

ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO. CONSTITUCIONALISMO LIBERAL Y CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

MARTÍN E. PAOLANTONIO

1. INTRODUCCIÓN

Nos hallamos ante la presencia de un fenómeno de fundamental importancia en la historia humana: el proceso del constitucionalismo; que nos muestra la lucha del hombre por su libertad desde la más remota antigüedad hasta nuestros días.

La historia del hombre es la hazaña de la libertad, como dijo Croce y la libertad no se adquiere sino a precio de sangre —escribía Echeverría en el Dogma de Mayo—. Veamos pues las diferentes etapas de este proceso, siguiendo con algunas variantes el desarrollo que propone Linares Quintana.

2. ETAPAS

a) Antigüedad

Predomina la idea del Estado fin sobre el individuo medio. O bien no existía libertad política alguna (como en las monarquías teocráticas absolutas de Oriente —Persia, Egipto—) o si bien había libertad política, el individuo se hallaba en una virtual esclavitud civil.

Esto último se ve claramente en Grecia donde los intereses de los individuos se subsumen o equiparan con los del Estado. Aristóteles es muy claro cuando sostiene que la felicidad del individuo es la misma que la del Estado (*Política*, libro 4, capítulo 2).

En síntesis los principales pensadores griegos si bien no ignoraron la condición del hombre como ser libre, circunscribieron esa libertad a lo político; olvidando que ésta es sólo un medio para la libertad civil, que en sentido amplio comprende la posibilidad de realizar todo acto que no dañe a terceros (art. 19, Const. Nacional).

El pensamiento romano, a diferencia del griego, considera al Estado y al individuo como entidades separadas y distintas; y la existencia del Estado encuentra su justificación en la protección de los derechos individuales. Decía Cicerón en *La República* que "la República es cosa del pueblo, no es toda reunión de hombres congregados de cualquier manera, sino la sociedad formada bajo la garantía de las leyes con objeto de utilidad común" (sic).

El cristianismo completa las ideas de los estoicos y separa netamente (al menos en el plano teórico) la esfera temporal de la espiritual mediante la conocida frase evangélica "Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios". Pero quizá preocupado en demasía por la vida supratemporal no se ocupa con tanto énfasis de la libertad terrenal como lo demuestran la "justificación" de San Pablo de la esclavitud "quien es llamado por Dios, aunque sea siervo es en Dios libre" u "obedece a tu amo como al Señor" (epístola a los corintios) y una carta de una santa de la Iglesia Católica (santa Hildegarda) que expresa lo siguiente: "Dios ordena a todos los hombres de manera que el estamento inferior no debe elevarse por encima del superior como hicieron antaño Satán y el primer hombre, que intentaron elevarse por encima a sus respectivos estados".

Pasarían muchos siglos aún hasta que la concepción del hombre como un fin en sí mismo fuera una verdad palpable.

b) Edad Media

Este período histórico (siglos V al XIV) se caracterizó por la atomización del poder político y una división social estamental, pero sobre todo por la falta de libertad individual. Detengámonos en este punto y veamos el lúcido análisis que realiza Erich Fromm en *El miedo a la libertad* (Bs. As., Paidós, 1984): "Lo que caracteriza a la sociedad medieval, en contraste con la moderna es la falta de libertad individual. Todos, durante el período más primitivo, se hallaban encadenados a una determinada función dentro del orden social. Un hombre tenía muy pocas posibilidades de pasar de una

clase a otra, y no menores dificultades tenía para hacerlo desde el punto de vista geográfico, de una ciudad a otra o de un país a otro. Con pocas excepciones, se veía obligado a permanecer en el lugar de su nacimiento. Frecuentemente no poseía ni la libertad de vestirse como quería ni de comer lo que le gustaba. El artesano debía vender a un cierto precio y el campesino hacer lo propio en un determinado lugar, el mercado de la ciudad. Al miembro de un gremio le estaba prohibido revelar todo secreto técnico de producción a cualquiera que no fuera miembro del mismo, y estaba obligado a dejar que sus compañeros de gremio participaran de toda compra ventajosa de materia prima. La vida personal, económica y social se hallaba dominada por reglas y obligaciones a las que prácticamente no escapaba esfera alguna de actividad”.

No se había desarrollado todavía la conciencia del propio yo individual, del yo ajeno y del mundo como entidades separadas. La falta de autoconciencia del individuo en la sociedad medieval es claramente expresada en el siguiente párrafo de J. Burckhardt: “Durante la Edad Media ambos lados de la conciencia humana —la que mira hacia dentro y la que se dirige afuera— yacen en el sueño o semidespiertas bajo un velo común. Un velo tejido de fe, ilusión e infantil inclinación, a través del cual el mundo y la historia eran vistos bajo extraños matices. El hombre era consciente de sí mismo sólo como miembro de una raza, pueblo, partido, familia o corporación; tan sólo a través de una categoría general”. Es sin embargo en esta etapa donde surgen los primeros antecedentes de la moderna concepción del constitucionalismo a través de las cartas y fueros medievales.

Antes de analizar los principales es menester diferenciarlos de las declaraciones de derechos. Las cartas y fueros se basaban en la idea de un poder absoluto del monarca, el que graciosamente o por acuerdo con los señores, concedía a los súbditos ciertas franquicias o derechos, siendo además sus destinatarios limitados: sólo los hombres libres.

