

CAPÍTULO III

BASES POLÍTICAS, CONSTITUCIONALES Y SOCIALES DEL DERECHO PÚBLICO

SUMARIO

I. <i>Bases políticas</i>	III-1 / 549
1. Libertad y autoridad en el derecho público	III-1 / 549
2. Teorías estadistas del derecho público	III-2 / 550
3. Orientación a seguir.....	III-2 / 550
4. La división de los poderes y el derecho público.....	III-3 / 551
4.1. Equilibrio teórico de los poderes.....	III-3 / 551
4.2. Desequilibrio real	III-4 / 552
4.3. Criterio orientador a adoptarse	III-6 / 554
II. <i>Bases constitucionales. El estado en el régimen constitucional</i>	III-7 / 555
5. Pueblo y estado.....	III-7 / 555
6. Sistema de la soberanía exclusiva del pueblo	III-8 / 556
7. Sistema de la soberanía conjunta del pueblo y el estado	III-9 / 557
8. La personalidad del estado en el sistema de la soberanía conjunta	III-9 / 557
9. La personalidad del estado en el sistema del estado de derecho.....	III-10 / 558
10. El error técnico-jurídico de la teoría de la doble personalidad	III-11 / 559
11. Consecuencias de la personalidad única del estado.....	III-12 / 560
12. La transición del estado de la legalidad al estado de la constitucionalidad	III-12 / 560
13. Los derechos individuales frente al estado	III-13 / 561
14. La preexistencia de los derechos individuales en relación a la ley	III-14 / 562

III. <i>Bases sociales del derecho público: Estado de derecho y estado de bienestar</i>	III-15 / 563
15. Los derechos individuales en el estado de derecho	III-15 / 563
15.1. Crisis del liberalismo clásico	III-16 / 564
16. Las respuestas autoritarias: La negación de los derechos individuales	III-16 / 564
16.1. Crisis del autoritarismo	III-17 / 565
17. Una nueva solución: El estado de bienestar	III-18 / 566
18. Estado de derecho y Estado de bienestar	III-19 / 567
19. Garantías individuales y garantías sociales.....	III-20 / 568
19.1. Sobre la posible contradicción entre ambos.....	III-21 / 569
19.2. Complementariedad	III-22 / 570
20. La libertad en el estado de bienestar	III-23 / 571
21. Orden y libertad	III-24 / 572
22. La diferencia entre libertad política y libertad económica...III-25 / 573	
23. El equilibrio entre libertad y eficacia.....	III-25 / 573

Capítulo III
**BASES POLÍTICAS, CONSTITUCIONALES Y SOCIALES
DEL DERECHO PÚBLICO**

I. Bases políticas

1. Libertad y autoridad en el derecho público

El derecho público es, por excelencia, la parte de la ciencia del derecho que más agudamente plantea el conflicto permanente entre autoridad y libertad. “Estado e individuo, orden y libertad: La tensión encerrada en esas ideas sintéticas no tiene solución,” dijo un autor;¹ pero aunque no lleguemos a pensar que la tensión o el conflicto sea insoluble, y admitamos la posibilidad de un equilibrio dinámico entre ambos, es evidente que la obtención de tal equilibrio ha de ser una de las más difíciles y delicadas tareas de la ciencia moderna.

La historia registra primero el despotismo estatal sobre los individuos; después y como reacción, la exacerbación del individuo frente a la sociedad; por fin y como ideal, el equilibrio racional de los dos elementos esenciales del mundo libre contemporáneo: Individuo y sociedad, individuo y estado.

Pero este equilibrio que se ansía y se busca es muy escurridizo e impreciso: Lo que para unos representa la cómoda solución de la tensión —mientras ellos no están envueltos en la misma— es para otros una sumisión o un atropello; en realidad parecería que esa incertidumbre tiene una propensión a resolverse nuevamente en un autoritarismo revivido. Es necesario, por lo tanto, buscar el equilibrio del propio criterio en base al cual se analizaran las tensiones y contraposiciones del individuo y del estado.

Y este equilibrio primario es equilibrio espiritual y político, es sensibilidad jurídica y humana; es preocupación constante para cumplir plenamente no sólo formal sino también substancialmente los requerimientos de la Justicia.

¹HAAS, DIETHER, *System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten*, Karlsruhe, 1955, p. 7.

2. *Teorías estadistas del derecho público*

En ese aspecto puede encontrarse a menudo —en libros, decisiones, fallos— diversos reflejos de una cierta insensibilidad humana y una cierta insensibilidad en relación a la justicia. Cuando quien analiza la controversia concreta entre el individuo y el estado se deja llevar por la comodidad de la solución negativa para el primero; cuando en la duda condena, resolviendo en contra del particular o administrado; cuando en la dificultad del problema jurídico se abstiene de abordarlo y se lo resuelve, favorablemente, al poder público, seguro de que esa simple circunstancia le da algún barniz de legalidad; cuando crea, propaga y desarrolla supuestas “teorías” que sin fundamento ni análisis dan éstos y aquellos poderes al Estado; cuando desconfía, evita y niega los argumentos que en cierto caso parecen reconocer un ámbito de libertad; cuando como los débiles se inclinan para el sol de los poderosos —en este caso el estado— entonces, está siendo destruido una de las más bellas y esenciales tareas del derecho público: la protección de la libertad humana.²

Más lamentable aun es que esas actitudes no suelen ser defendidas: Nadie dice abiertamente que el estado lo es todo y el individuo nada; nadie piensa de esa manera, seriamente. Incluso es posible que se exprese con vehemencia sobre los abusos de los poderes públicos, y el *respeto* a las garantías individuales... sin embargo ¿de qué vale esa elocuencia, si cuando se trata de dar una solución a un problema concreto —existe una pequeña cuestión que no decide la vida y la muerte del individuo, pero que representa un verdadero conflicto entre autoridad e individuo— son olvidadas las declamaciones y se resuelve fácilmente que *ese* individuo en *ese* caso no tiene razón? ¿De qué valen aquellos “principios,” si a continuación en cada asunto y cuestión de pormenor, se los olvida, contradice y destruye? Este es uno de los principales problemas políticos que afectan al derecho público.

