en armonía los fines individuales y sociales, compaginando en ellos las finalidades u objetivos a que debe servir el Estado. Y que esas relaciones resulten variables, no empece al mantenimiento y a la defensa de una precisión y de suficiente certeza en cuanto a los respectivos ámbitos de acción. Por lo tanto, corresponde poner de resalto un par de criterios rectores, válidos para enlazar una continuidad principista desde el "Estado de Derecho" clásico hasta el más reciente "Estado Social de Derecho":

1º) Que el Estado y todo su aparato son un reflejo e epifenómeno de la sociedad. Dotado de nuevos roles y funciones, e impuestas por el constituyente al gobernante nuevas directivas de acción, los órganos estatales están habilitados para provocar o favorecer el cambio en la sociedad, pero por decisión de esa sociedad y sujeto a control de la misma en las formas establecidas. El Estado al servicio de la sociedad equivale a destacar el valor prioritario del "Estado de Derecho", por oposición a una legitimación de los actos en "la razón de Estado" o pura y simplemente por apelación al criterio absolutista según el cual "el fin justifica los medios". Si la sociedad fracasa o se desanima en la empresa de lograr su auto-realización mediante el aparato instrumental de un Estado así concebido, surgirá entonces la subestimación de los valores defendidos a partir de la libertad humana, dando paso a la edificación de formas de dominación y de instrumentos de gobierno que inviertan en ciento ochenta grados la regla arcántica de la organización: que todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido. En el ordenamiento que eventualmente se construyera sobre una base opuesta, tendríamos que prescindir de la libertad como *príus*, entendiéndolo por consiguiente que la acción humana sólo está habilitada de la misma manera que la competencia de un cuerpo del Estado.

2º Que por encima de los cambios, la delimitación de ámbitos entre la sociedad y el Estado sigue siendo un recaudo necesario para el aseguramiento de la libertad. Podrán admitirse ajustes y reajustes en el trazado de la línea demarcatoria, pero una línea así debe existir y debe ser lo más ampliamente conocida, tanto por los gobernantes como por los gobernados. Si esa línea llegara a desaparecer totalmente, o se tornara inaccesible al conocimiento general, sobrevendría fatalmente uno de estos dos desenlaces: o la sociedad anulada por el Estado (totalitarismo) o el Estado desplazado por la sociedad (anarquismo). Por ello, el proceso dinámico que se registra entre ambas entidades, supone el mantenimiento de esferas diferenciadas, definibles y defendibles.

El mayor desafío a la imaginación del hombre político dimana de la adecuada articulación entre los medios y los fines. En lenguaje institucional, esto significa que dado el hecho acreditado por la experiencia histórica según el cual permanentemente se producen cambios en el juego entre la sociedad y el Estado, la consecuencia es que carecen totalmente de asidero las pretensiones de cristalización o petrificación de las fórmulas constitucionales creadas para regir y encausar tales relaciones. Por el contrario, una permanente adecuación se impone como respuesta satisfactoria a la demanda de funcionalidad y de eficacia que en forma inescindible acompaña a los juicios valorativos que la sociedad emite en torno a la aptitud de los medios.

Si bien es cierto que la experiencia histórica no ha confirmado los asertos de una cierta creencia en "el progreso indetenible", en cambio esa misma experiencia — acompañada por la razón — nos demuestra sin excepciones que existe una tendencia *al cambio indetenible*: tendencia que no es gobernada por el hombre protagonista de hoy, como no pudo ser sujeta por el de ayer o el de antes de ayer; pero es una tendencia cuyos horizontes impredecibles no nos excusan del deber de volcar toda la imaginación a la empresa del hallazgo de las formas y de los medios que nos parezcan más razonables (más proporcionados) para que la sociedad pueda transitar ese camino de cambios de la manera menos dolorosa y sacrificada a tenor de los valores que muchos siglos de cultura han privilegiado como los más compatibles con la eminente dignidad del hombre. De no creerlo así, el Derecho y la Política, como las demás ciencias y técnicas que las secundan, quedarían minimizadas al mérito relativo de una simple verificación fáctica. El trascender y superar esa resignada pobreza es tarea que nos está señalando, entre otras cosas, que no es correcta la postura teórica de quienes sostienen el fin de las ideologías o el agotamiento postrero de la teoría del Estado. Mientras el hombre se motive en su acción por la creencia en el sentido de la vida social y en el perfeccionamiento de la convivencia, habrá ideas y habrá Estado; tras lo cual siempre habrá competición entre las ideas e interés por el Estado. Pensamiento político y doctrina del Estado no son, pues, prescindibles recíprocamente: su mutua relación se entronca con la función política del hombre, a partir del dato reflexivo de una conciencia en torno al mejor camino para asegurar la supervivencia del género y la superación de sus condiciones materiales y espirituales de vida.