Las declaraciones de derechos, en cambio, presuponen un poder limitado del monarca, y sus destinatarios eran todos los hombres y mujeres, es decir eran universales. Eran sancionados por los representantes del pueblo, titular de la soberanía y el poder constituyente, por lo que resultan inconfundibles con las estipulaciones de libertades y franquicias, que constituyeron el movimiento cartista cuyos exponentes típicos analizaremos a continuación.

La Carta Magna dada en Inglaterra por el rey Juan sin Tierra el 15 de junio de 1215 establece la prohibición—salvo casos excepcionales— de establecer tributos sin el consentimiento del Consejo del reino. Otra de sus disposiciones fundamentales es el art. 48: "nadie podrá ser aprisionado, arrestado, ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus pares según la ley del país" que constituye un antecedente del *habeas corpus* y del *due process of law* (debido proceso legal: art. 18, Const. Nacional).

También en España encontramos documentos—llamados fueros— que operan como limitaciones a la entonces todopoderosa voluntad del monarca.

Probablemente el más importante fue el fuero de Aragón (1283). Este estatuto—al igual que las Constituciones modernas— era la ley suprema a la que el mismo monarca debía obediencia, existiendo, si bien en forma rudimentaria, un contralor de constitucionalidad a cargo de un funcionario llamado el "Justicia Mayor". También funcionó en dicha época el "juicio de manifestación", que para Linares Quintana constituyó una garantía de la libertad física o corporal de las personas que nada tiene que envidiar a las más perfeccionadas garantías actuales.

c) Los albores del constitucionalismo: el Renacimiento y la Reforma

El Renacimiento trae un cambio fundamental en la cosmovisión imperante que de un teocentrismo pasa a un antropocentrismo. Termina de este modo la infancia de la humanidad, el hombre empieza a tomar conciencia de sí, y la preocupación por la salvación es reemplazada por la mundanidad. El hombre se niega a aceptar todo por la fe: nace la ciencia y con ella un nuevo hombre: el individuo.

La Reforma fue un vehemente ataque contra la jerarquía eclesiástica—estructura dominante de la época—; se niega el principio de autoridad y se exige una amplia libertad de conciencia. El individuo es conceptualizado un valor esencial, siendo esto último la base o fundamento filosófico del autogobierno.

Pero no debemos creer que el movimiento reformista fue uniforme en cuanto a la creencia del valor de la libertad humana; podemos distinguir:

1) El luteranismo

Esencialmente individualista, para el que no hay fuerza alguna que pueda ejercer coacción sobre la mente humana: "Ni el obispo ni el papa, ni ningún otro hombre tienen el derecho de imponer ni una sola sílaba de ley a un cristiano sin su consentimiento; y quien lo hiciere lo hará siguiendo el espíritu de la tiranía" (Lutero, M., *La libertad del hombre cristiano*).

2) El calvinismo

Sistema de pensamiento que mediante la creencia en la predestinación se convirtió en una encendida defensa del *statu quo*. Calvino poco valor reconocía a la libertad de conciencia, constituyendo el sistema político propugnado un autoritarismo de base teocrática.

Un paso más adelante en este camino hacia la libertad lo constituyen los documentos ingleses, que brevemente veremos a continuación.

d) El "Agreement of the People"
y el "Instrument of Government"

En 1647 en momento clave de la revolución puritana, el consejo de guerra de Cromwell elabora el *Agreement of the People* (Pacto o Acuerdo del Pueblo) sin que se lo llegara a sancionar.

Lo más importante de este documento es la idea de limitar el poder del Parlamento, colocándolo como ley suprema fuera del alcance de sus poderes, declarando en forma expresa los derechos que ninguna autoridad podía allanar sin delito.

Si bien —como dijimos antes— el pacto no tuvo sanción, sus principios influyeron notablemente en el *Instrument*, que sí la obtuvo y se promulgó el 16 de diciembre de 1653. Este documento como ley suprema escrita constituye la única Constitución de ese carácter que conoció en su historia el reino inglés.

Jellinek hace notar esta paradójica situación cuando en su *Teoría del Estado* dice que "la idea de una Constitución escrita ha nacido en el Estado que precisamente hasta hoy no ha tenido ninguna".

El último paso que daremos antes de entrar de lleno en el constitucionalismo propiamente dicho es el análisis de un

importantísimo hito: la Revolución Francesa y la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano.

e) *La Revolución Francesa y la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*

No nos vamos a ocupar aquí del aspecto histórico de la revolución ni de las posibles críticas a uno de sus principales ideólogos –Rousseau– por su idea de la voluntad general como entidad supraindividual y la inevitable consecuencia de un “totalitarismo democrático”.

La más importante idea que propagó la Revolución fue la necesidad de una Constitución escrita, por creerse que un pueblo libre para ser tal debía tener una ley fundamental que fuera expresión de la voluntad de la Nación.

Esta idea se completa con la existencia de derechos individuales que ninguna autoridad –so pena de despotismo– podía desconocer: idea que se plasma magníficamente en la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano (agosto de 1789) que se inicia proclamando: “los representantes del pueblo francés, constituidos en asamblea nacional, considerando que la ignorancia, el desprecio o el olvido de los derechos del hombre son las únicas causas de las desdichas públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente a todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y deberes; a fin de que los actos del Poder Legislativo y los del Poder Ejecutivo, pudiendo a cada instante ser comparados con el fin de toda institución política, sean más respetados; a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas en adelante sobre principios simples e incontestables, se inclinen siempre a la conservación de la Constitución y a la felicidad de todos”.