3. *Orientación a seguir*

El equilibrio político, la sensibilidad jurídica, no se satisfacen solamente con declaraciones sobre la libertad; deben ser el *leit motiv* de todo lo que se piensa y se resuelve sobre derecho público; deben ser la preocupación constante del jurista no sólo en los grandes problemas institucionales, sino también en los pequeños y a veces fatigosos problemas diarios.

¡Cuántos temas, apasionantes o áridos, esconden ese profundo desequilibrio! Probablemente pasarán muchos años antes que se los aisle y corrija; o tal vez

² Como dice BODENHEIMER, EDGAR, *Teoría del derecho*, México, 1964, p. 177: “Esta rama del Derecho tiene como misión salvaguardar los derechos de los individuos y los grupos frente a invasiones indebidas por parte de los órganos administrativos;” “La delimitación de esta área de control es, por lo tanto, una de las funciones más esenciales del Derecho Administrativo.”

ello no sucederá nunca; sin embargo debemos tener al menos el principio guiador, la preocupación constante, para insuflar ese equilibrio y esa justicia *en toda* cuestión que involucre una relación de individuo-estado; para revisar con criterio profundamente crítico, con la metódica duda cartesiana, los fundamentos y las soluciones de cada institución o diminuta cuestión sobre la cual debemos analizar, con la atención alerta para descubrir y neutralizar esos desvíos y resquicios que constituyen el núcleo y la raíz de la enfermedad social y política de los pueblos.

Y descubriremos de esta manera que muchas veces es posible dar soluciones más jurídicas y más técnicas, incluso desde el punto de vista positivo, para controversias que un erróneo enfoque político habría distorsionado y oscurecido.

4. *La división de los poderes y el derecho público*

También es importante advertir acerca de la fundamental importancia política que tiene la interpretación que se da a la teoría de la división de poderes; ella fue concebida como “garantía de la libertad,” para que “el poder contenga el poder,” por medio del mutuo control y la interacción de los tres grandes órganos del estado: Poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial. Sin embargo, es muy frecuente que la teoría se distorsione, y que la práctica no ofrezca sino una imitación de la división de poderes; por ello es necesario preguntarse cuál es, realmente, el equilibrio previsto en la Constitución, qué ocurre en la realidad, y cuáles son las tendencias que debemos seguir o evitar. A ello nos referiremos a continuación.

4.1. *Equilibrio teórico de los poderes*

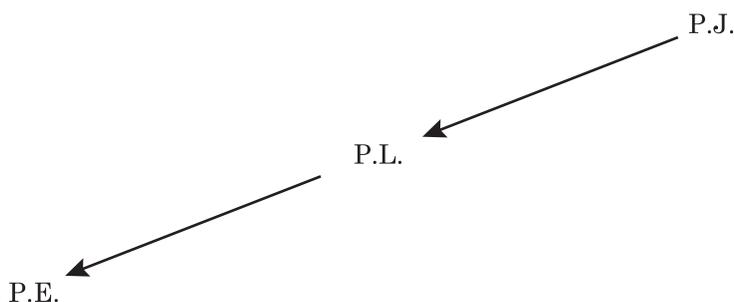
Pues bien, el sistema de la división de poderes previsto en nuestras constituciones está, en principio, contemplando un determinado equilibrio —que no es necesariamente igualdad— la jerarquía *relativa* de los poderes, que puede estructurarse, en nuestra opinión, y siempre con referencia a lo dispuesto en la Constitución, de la siguiente manera: El poder ejecutivo está subordinado al poder legislativo, y el poder legislativo al poder judicial.

Esto es así por diferentes razones: En primer lugar, la supremacía constitucional del legislativo sobre el ejecutivo se evidencia por lo menos a través de una triple preeminencia: El poder legislativo, 1º, dispone en la ley de presupuesto aquello que el poder ejecutivo puede o no gastar; 2º, dispone lo que debe hacer o no mediante toda la legislación que le puede dictar para regir la vida administrativa; 3º, si no está satisfecho con su gestión, puede removerlo mediante el juicio político; 4º, aunque el poder ejecutivo pueda vetar una ley del Congreso, éste puede de todas maneras insistir en su sanción con una mayoría determinada y en tal caso la facultad de veto del poder ejecutivo desaparece. La última decisión en esta relación parlamento-ejecutivo, la posee siempre, en el plano de la Constitución, el poder legislativo.