Son sus disposiciones más importantes:

- 1) El objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos del hombre.
- 2) La libertad consiste en hacer todo lo que no perjudique a otro.
- 3) Los límites a la libertad sólo pueden provenir de la ley.
- 4) Debido proceso legal.
- 5) Libertad de expresión y de conciencia.

6) Repartición proporcional de las cargas públicas.

7) La propiedad es un derecho inviolable y sagrado. Expropiación sólo por causa de utilidad pública previa justa indemnización.

La importancia de estos principios es fundamental en dos aspectos: son la base ideológica del constitucionalismo liberal y como tales lo serán de la Constitución Nacional. A la primera cuestión le dedicaremos el siguiente apartado.

3. CONSTITUCIONALISMO LIBERAL. BASES IDEOLÓGICAS

El Estado constitucional —producto del constitucionalismo— se caracteriza por la limitación del poder estatal en pro de las libertades individuales. Esa limitación está dada, por un lado por el reconocimiento de ciertos derechos básicos en la parte llamada “dogmática” de la Constitución y por el otro por la división de poderes, la existencia de controles recíprocos, la periodicidad de los encargados del gobierno, etcétera. Por eso es correcta la aseveración de Friedrich cuando dice que la función del derecho constitucional más que organizar el poder es limitarlo o restringirlo.

El constitucionalismo primitivo —no en sentido peyorativo sino cronológico— asume la forma del constitucionalismo liberal, cuyas bases filosóficas y necesaria proyección en el campo de la política y la economía desmenuzaremos a continuación.

a) Bases filosóficas: libertad e igualdad

1) Libertad

Decir para el liberalismo que los hombres son libres implica que cada uno de ellos puede pensar, expresarse y obrar como él quiera y la libertad de otros es el único límite de la libertad de cada uno (Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1981).

En palabras de John Stuart Mill: “El único objeto que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de sus semejantes, es la propia defensa; la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros, pero el bien de ese individuo, sea físico, sea moral no es razón suficiente. Ningún hombre puede en buena

lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo. Estas son buenas razones para discutir con él, para convencerle o para suplicarle, pero no para obligarle o causarle daño si obra de modo diferente a nuestros deseos.

Para que esta coacción fuese justificable, sería necesario que la conducta de este hombre tuviera por objeto el perjuicio de otro. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y espíritu, el individuo es soberano" (Mill, John S., *Sobre la libertad*, Madrid, Orbis, 1984).

La libertad así concebida veda imponer a los individuos sacrificios o privaciones, contra su voluntad, que no redunden en su propio beneficio (Nino llama a este principio "principio de inviolabilidad de la persona", pero su postura acerca de la posibilidad de violación de los derechos individuales por omisión, hace que a su "liberalismo igualitario" lo analicemos luego junto al constitucionalismo social).

Tampoco puede el Estado imponer o interferir en los planes de vida que los individuos libremente elijan, so pretexto de que ellos son inconvenientes, inmorales, etcétera. Este es el llamado "principio de autonomía".

2) Igualdad

Decir para el liberalismo que los hombres nacen iguales significa que nadie puede beneficiarse por herencia de derechos o de privilegios que lo coloquen por encima de otros (herencia debe entenderse como prerrogativa de sangre, no como sucesión por causa de muerte).

Pero el concepto de igualdad no implica –todavía más, lo excluye– que todos los hombres tengan en la realidad el mismo status o bienestar económico. Al ser la libertad el valor supremo, la igualdad se limita a una igualdad de posibilidades, de tratamiento frente a la ley. Veremos más adelante cómo juega la igualdad ante el problema de la miseria.

b) Proyección de las bases

Conjugando los principios de libertad e igualdad llegaremos a la conclusión de que el liberalismo exige un gobierno representativo. ¿Por qué? Una respuesta simple, sin abordar en profundas cuestiones filosóficas acerca de la justificación o superioridad moral de la democracia, sería la siguiente:

te: al ser los hombres libres e iguales, ninguna autoridad puede imponerles por su obediencia. El poder no puede basarse más que en el acuerdo o consenso de los miembros de la sociedad. Nadie puede ejercer el gobierno de una comunidad sino por el consentimiento de los ciudadanos, que le delegan el derecho de mandarlos; de ahí se derivan como consecuencias necesarias el sistema representativo y las elecciones.

Exige también —ya entrando en el terreno de la política económica— la plena vigencia del principio que enunció Adam Smith que limita la acción del Estado a las actividades que los individuos u otras asociaciones menores no puedan realizar (principio de subsidiaridad).

Lo hasta aquí expuesto no nos debe llevar al grosero error de identificar a la ideología liberal con el lema *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même* (dejar hacer, dejar pasar, el mundo va sólo por su rumbo).

Si cometemos tamaño equívoco, reduciremos una teoría filosófica, una forma de vida, a una simple teoría económica y caeremos en un "liberalismo" que no es tal, una postura egoísta que ignora la miseria ajena y se ufana soberbiamente de las desigualdades económicas.

Pero el lector podrá preguntarse, si el liberalismo exige de algún modo una manipulación de la economía ¿cuál es la diferencia con un sistema social estatista que respete los derechos individuales? Evita intencionalmente entrar en la polémica de si es posible separar la libertad económica de la libertad en general, en parte porque ello implicaría debatir intrincadas teorías filosóficas —como la de Hayek, según la cual en el estatismo se encuentra el germen del totalitarismo— en parte porque el tema será tocado al desarrollar el constitucionalismo social.

La respuesta a este interrogante nos lleva a postular una "solución liberal" para los problemas económicos, muy diferente de la que puede proponer un social-estatista.

c) La solución liberal

Antes de entrar de lleno en el problema económico, expondremos la justificación científica del liberalismo económico: la tesis de Hayek, premio Nobel de economía en 1974.

Socialismo y liberalismo no son elecciones equivalentes. No responden a preferencias personales o inclinacio-

nes morales; no se trata de una alternativa política sino de un debate objetivo de carácter científico: tal es el sentido y el mensaje de Hayek, según nos dice Sorman (Sorman, Guy, *La solución liberal*, Bs. As., Atlántida, 1985).

Para Hayek, nuestra sociedad depende de dos interpretaciones posibles y sólo de dos: el orden madurado o espontáneo que él llama *Kosmos*, o el orden impuesto o decretado al que llama *Taxis*. Del primero deriva el liberalismo, del segundo el socialismo. Partiendo de esta posición, Hayek se aboca a demostrar que sólo el liberalismo tiene fundamentos racionales, verificados tanto por la historia como por la lógica.

La sociedad industrial en que vivimos sería el producto espontáneo de iniciativas individuales acumuladas. Creamos estructuras, instituciones que demostraron ser esenciales para nuestra supervivencia y prosperidad sin planificarlas. Hayek da como ejemplo la familia y la propiedad privada. La sociedad obedece a un proceso casi biológico para retener sólo las instituciones mejor adaptadas a nuestro bien común.

Del mismo modo, en el orden económico, la libre empresa, el libre cambio que son la base del crecimiento, no fueron decretados sino experimentados. "Caímos -dice Hayek- en la economía liberal y permanecemos en ella porque constatamos que ése era el medio para escapar a la escasez. Ninguna persona ni gobierno alguno decidió nunca imponer un sistema al que hubiera llamado arbitrariamente economía liberal".

El crecimiento es un accidente no programado, resultado arriesgado y experimental de las iniciativas individuales y de la libertad política. Con el correr de los siglos el crecimiento no ha dejado de desarrollarse, tornándose cada vez más complejo; ahora resulta de la distribución de millones de actos aislados que se organizan espontáneamente.

Pero llegado a este punto del razonamiento, Hayek rompe con los liberales clásicos y entra en la modernidad. Estos estimaban que las leyes nos resultaban desconocidas porque eran de orden divino: "decretos de la Providencia" los llamaba Tocqueville; Hayek es ateo y considera que las leyes del mercado escapan a nosotros sólo porque son demasiado complejas para ser dominadas científicamente. Así el mercado administra una cantidad infinita de informaciones económicas que operan constantemente ajustes instantáneos, operaciones que sería rigurosamente imposible determinar de manera centralizada. La superioridad de la espontanei-

dad del mercado aparece así como una especie de verdad o evidencia experimental.

A la inversa, el orden decretado supone que es imposible dominar las leyes del progreso y construir una sociedad planificada. Para Hayek esto es una ambición demente. La idea de que la burocracia estatal tenga la capacidad técnica de recoger suficientes informaciones, centralizarlas y orientarlas, es insensata; nadie es lo suficientemente inteligente para reinventar el mundo. Constituye entonces el socialismo un exceso de soberbia; una vanidad intelectual que no acepta que existan leyes que el hombre no pueda conocer.

Pasemos ahora a la propuesta del liberalismo contemporáneo para solucionar los problemas económicos.

Mientras un sistema social-estatista manipula a toda la sociedad para responder a las necesidades de algunos, la actitud liberal consiste en dejar funcionar naturalmente a la sociedad y aportar una ayuda directa —p.ej., por medio de subsidios y otros medios de ayuda social— a quienes lo necesitan realmente. La pobreza y la desocupación deben dejar de ser consideradas enfermedades vergonzantes; el deber de solidaridad exige una respuesta para estos problemas.

El verdadero liberal debe reconocer que el crecimiento, por su propia naturaleza, crea tensiones económicas y sociales, suscita desigualdades.

Por lo tanto es lógico y constituye una obligación para un liberal coherente tomar en cuenta esas desigualdades y, sobre todo, no tratar de negarlas o disfrazarlas.

El liberalismo que ignorara —e incluso se vanagloriara— de las desigualdades económicas, amén de ser contrario a la doctrina ética que le sirve de sustento estaría cebando una bomba de tiempo. Esto quiere decir que un sistema que se llame liberal pero no acepte lo antedicho siembra el germen de su propia destrucción. Una explicación simple para esta afirmación la podemos dar recurriendo a las enseñanzas que nos deja la historia. Una revolución —es decir un cambio de sistema— tiene como motor —además del siempre fundamental aporte de los ideólogos— las profundas diferencias socio-económicas y el descontento que ello provoca. Algunos ejemplos que creo bastan para probar la veracidad de la idea aquí expuesta los encontramos en la ya lejana Revolución Francesa, pasando por las más cercanas experiencias de la Rusia zarista, de Cuba y Nicaragua.

En cuanto a la función del Estado, la solución liberal no consiste en declamar: ¡Abajo el Estado, la política, los fun-

cionarios y los impuestos! Muy por el contrario, una sociedad liberal no podría funcionar si en ella no se reconoce claramente el lugar que corresponde al Estado. El liberalismo es el régimen del Estado de derecho, separado de la sociedad civil por una frontera clara y estable de naturaleza constitucional. Es función de ese Estado garantizar los derechos individuales, el orden y la seguridad, en tanto corresponde a la sociedad civil tomar la iniciativa del cambio.