A su vez, la subordinación del poder legislativo al poder judicial deriva de que el segundo tiene la atribución de declarar antijurídicas, por inconstitucionales, las leyes del congreso, mientras éste no tiene ninguna atribución para rever las decisiones de aquel. Tanto es así que existe un aforismo de acuerdo con el cual “la Constitución es lo que la Corte Suprema decide que es.” Estando en las manos del poder judicial la interpretación final e indiscutible del sentido y alcance de las normas constitucionales, es obvio que es el poder judicial quien tiene, en el sistema constitucional primacía sobre el poder legislativo. No altera esa conclusión la circunstancia de ser el poder ejecutivo con anuencia del Senado quien designe a los jueces, porque en épocas normales —que son las que la Constitución contempla— la estabilidad de los magistrados hace que la designación de uno u otro juez para los cargos vacantes tenga efecto solamente a largo plazo, modificando quizás, interpretaciones vigentes del orden jurídico después de algunos años, cuando aquellos que los nombraron ya no están seguramente en sus cargos.

En lo que hace respecto al efecto inmediato de la designación de magistrados en la vida política, éste es usualmente mínimo por la composición colegiada de los tribunales superiores. Los efectos a largo plazo pueden alterar el curso de la jurisprudencia pero no la relación efectiva poder judicial-poder legislativo-poder ejecutivo.

Gráficamente, podríamos decir que la relación constitucional de equilibrio de los tres poderes puede representarse así:



4.2. Desequilibrio real

Sin embargo, ese equilibrio previsto en la Constitución no es el que funciona en la práctica y quizás nunca haya funcionado realmente así. Por una serie de circunstancias sociales y políticas, el poder ejecutivo no está sometido al poder legislativo, pero éste es quien depende de aquél:

1) Dado que los nombramientos de los funcionarios públicos son hechas por el poder ejecutivo, y que una parte lamentablemente importante del éxito político

de los parlamentarios es su habilidad para obtener retribuciones y puestos para sus afiliados y patrocinadores, resulta que cada parlamentario está en general solicitando del ejecutivo el nombramiento de este o aquel amigo o correligionario en la administración pública, con lo cual el legislador se coloca en una posición de peticionario más o menos sumiso al ejecutivo de quien solicita el graciable favor;

2) dado que el presidente de la República suele ser, formal o informalmente y salvo raras excepciones, la cabeza visible del partido gobernante, los diputados y senadores no pueden tampoco tomar una actitud muy firme de control, por el temor de perjudicar su carrera política;

3) el ejecutivo, que cuenta con medios de publicidad que no están en igual nivel al alcance de los legisladores, consigue usualmente crear una imagen más popular en la opinión pública que la de los legisladores individualmente o del parlamento en conjunto; esa imagen popular presiona a su vez en favor del ejecutivo y sus obras reales o presuntas, y en contra del parlamento, destacando siempre más los errores y deficiencias del segundo que los del primero;

4) a veces, algunas cartas o estatutos les dan una injerencia formal en la propia elaboración de la ley.³

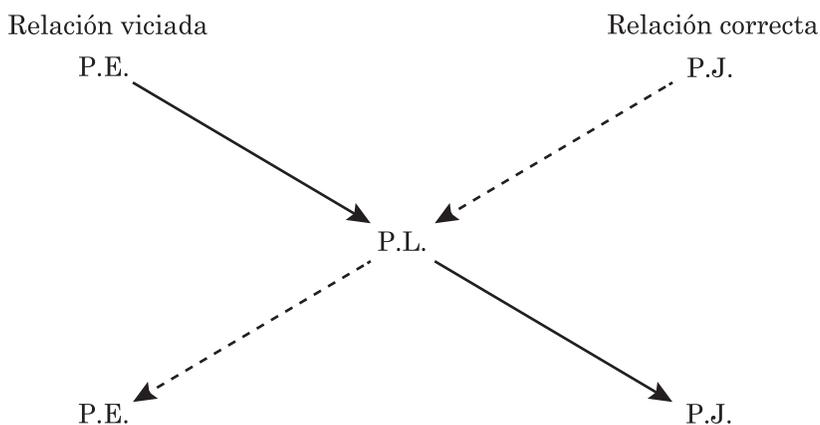
Además, la posición del poder judicial se encuentra por lo general bastante deteriorada, en primer lugar, a nuestro modo de ver, con desaciertos, porque tiene una cierta responsabilidad política en la conducta del gobierno, y bajo esa

³ Es lo que ocurre en Brasil con la carta de 1969, según lo explica bien GERALDO ATALIBA, *Lei Complementar na Constituição*, p. 43. No obstante existir muchas voces que propugnaron y propugnan el aumento del poder de legislar del poder ejecutivo, y en el caso brasileño esas propuestas pasaron a ser bienvenidas en el sistema constitucional, también es evidente que la sugerencia es muy peligrosa. Dice en este sentido SEABRA, FAGUNDES, "Estrutura constitucional brasileira," *RDP*, n° 21, p. 9 y ss., p. 14, que "Todo lo que se le otorgue como competencia de legislar, además de lo estrictamente propio, será estímulo a su tendencia natural para la prevalencia sobre los otros poderes, disminuirá innecesariamente la presencia del Poder Legislativo en el cuadro institucional y, por ello, no servirá realmente al interés colectivo."