Nos dice Sorman —a quien seguimos en este tema— que esta noción de seguridad resulta esencial para el orden liberal, bien lejos de la caricatura que tiende a asimilar el liberalismo con la ley de la selva. Pero no se trata de seguridad social sino también de seguridad económica; la ausencia de cualquier tipo de protección social en las naciones en vías de desarrollo entorpece su crecimiento. Efectivamente, en una situación de pobreza, un individuo se sentirá inclinado a no correr riesgo alguno para no perder el mínimo vital que le garantiza la supervivencia. Este equilibrio de la escasez es un obstáculo fundamental para el progreso económico, que supone la aceptación del cambio.

Así que el orden liberal supone que el Estado ha de garantizar un mínimo social, sin cuya presencia el progreso económico que arranca a los hombres de sus hábitos será más temido que buscado. De modo que el liberalismo no es la ley de la selva, ni la inseguridad económica y social sino, por el contrario, un intento de reconciliación entre la eficiencia económica y la justicia social que, de manera absurda, el social-estatismo ha tratado de disociar.

El Estado liberal no es un Estado de *laissez faire*; consentir esto sería aceptar el dominio de los más fuertes, preparar el camino al socialismo, que fue lo que hicieron los economistas liberales del siglo pasado.

Nada hay más inestable que una economía de mercado. Por lo tanto ser liberal no significa pretender que el mercado, como si fuera un mecanismo mágico, resuelva todos los problemas. Sin un Estado fuerte y respetado el mercado sucumbe a los monopolios y, si el Estado interviene demasiado, no quedan vestigios de mercado.

La economía de mercado no es una cuestión teológica o dogmática, sino de circunstancias, de examen crítico. Determinar —teniendo siempre en cuenta la superioridad del orden espontáneo— si corresponde al Estado intervenir, constituye por excelencia el objeto del debate político.

El modelo de constitucionalismo liberal —representado, p.ej., por la Constitución de Estados Unidos de 1787 y la de Argentina de 1853— tuvo su apogeo durante el siglo XIX, imperando en forma absoluta.

Pero el desarrollo del capitalismo y sus consecuencias sociales y económicas sumado a la doctrina que propiciaban Carlos Marx y sus seguidores, habrían de traer nuevos vientos a las ideas constitucionales: el constitucionalismo social, que analizaremos en el siguiente punto.

4. CONSTITUCIONALISMO SOCIAL. IDEOLOGÍA Y PRÁCTICA

Casi con la finalización de la primera guerra mundial surge un importante fenómeno en la historia constitucional: el constitucionalismo social, al que podemos caracterizar primariamente como un vasto movimiento que trata de conciliar al interés individual con el interés de la colectividad, estableciendo normativamente que los derechos individuales deben estar limitados en su práctica o ejercicio por el interés común.

Aparecen por vez primera en las Constituciones, los llamados derechos sociales. Pero esto, como intentaré demostrar, no significa en modo alguno que la teoría constitucional del siglo XIX —el constitucionalismo liberal— negare o desprotegiera los derechos de algunos en favor de otros. Lo que sí efectivamente ocurrió fue que personeros de las clases dominantes aprovecharon ilegítimamente la ideología liberal para conservar y aumentar sus privilegios, traicionando los principios éticos que gobiernan la doctrina y sobre todo en nuestro país, generando una enorme desconfianza de la gente a todo lo que tenga el rótulo liberal.

En palabras simples, cuando llegó el momento decisivo, se privilegió un liberalismo sólo económico, dejando de lado las posibles consecuencias nefastas de esta elección para la propia existencia del sistema.

Dijimos en el apartado anterior que el constitucionalismo social abrevaba intelectualmente en el socialismo, pero no debemos caer en el grosero error de incluir dentro del constitucionalismo social a aquellas Constituciones de raigambre marxista y que en la práctica se han mostrado como formidables instrumentos de negación de las libertades individuales, instaurando la dictadura del proletariado y la abolición de la propiedad privada, en un sistema que com-

porta la supresión de las libertades individuales, llegando a invertir el llamado principio de clausura "todo lo que no está prohibido está permitido" (art. 19, Const. Nacional) por su opuesto, es decir "todo lo que no está permitido está prohibido". Estas Constituciones —p.ej. las soviéticas de 1918, 1924, 1936, 1977— encuadran dentro de la clasificación ontológica que formula el profesor K. Loewenstein en las Constituciones semióticas, que son aquellas "Constituciones difraz" que establecen un mero sistema normativo que sirve para justificar la detentación del poder por sus actuales poseedores, sin respetar los derechos individuales.

En cambio el constitucionalismo social es un movimiento o tendencia esencialmente democrática, con amplio reconocimiento de los derechos y garantías individuales, aunque en su ejercicio se impongan a sus titulares limitaciones fundadas en el interés común, sin alterar esencialmente su contenido.

Son algunos ejemplos de esta tendencia las siguientes Leyes Supremas: México, 1917; Alemania, 1919; Austria, 1920; Yugoslavia, 1921; España, 1931, y luego de la segunda guerra mundial, con el auge de la social democracia, podemos agregar la de Francia de 1958 y, recientemente la de España de 1978.

Transcribiremos a continuación las cláusulas más sobresalientes de algunas de estas Constituciones, para poder apreciar cómo se proyectan sus principios en la letra de la ley y luego analizaremos un tema de fundamental importancia: la posibilidad de violar los derechos de nuestros semejantes por omisión y otro concatenado a éste: la necesaria actuación del Estado para evitar y subsanar esta violación.

a) Principales cláusulas del constitucionalismo social

1) "La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público" (art. 27, cláusula 3ª). Se busca con esta cláusula eliminar los latifundios y aumentar la productividad.

2) Derecho de huelga y lock out reconocidos expresamente (art. 127).

La Constitución mexicana de 1917, primera del género social consagra los principios fundamentales del derecho laboral constitucional, reconociendo también el derecho de los trabajadores a participar en las ganancias de la empresa.

3) "La vida económica debe ser organizada conforme a los principios de la justicia y tendiendo a asegurar a todos una existencia digna del hombre" (art. 151). Dentro de estos límites la Constitución alemana de Weimar de 1919 garantiza la libertad económica.

4) "La propiedad obliga y el uso debe ser igualmente en el interés general" (art. 154).

5) Se garantiza a todo alemán el derecho a trabajar, distinto del derecho de trabajar, o sea el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo productivo, y en caso que éste no pudiera serle procurado, debían asegurársele los medios de existencia necesarios (art. 163).

Podemos observar a través de estas disposiciones que el constitucionalismo social exige una participación activa del Estado en la vida económica de la comunidad. Es que para esta postura es posible —a diferencia del constitucionalismo liberal clásico— la violación de los derechos del hombre por la mera omisión.

Antes de analizar esta posibilidad, cerraremos el párrafo con una frase de Benn y Peters (Benn, S. I. - Peters, R. S., *Los principios sociales y el Estado democrático*, Bs. As., Eudeba, 1984) que creemos sintetiza en buena medida la concepción social que estamos analizando: "Las personas que consideran conveniente la reglamentación estatal que se ha producido en años recientes, a menudo tratan de reconciliarla con la libertad redefiniendo a esa palabra en términos de oportunidad. La falta de restricciones es una definición muy limitada; la libertad tiene tanto un aspecto positivo como uno negativo. Si la educación es cara y los padres son pobres parece una burla de la libertad afirmar que todos son libres de educar como quieren a sus hijos, simplemente porque no hay ley o costumbre que lo prohíba. La libertad de elección puede ser formalmente ilimitada; no habrá libertad, empero, hasta que no sea efectivamente ilimitada. Suprimir obstáculos para que la gente haga lo que desea hacer es, así, una extensión de la libertad. Dar a un inválido una pierna artificial; al ignorante, educación; al desocupado, trabajo, son todas extensiones positivas de la libertad. Las exigencias jurídicas son, entonces, un pequeño precio que ha de pagarse por libertades positivas de esta índole; puesto que sólo renunciamos a poca cosa para recibir mucho más. Y la bondad de la libertad permanece intacta.

Nuestra necesidad de ser libres no puede ser satisfecha como cuestión de hecho a menos que las necesidades de co-

mida, ropa y abrigo hayan sido satisfechas. Porque los hombres muertos no pueden ser libres”.

b) El Estado y la violación de derechos por omisión

Existen tres posiciones claramente diferenciadas acerca de la posibilidad de violación de derechos por omisión, tema central para la aceptabilidad o no de un constitucionalismo del tipo que acabamos de caracterizar, ya que si los derechos sólo pudieran violarse por acción, el Estado no podría justificar su intromisión en el orden natural; todavía más, su propia actuación estaría invalidada por violar derechos de algunos en favor de otros.

Vamos a seguir en este tema el desarrollo que realiza Carlos S. Nino (*Ética y derechos humanos*, Bs. As., Paidós, 1985) adaptando sus conclusiones a nuestro tema en particular.

La primera postura (extrema) estaría dada por Nozick, para quien los derechos básicos son correlatos de obligaciones pasivas, de modo que su violación es sólo posible por una conducta activa. Los derechos individuales son concebidos como restricciones laterales a la persecución de objetivos colectivos y no parte de dichos objetivos. Nozick emplea la metáfora de que nuestros derechos forman alrededor nuestro una especie de circunferencia que delimita nuestro espacio moral y ese espacio es invadido por violaciones activas.

Es notable que aún en la alternativa abstencionista más extrema, haya un elemento de activismo por parte del Estado, que consiste en dictar y hacer cumplir normas para que otros se abstengan de actuar.

Y sobre este último punto descargan sus críticas las demás posturas: ¿por qué deberían limitarse los derechos a lo que Bentham llamó los servicios negativos de otros, o sea a la abstención de cosas tales como el homicidio, robo, lesiones o al incumplimiento contractual? ¿Por qué no habría de incluirse un derecho básico al servicio positivo de aliviar las grandes necesidades o sufrimientos o la provisión de educación cuando el costo de estos servicios es pequeño comparado con la necesidad a ser satisfecha y con los recursos financieros de aquellos a quienes se cobra impuesto con ese fin?

No brinda Nozick una respuesta satisfactoria a este requerimiento, lo que lo hace objeto de severas críticas, ya que como dice Farrell, la teoría de Nozick se convierte en una formidable defensa del *status quo*.

Al liberalismo pasivo o conservador (según la clasificación de Nino) se contraponen además del liberalismo igualitario que defiende este autor y también Rawls, una concepción utilitarista, que constituye el otro extremo del problema representado por Singer y Glover que equiparan los actos y omisiones con el mismo valor en cuanto a la violación de derechos.