Por eso, no creemos que sea exacto afirmar que en el Estado moderno no existe una necesidad democrática de contraponer el parlamento al poder ejecutivo. Este pensamiento fue expuesto por PONTES DE MIRANDA, "Independência e harmonia dos poderes" *RDP*, n° 20, p. 9 y ss., p. 11: "Hasta nuestros tiempos, el Parlamento se oponía al Príncipe. Convenientemente había la necesidad de separaciones de los poderes, que sacaran o impidieran al Príncipe la función de legislar. Con la democracia, el fundamento popular de los dos poderes es el mismo. Si hay conveniencia en redividir el campo de actividad, la democracia no está en causa." Sin embargo si se advierte que normalmente el jefe del poder ejecutivo representa solamente una mayoría, o una primera minoría según el caso, y que el parlamento representa generalmente tanto las mayorías como las minorías, se puede concluir que el parlamento representa más genuinamente las distintas tendencias y orientaciones que componen el total de los sectores que a su vez integran el pueblo. Finalmente creemos oportuno recordar que es absurdo e ilusorio concebir un poder ejecutivo ideal y compararlo con un parlamento real y defectuoso. Como dice MIGUEL REALE, "Reforma constitucional," *RDP*, n° 8, p. 11. "El Congreso, que es el órgano por excelencia del proceso legislativo es la imagen del pueblo que lo eligió. Aunque pueda ser una imagen que nos desilusione a todos, no por eso dejará de ser el espejo de las opiniones dominantes, de tal modo que un electorado desilusionado con sus representantes está, en el fondo, desilusionado consigo mismo."

impresión juzga muy benévola los actos del mismo, entendiendo estar así colaborando con él. De esa manera, no solamente deja de ejercer su función, que no es gobernar sino juzgar la aplicación del derecho a los casos concretos, además de también perder poco a poco el criterio guía de lo que debería ser su atribución específica. El ejecutivo, lejos de reconocer esa supuesta colaboración, pasa entonces a suponer que no está sino haciendo lo que debe y de ese modo en los pocos casos en que el poder judicial se decide finalmente a establecer su criterio jurídico, esto es poco menos que motivo de escándalo público y el ejecutivo será el primero en protestar por una supuesta *invasión* a sus *atribuciones*, que sin duda no es verdad. Como si esto fuera poco el poder judicial también limita su propio control de constitucionalidad solamente a los casos concretos y con efectos restringidos a esos casos, de que sólo declarará la inconstitucionalidad cuando ésta sea “clara y manifiesta,” como si no fuera su deber declararla cuando existe, sea o no manifiesta, etc.

Como resultado de todo esto el equilibrio originariamente contenido en la Constitución entre los tres poderes se encuentra profundamente alterado; incluso dentro de un gobierno *de iure*⁴ se pasa de una jerarquía —poder judicial-poder legislativo-poder ejecutivo— que sería la correcta, a una exacta inversión: El orden de prelación relativa, será ahora poder ejecutivo-poder legislativo-poder judicial. Gráficamente sería así:



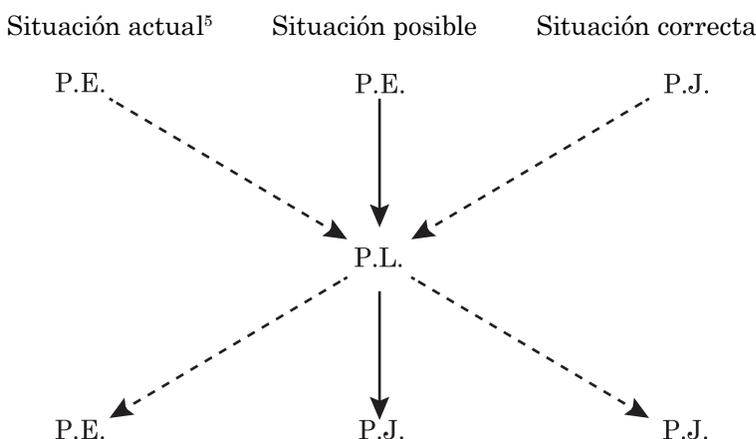
4.3. Criterio orientador a adoptarse

Es necesario, entonces, tener presente que la crisis del parlamento, con sus consecuencias ya vistas, tiene por resultado un fraude al principio de la división de los poderes, que lo lleva a un extremo sumamente peligroso para el mante-

⁴Y con mayor razón, sin duda, si se trata de un gobierno *de facto*.

nimiento de las libertades, que tiene por función proteger. Por ello, cuando se trata de adoptar una actitud frente a esta crisis, esa actitud no podrá ser jamás la de acentuarla, despojando al parlamento de las atribuciones que no ejerció correctamente y dándoselas al poder ejecutivo; si lo hiciéramos, estaríamos destruyendo ya definitivamente la división de poderes y con ella la libertad, base de todo régimen democrático y republicano. Sin división de poderes y libertad no solamente no habrá estado de derecho sino que tampoco habrá estado de bienestar alguno. Por ello, si queremos llegar al estado de bienestar, debemos hacerlo a través del estado de derecho, y si constatamos que en éste funciona mal uno de los poderes que lo condiciona, lo que debemos hacer es corregir sus defectos para que funcione bien y no acentuarlos aún más.

Si no actuáramos así, llevaríamos el desequilibrio a su punto máximo:



Esto sería, obviamente, la institucionalización de la dictadura. Es nuestro deber, por lo tanto, tratar de solucionar las crisis del Parlamento o de la Justicia, fortaleciéndolos para que, sin la pérdida del equilibrio de los poderes, cumplan con la función que el proceso de desarrollo les exige.

II. Bases constitucionales. El Estado en el régimen constitucional

5. Pueblo y estado

El derecho público de cada país, y con él la organización estatal del mismo, tiene una estructura formal y un tipo de principios básicos muy diferentes, según sea

⁵ En un gobierno "constitucional" o *de iure*; si se trata de un gobierno *de facto*, en el cual se suprime el poder legislativo, entonces tampoco existe desde el inicio ninguna división de los poderes.

el sistema constitucional imperante y la forma por la cual la Constitución haya organizado y constituido el estado.