Estos autores tratan de destruir lo que para ellos es un equívoco o prejuicio fundamental: una omisión es menos mala —aunque tenga las mismas consecuencias— que una acción. Pero si bien logran demostrar la falsedad de este principio, lo que no llegan a establecer con claridad es el nexo causal que hace moralmente relevante la conexión de una omisión con un resultado. ¡Y esto último es fundamental! De lo contrario resultaríamos culpables de todos los infortunios del mundo por omisión (p.ej., por no haber contribuido con una colecta para paliar el hambre en Etiopía, seríamos culpables de las muertes por inanición que allí se produjeron) y también por comisión (con el mismo ejemplo anterior, si hubiésemos contribuido y la comida enviada estuviera envenenada también seríamos responsables). Si tomáramos el nexo causal en sentido amplísimo, produciríamos una hipertrofia de la responsabilidad y ¡todo el mundo sería culpable de todo! Resulta pues necesario abandonar un criterio como el de la condición *sine qua non* y buscar otro que sea aceptable. Aquí es donde Nino toma la posta dejada por Singer y Glover y ofrece una postura intermedia entre las dos expuestas, que si se la comprende y se la encuentra aceptable, puede brindar una justificación para el constitucionalismo social.

Sólo cuando hay una expectativa fundada en hábitos, convenciones, rutinas aceptadas de un comportamiento activo, el sentido común concibe un acto negativo u omisión como causa de un cierto resultado, puesto que en este caso la falta de acción no es parte de las circunstancias normales y, en consecuencia es condición suficiente del resultado si hacemos abstracción de las circunstancias corrientes en el contexto en que el resultado se produce.

Si lo normal era la actuación o comportamiento activo, podemos decir, salvo circunstancias anómalas, que si el resultado no se hubiera producido ello implicaría que la omisión en cuestión no se habría dado.

Cuanto más fuerte es la expectativa de una conducta positiva, más inclinados estaremos a considerar a esa omisión

como anormal en contraste con las demás condiciones del contexto en que el resultado se produce.

Esta conclusión acerca de la causación a través de omisiones implica por una parte que no es cierto que la violación de derechos básicos consista siempre en actos comisivos, y por otra, tampoco sería verdad que toda omisión que sea antecedente necesario de la violación de un derecho, involucre ella misma, violar ese derecho: debe haber una expectativa definida, fundada en regularidades o normas sociales, de que el derecho sea satisfecho por el individuo en cuestión.

De esto concluye Nino –y resulta fundamental para justificar al constitucionalismo social–, que dadas las expectativas vigentes en nuestras sociedades, el Estado violaría los derechos básicos de la gente, si no satisficiera las necesidades mínimas de alimentación, vivienda, atención médica, que son precondiciones para la preservación de los bienes protegidos por esos derechos básicos.

Es claro que esta postura niega la existencia de un orden natural, de lo que Adam Smith llamaba “la mano invisible”; pero es necesario aclarar que esta posición en modo alguno exige una igualdad absoluta de recursos (debemos recordar que juegan los principios de autonomía e inviolabilidad que vimos como sustento del liberalismo clásico, pero para evitar que los individuos utilicen a los demás por omisión –he aquí la relevancia del análisis anterior– se hace participar activamente al principio de inviolabilidad, transformándolo en una directiva de expandir siempre la autonomía de aquellos cuya capacidad para elegir y materializar planes de vida esté más restringida, o como expresa Rawls –*Theory of justice*– en su principio de diferencia, las únicas desigualdades justificables son las que favorecen a los menos favorecidos por esa suerte de lotería natural que nos da determinados recursos y posibilidades desde nuestro nacimiento), ya que ello implicaría, seguramente, la violación de los derechos de unos en favor de otros, lo que está vedado por los principios que analizamos anteriormente.

Termina Nino exponiendo su posición, sosteniendo que el liberalismo igualitario (que con algunas licencias podemos equipararlo al constitucionalismo social) no es a priori estatista o privatista, ya que a diferencia de lo que sostendría un liberal clásico –y aún un neoliberal como Hayek o Sorman– o un socialista amante de la planificación, ningún sistema económico está lógicamente implicado por una con-

cepción dirigida a expandir igualitariamente la autonomía de la gente, ya que la validez de uno u otro sistema estará dada por su eficacia como instrumento para satisfacer ese ideal.

Lo que significa que esta postura está abierta a cualquier demostración de que organismos creados para asegurar una autonomía distribuida igualitariamente en realidad la menoscaban, o de que sociedades privadas formadas para satisfacer planes de vida de algunos individuos florecen a costa de la frustración sistemática de las expectativas de otros, es, en síntesis, una cuestión de hecho, siendo importante el rol de una ingeniería social, que exige investigaciones empíricas y el empleo de medios de control y corrección (tales como leyes antimonopólicas efectivas y participación de los obreros en las ganancias de las empresas) para evitar o al menos reducir el peligro de la explotación de unos en favor de otros.

Vamos a analizar a continuación la experiencia argentina en materia de constitucionalismo social, para finalizar el trabajo con una breve reflexión acerca de los dos sistemas vistos, resaltando los puntos comunes y divergentes.

c) El constitucionalismo social y la experiencia argentina

No es muy feliz la experiencia argentina en el tema que nos ocupa. El constitucionalismo social llega a través de dos reformas al texto de 1853-1860, que por motivos diversos merecen ser consideradas inconstitucionales.