Se debe diferenciar entre el pueblo en sí mismo —titular esencial de la soberanía— y el estado jurídicamente organizado, que se manifiesta a través de sus órganos habituales —poder legislativo, poder ejecutivo, poder judicial—; la relación existente entre estos dos elementos —pueblo y estado— nos determinará la estructura básica del derecho constitucional, especialmente del administrativo, y con él las características estructurales de la organización estatal.

6. *Sistema de la soberanía exclusiva del pueblo*

De hecho, en algunos países la Constitución emana directamente del pueblo soberano, porque éste a través de una Convención constituyente especialmente convocada para ello es quien decide sobre su creación y modificación. En esa situación el estado organizado en los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, no tiene facultades para modificar ni alterar la Constitución; él está siempre sometido a lo que la Constitución determina, por voluntad del pueblo soberano directamente expresada en la Convención constituyente.⁶

La Convención constituyente no es un órgano del estado, pero representa directamente al pueblo; por ese motivo cabe afirmar en este caso que la Constitución es impuesta por el pueblo al estado. El estado *nace* de la Constitución con las características y atribuciones que ésta le fija; el estado está, por lo tanto, *dentro* de la Constitución y ésta no es un producto de él, pero él es producto de ella.⁷ Este es, en un sentido jurídico *formal*, uno de los principales elementos que tipifican un Estado de Derecho: La sumisión de toda organización estatal a un régimen jurídico preestablecido.

⁶ Nos referimos, claro está, a épocas de normalidad constitucional. Las épocas oscuras de la historia en que aparecen gobiernos de facto, desaparecen o son reprimidos de hecho los otros poderes de contrapeso o en que la propia Constitución queda sometida a “Estatutos” revolucionarios o es ella misma producto de un “acto institucional,” no deben ser recordados sino como lo que son, categorías fácticas de una estructura democrática y republicana de poder. No tiene sentido teórico ni valor axiológico, y menos aún educativo, enseñar o mostrar cómo y de qué manera aquellas violaciones se producen: esto lo sabe cualquiera, leyendo únicamente los diarios. Debe, por ese motivo, reiterarse el deber ser constitucional, para que cada uno lo compare con la realidad que ocasionalmente lo transgrediera y pueda, de esa manera formarse su propio juicio de valor sobre la misma. Sin embargo, un primer prerrequisito de poder criticar la realidad fáctica es conocer la normativa constitucional, si no conocemos intelectualmente el sistema constitucional, mal podemos quejarnos de que otros lo desconocen.

⁷ Como dice MAUNZ, THEODOR, *Deutsches Staatsrecht*, 9ª ed., Munich y Berlín, 1959, p. 37, no se trata del estado “tener” una Constitución, sino de “estar” en una Constitución; que sea ésta quien contenga a aquel. Comparar Dalmo de ABREU DALLARI, *Elementos de teoría geral do Estado*, San Pablo, 1972, pp. 73 y 74, que da una solución distinta en el caso de Brasil.

7. Sistema de la soberanía conjunta del pueblo y el estado

En otros países, por otro lado —y podemos dar el ejemplo de Francia en su sistema constitucional tradicional (no quizás el actual)— la Constitución no proviene directamente del pueblo, excluyendo la intervención de los órganos estatales normales, sino que, al contrario emana directamente del estado, que, por medio de sus órganos regulares —en este caso el poder legislativo— es quien crea y reforma la Constitución. De este modo, el poder soberano del pueblo no es ejercido por éste mediante un órgano que no dependa del Estado organizado, sino que es ejercido directamente por el propio Estado.⁸

Aquí el pueblo no *impone* una Constitución al estado, sino que el estado *se da a sí mismo* una Constitución, de acuerdo con su propia voluntad y en representación y ejercicio directo de la soberanía del pueblo. El estado no nace aquí de una Constitución, sino que la Constitución nace del estado con el contenido y alcances que éste decida: No es el estado quien está contenido en la Constitución, sino la Constitución es la que está contenida en el Estado.

8. La personalidad del estado en el sistema de la soberanía conjunta⁹

De estos dos sistemas básicos surgen consecuencias muy diferentes entre sí. En el segundo caso, en la cual el Estado se da a sí mismo una Constitución, en el ejercicio directo de la soberanía del pueblo, no se puede encontrar una distinción perfecta entre el pueblo soberano y la organización estatal; ambos se confunden en una continuidad ininterrumpida. En este caso el estado organizado en los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, retiene en su poder directamente la soberanía del

⁸De ahí a afirmar que es el Estado, *a través de uno de sus órganos*, que ejerce la “soberanía,” no hay sino un paso. Y ello es, en palabras de MARIO JUSTO LÓPEZ, *Introducción a los estudios políticos*, t. I, Buenos Aires, 1969, p. 359 la justificación “siempre del mando — y naturalmente del mando de uno o de pocos — sin restricciones.” “Con la doctrina de la soberanía — cualquiera que sea su formulación — se legitima siempre y definitivamente, el gobierno sin restricciones, la posibilidad de oprobio. Las tentativas para despersonalizar la soberanía, por nobles y bien intencionadas que hayan sido, resultan estériles. Si se admite la soberanía, se admite la sumisión incondicional de unos por otros.” En sentido semejante se expresa el mismo autor en su libro *La soberanía*, Buenos Aires, 1967, p. 55, donde agrega: “Ya que es inevitable que alguien mande, que no lo haga a cuenta de sus caprichos, y de nuestra deshonra;” “Que haya gobierno sí, gobierno, todo el gobierno que sea necesario, sin embargo que no haya gobierno soberano, «sin restricciones legales» — para decirlo con palabras de BODIN — Que el gobierno de los hombres no sea obra de la voluntad exclusiva de ninguno de ellos.”