La primera reforma aludida es la de 1949, a la cual dejando de lado su carácter demagógico, populista y político, la principal crítica que le podemos realizar radica en su inconstitucionalidad manifiesta.

El art. 30 de la Const. Nacional establece que ella puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de la reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes de sus miembros, por lo menos, pero no se efectuará sino por una convención convocada al efecto.

Por su procedimiento de reforma, la Constitución Nacional es rígida, por lo que de acuerdo con Linares Quintana y González Calderón, el art. 30 debe ser interpretado restrictivamente. Esto quiere decir que cuando la Constitución dice dos terceras partes de sus miembros, ella se refiere a dos terceras partes del total de diputados y senadores. La declara-

ción de necesidad de reforma en 1949 consideró las dos terceras partes de los miembros presentes, desvirtuando así el espíritu de la Constitución. Obviando el aspecto técnico-jurídico, no debemos olvidar que esta reforma fue impulsada por la ambición política desmedida del partido gobernante, que, con una evidente intención de perpetuarse en el poder (como lo demuestra la modificación de la cláusula de reelección del Presidente, para posibilitar la continuación en el poder del entonces presidente Perón), sanciona una Constitución sentimental (derechos del niño, del anciano) como si el texto anterior no los tomara en cuenta. Basta para demostrar la falsedad palmaria de esta afirmación, recordar que el Preamble nos habla de promover el bienestar general, asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad y el art. 14 dice que todos los habitantes son titulares de derechos.

Esto nos muestra que los constituyentes de 1853 de ningún modo dejaban de considerar los derechos anteriormente citados: simplemente, la Constitución tiene un carácter general y su función de ninguna manera comprende la particularización de las peculiaridades de los habitantes, tarea que compete a leyes especiales, como, por ejemplo, un Código de Familia, otro de Seguridad Social, etcétera.

La segunda reforma a que aludíamos anteriormente es la de 1957, que también merece el calificativo de inconstitucional, ya que proviene de un gobierno de facto ("la Revolución Libertadora") que aun cuando justifiquemos su actuación como gobierno de emergencia, sus facultades jamás podrían extenderse a la derogación de un ordenamiento jurídico vigente (la Constitución de 1949) y como si eso fuera poco a la modificación de la Constitución de 1853-1860 mediante la inclusión de los llamados "derechos sociales" en el art. 14 bis.

Sin embargo, esta inclusión es moralmente plausible; veamos su redacción: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagos; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de la empresa, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administrada por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes, jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna".

Como vemos esta reforma quiso cargar el acento en la solidaridad social, no porque el texto original no la acogiera implícitamente, ni mucho menos porque fuera incompatible con su primitiva redacción, sino para disipar toda duda en la letra expresa de la nueva norma.

Resulta muy lamentable que muchas disposiciones de este fundamental artículo (p.ej., la participación de los obreros en las ganancias de la empresa) no hayan sido reglamentadas, por lo que caen en el vacío, son "letra muerta".

5. REFLEXIÓN FINAL

Hemos analizado hasta aquí las dos tendencias que presenta un movimiento esencialmente democrático como el constitucionalismo. Si recordamos lo expuesto, quizá concordemos en que la principal diferencia entre ambos sistemas radica en que el constitucionalismo liberal hace profesión de fe acerca de la existencia de un orden natural, con su consecuencia necesaria de la mayor eficiencia económica de la economía de mercado, en tanto el constitucionalismo social niega la existencia de un orden natural, resultando la economía de mercado un mero reparto de injusticias. Dentro de esta última tendencia aparece como más moderada la postura de Nino, que limita a una cuestión de hecho la eficiencia de la intervención estatal en la vida económica de la comunidad.

Pero como vimos —recordar el mínimo social de Sorman como condición para el progreso del sistema liberal—, el liberalismo contemporáneo (del que podemos citar como glorioso antecedente a John Stuart Mill) no propugna en todo caso el abstencionismo estatal. Simplemente considera que la intervención debe ser temporaria y excepcional para sanear el mercado y resolver las desigualdades que suscita el crecimiento.

Evitar el derroche de recursos (que siempre —y esto es fundamental recordarlo— provienen de los habitantes de un país) y desterrar los privilegios de los burócratas constituyen las ventajas del sistema liberal. Eficiencia —y no paternalismo utilizado con fines políticos— es lo que debe exigirse al Estado.

El pueblo es quien mediante su soberana voluntad exteriorizada en las urnas puede elegir entre ambas alternativas. Eficiencia y no justicia es el objeto del debate entre ambas posturas. Quien falsee la cuestión e introduzca cuestiones ajenas (v.gr., nacionalismo, democracia o autoritarismo) incurre en el más aberrante método de la discusión política: la sofística.

BIBLIOGRAFIA

- Benn, S. I. - Peters, R. S., *Los principios sociales y el Estado democrático*, Bs. As., Eudeba, 1984.
- Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1981.
- Farrall, Martin D., *Utilitarismo: ética y política*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1983.
- Fromm, Erich, *El miedo a la libertad*, Bs. As., Paidós, 1994.
- Linares Quintana, Segundo V., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Bs. As., Plus Ultra, 1981.
- Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1980.
- Mill, John S., *Sobre la libertad*, Madrid, Orbis, 1984.
- Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Bs. As., Paidós, 1983.
- Sorman, Guy, *La solución liberal*, Bs. As., Atlántida, 1985.
- *El Estado mínimo*, Bs. As., Atlántida, 1986.