Dado que coincidimos completamente con el juicio de valor de LÓPEZ, pensamos que formular el principio o el mito de la soberanía como soberanía exclusiva del pueblo y en ningún caso del gobierno o del Estado, conduce al mismo fin. Y pensamos que aunque como *mito* —tal como lo califica LÓPEZ— es completamente válido y preferible, por otro lado, a cualquier formulación en que la soberanía pueda aparecer de algún modo ejercida, directa o indirectamente por órganos del poder. De ahí la distinción que formulamos en el texto.

⁹Sobre las diversas teorías existentes acerca de la personalidad del estado, ver BANDEIRA DE MELLO, OSWALDO ARANHA, “A personalidade do Estado,” *RDP*, n° 7, p. 21 y ss., y del mismo autor *Princípios gerais de Direito administrativo*, vol. II, Río, 1974, p. 41 y ss.

pueblo y es, por lo tanto, en ese sentido *soberano*, incluso en referencia a su propio pueblo.¹⁰ Precisamente porque es “soberano” el Estado no está aquí obligado por lo que la constitución dice: Ella no es un conjunto de normas jurídicas obligatorias e imperativas para él, sino que él puede en cualquier momento alejarse de ellas sin cometer por ello un acto antijurídico. La constitución no es así nada más que una expresión de deseos y finalidades producidas por el estado, y que el estado puede cumplir o no, según su elección.

Cuando un país tiene ese sistema constitucional, entonces se puede diferenciar la actuación del estado según se desempeñe como *poder público soberano*, o por otro lado como persona jurídica común, sujeta al orden jurídico existente en el país. Surge de este modo, en tales países la doctrina de la “doble personalidad del estado,” según con la cual se sustenta que cuando el estado actúa como poder público soberano, no está sometido al orden jurídico y por lo tanto sus actos nunca pueden ser considerados antijurídicos, ni pueden causarle responsabilidad. Cuando por otro lado, el estado actúa en el plano común, sus actos son antijurídicos se violan las normas preexistentes y pueden acarrearle responsabilidad. Como consecuencia de lo dicho anteriormente los individuos no tienen auténticos derechos subjetivos frente al estado como “poder público,” sino que solamente los tienen frente al estado como “personas jurídicas.”

Es fácil advertir que esto constituye una doctrina autoritaria y por ello modernamente se tiende incluso en los sistemas considerados en segundo lugar, a suavizarla, diciéndose, por ejemplo, que la doble personalidad es “de derecho público” y “derecho privado” (en lugar de decir en el primer caso que es “soberano,” con la consecuencia de irresponsabilidad, etc.) y que no tiene siempre las consecuencias enunciadas.

9. *La personalidad del estado en el sistema del estado de derecho*

Pero estos problemas, por el contrario, estarían todos falsamente planteados en un sistema constitucional como el indicado en primer lugar, o sea, el argentino.

Es evidente que en este sistema, en que la constitución no emana del propio estado, sino que le es impuesta por el pueblo soberano a través de la Convención constituyente, en que el estado carece de facultades para modificar la constitución, estando obligado por ella; en que, en definitiva, el estado no tiene el ejercicio directo del poder soberano del pueblo, las consecuencias son diametralmente opuestas.

Si consideramos que *soberanía* es un poder *ilimitado* no sujeto a ninguna norma imperativa y en virtud de lo cual puede hacerse absolutamente cualquier cosa,

¹⁰ Se debe, por lo tanto, hacer una distinción muy rigurosa entre el poder que ejerce el Estado sobre sus habitantes, poder que jamás debe ser “soberano.” Sin embargo, dice DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos...*, p. 96, “No hay, tampoco una distinción muy nítida entre poder de imperio y soberanía, existiendo quien identifica el *imperium* con la soberanía en el ámbito interno...”

es obvio que en ese sistema constitucional tal “soberanía” sólo la tiene el *pueblo* y no la tiene la organización estatal.¹¹ No la tiene el estado porque él no posee en ningún caso un poder *ilimitado*, no sujeto a norma alguna; él está siempre sometido a las normas imperativas de la Constitución, a las cuales debe ceñirse estrictamente sin poder separarse de ellas de ninguna manera.

De ello se concluye que el estado organizado en los tres poderes no ejerce un doble juego de atribuciones como ocurría en los otros sistemas: En la Argentina el estado nunca tiene un auténtico poder público soberano, el poder del imperio; sus facultades emergen siempre de un orden jurídico previo que le fue impuesto y por eso son infra jurídicas, es decir, se encuentran bajo un orden jurídico sometidos a él: Si lo violan, son antijurídicas y carecerán de validez y vigencia. El estado actúa así siempre en un mismo plano: Siempre bajo el orden jurídico; su personalidad¹² es, sin ninguna duda, una sola y los particulares tienen frente a él auténticos derechos subjetivos que pueden hacer valer plenamente; si el Estado los desconoce, incurrirá en responsabilidad.

10. *El error técnico-jurídico de la teoría de la doble personalidad*

No existiendo fundamento para efectuar una distinción entre un estado como “soberano” o como sujeto de derecho, tampoco se justifica, además, pretender hacer una diferenciación similar al respecto de la actuación estatal dentro del orden jurídico como sujeto. Algunos autores¹³ quisieron distinguir entre el Estado como “persona de derecho público” y como “persona de derecho privado,” sin embargo ello es doblemente erróneo, primero porque, como veremos la actuación del estado moderno está en su casi totalidad sometida al derecho público, siendo

¹¹ Una forma diferente de llegar a la misma conclusión práctica es afirmar, primero, que las decisiones supremas deben ser adoptadas mediante procesos que eviten el capricho de unos y la deshonra de otros: “Si la elección se hace, y solo es cuestión de voluntad, la doctrina de la soberanía puede ser olvidada en el rincón de los trastos que no se prestan.” (LÓPEZ, *La soberanía*, p. 56, donde sigue LOEWENSTEIN.) Por más que compartamos, obviamente, de entender que el poder sea ejercido con límites, tantos cuanto podamos introducirle, siempre será cuestión de *eficacia* establecer si sirve más a esta finalidad tener un dogma de soberanía popular intransferible a ningún órgano del Estado, o en cambio, prescindir de él y limitarse a la constante voluntad de mantener limitaciones al ejercicio del poder. Pensamos que las dos ideas no son necesariamente incompatibles, y que bien se puede utilizar en todo momento la segunda idea de contención del poder, sin abandonar por eso la primera, que cumple a nuestro juicio una función, al menos psicológica, de contención, sin perjuicio de que pueda, además de eso, operar dogmáticamente como un método de interpretación del ordenamiento jurídico constitucional, según veremos en el resto de este capítulo y en el siguiente.

¹² Es, sin duda, personalidad *jurídica* y no otra, por emerger precisamente de un ordenamiento jurídico. Para otras teorías, ampliar en DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos...*, pp. 105-109. Ver también lo que decimos más adelante en el § 15, nota.

¹³ BIELSA, *Derecho administrativo*, t. I, p. 165. El resto de la doctrina está en contra: VILLEGAS, BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. 2, Buenos Aires, 1950, p. 161 y ss.; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, p. 365 y sus refs. de la nota 76; BULLRICH, RODOLFO, *Principios generales del derecho administrativo*, Buenos Aires, 1942, p. 127 y ss.; DIEZ, MANUEL M., *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1963, p. 69 etc. En el mismo sentido se manifestó la PTN, *Dictámenes*, 84: 133 y ss.; 90: 169 etc.

muy raro encontrar una clara sumisión al derecho privado; segundo porque, aun que existiera una aplicación alternativa de derecho público o privado a la actuación estatal, eso no sería fundamento suficiente para hablar de una *doble personalidad* del estado.

En efecto, es de advertirse que la aplicación de diferentes ordenamientos jurídicos a un sujeto no significa que su personalidad se divida y multiplique; del mismo modo que un industrial estará sujeto al derecho comercial en sus transacciones, al derecho del trabajo en sus relaciones con los operarios de la fábrica, al derecho civil en sus relaciones familiares, al derecho administrativo y fiscal en sus relaciones con el estado y al derecho penal en la medida en que cometa un delito, no por ello se podrá pretender que tenga una “quíntuple personalidad.” Comercial, laboral, civil, administrativo-fiscal y penal. Esto sería obviamente un absurdo e igualmente absurdo es pretender que porque al estado se le apliquen de la misma manera que a cualquier individuo más de un grupo de normas, tenga por ello más de una personalidad jurídica. La personalidad jurídica es, necesariamente, una sola en todos los casos y eso también es válido para el estado.

11. *Consecuencias de la personalidad única del estado*

El advertir que la personalidad del estado es una sola, no constituye un mero problema académico, sino que tiene importantes consecuencias. En particular, al negarse que el estado tenga una personalidad *soberana* o de *imperio* frente a los particulares y al afirmar que la única manifestación de soberanía del derecho interno se encuentra en la Constitución que el *pueblo* se da, se somete a la persona y a la organización estatal al orden jurídico constitucional, *cualquiera que sea el Poder* que actúe.

No solamente estarán el poder ejecutivo y el poder judicial sometidos a la ley, sino que también estará el legislador sometido a la Constitución, cuyos límites y principios no podrá violar ni alterar o desvirtuar (art. 28 de la Constitución argentina). De esta forma, todos los órganos del estado, todas las manifestaciones posibles de su actividad, incluso las que otrora se pudieron considerar como supremas, están hoy sometidas a un nuevo orden jurídico superior. Éste ha de ser un paso de suma importancia para el posterior desarrollo del derecho público sobre la base de los principios constitucionales y no sólo legales o reglamentarios.

12. *La transición del estado de la legalidad al estado de la constitucionalidad*¹⁴

De este modo, lo que se entendió ser la máxima aspiración del pasado, la subordinación de los particulares a la ley, aunque de ningún modo se deba ni se pueda

¹⁴ Acerca de la evolución histórica de este proceso, se puede ver PINTO FERREIRA, “Princípio da supremacia da Constituição e controle da constitucionalidade das leis,” *RDP*, n° 17, p. 19, n° 3.

abandonar, queda de todos modos relegado como una etapa más en la evolución. Ya no basta que la administración esté sometida a la ley, sino que es también necesario que la ley esté sometida a la Constitución, que haya un orden jurídico superior al propio legislador, superando así el dogma de la soberanía popular, representada en el parlamento y pasando a la representación de la soberanía del pueblo en la Constitución.

Esta transición da un papel muy importante al poder judicial, intérprete último del significado de las normas constitucionales y por lo tanto de la validez de las normas legislativas,¹⁵ aunque no en todos los países los jueces adopten la postura que les compete de acuerdo con su deber constitucional. Sobre ello ya hablamos al analizar las bases políticas del derecho público.

De cualquier manera, el poder judicial argentino fijó algunas reglas de fundamental importancia para el control de la constitucionalidad de las leyes, enunciando en particular el principio de “razonabilidad” de las leyes, según el cual toda ley que sea *desproporcionada* en los medios que emplea en relación a sus fines o que sea arbitraria, debe ser catalogada de anticonstitucional y, por lo tanto no aplicada.¹⁶ Es de lamentar, sin embargo, que esta atribución sea ejercida con excesiva prudencia y por consiguiente insuficiente.

13. *Los derechos individuales frente al estado*

De todas formas, la Constitución no es, en este caso, un programa de gobierno que puede cumplirse o no; es un autentico y efectivo *orden jurídico imperativo* tanto para el estado como para los habitantes.

Este orden jurídico constitucional al crear el estado y reconocerle ciertas facultades frente a los habitantes establece y reconoce también los derechos que los individuos poseen frente al estado.¹⁷ La Constitución ofrece un cierto equilibrio de las atribuciones que otorga: Por un lado reconoce algunas atribuciones al estado sin embargo, por otro lado, admite ciertos derechos inalterables de los

¹⁵ Sobre los problemas de la transición de una a otra etapa y la participación del juez, ver MARCIC, RENÉ, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Viena, 1957, esp. p. 231 y ss.; ERMACORA, FÉLIX, *Verfassungsrecht durch Richterspruch*, Karlsruhe, 1960, que señala como principales tareas de la jurisprudencia en la interpretación constitucional, las siguientes: 1º) Formulación de un sistema de principios de derecho público; 2º) asegurar la efectividad de los principios estructurales de la Constitución; 3º) desarrollar el derecho constitucional a partir de las normas constitucionales, en general y 4º) en particular, para la efectividad de los derechos fundamentales y de la libertad, entre otras: *Op. cit.*, p. 12 y ss. Ver también de RENÉ MARCIC, *Verfassung und Verfassungsgericht*, Viena, 1963, p. 86 y ss.

¹⁶ Ampliar en LINARES, JUAN FRANCISCO, *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, 1944; LINARES, *La razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, 1971.

¹⁷ Como dice BRUNNER, GEORG, *Die Grundrechte in Sowjetsystem*, Köln, 1963, pp. 105-6, es una característica esencial de los derechos fundamentales que “ellos se dirigen contra el Estado,” como su límite, y por ello solamente serán verdaderos cuando se apliquen “también contra la voluntad del Estado.”

individuos. Ni unas ni otros pueden tener supremacía: Ambos deben armonizar mutuamente dentro de los lindes del orden jurídico constitucional. Es fundamental advertir que la enunciación de los derechos de los individuos no es una mera declaración programática.¹⁸ Es una norma jurídica imperativa, impuesta por el pueblo al estado la que también reconoce aquellas facultades. Tal como señala ALBERDI, “la Constitución se supone hecha por el pueblo y emanada del pueblo soberano, no para refrenarse a sí mismo, ni para poner límite a su propio poder soberano, sino para refrenar y limitar a sus delegatarios que son los tres poderes que integran el gobierno nacional.”¹⁹

En definitiva tenemos que del orden jurídico constitucional nacen en igualdad de situación y en equilibrio necesario los derechos de los individuos y las atribuciones del estado; que estas últimas no tienen, en ningún caso, características suprajurídicas de “soberanía” o “imperio.” Son simplemente atribuciones o derechos reconocidos por el orden jurídico y carentes de toda peculiaridad extraña o superior al derecho;²⁰ si estas facultades son ejercidas con exceso, se transforman en antijurídicas y serán dejadas sin efecto por los tribunales ante el reclamo del individuo afectado.

14. *La preexistencia de los derechos individuales en relación a la ley*

Por tales motivos los derechos individuales preexisten a las leyes y a los actos administrativos: El art. 14 de la Constitución argentina expresa similarmente a otras Constituciones que los habitantes de la Nación “*gozan* de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio,” es decir, que los derechos existen y los habitantes gozan de ellos *ya*, desde el mismo momento en que la Constitución se dictó. Las leyes podrán regular los derechos de los individuos fijando sus alcances y límites; sin embargo, aunque ninguna ley sea dictada, el derecho individual existe, no obstante, por imperio de la Constitución.

Inversamente, si la ley quiere desconocer el derecho individual, reglamentándolo irracionalmente, modificándolo o alterándolo de cualquier otra manera, tal ley es írrita y el derecho individual mantiene su vigencia a pesar de la ley que, inconstitucionalmente, quiso desconocerlo. Afirma el art. 28 de la Constitución argentina, por su parte, que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio” y a los jueces les compete declarar la inconstitucionalidad de la ley o acto administrativo que haya intentado desconocer o alterar un derecho individual y restablecer de tal modo el imperio de la norma constitucional.

¹⁸ AFONSO DA SILVA, JOSÉ, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, San Pablo, 1968, p. 66 y ss.; GERALDO ATALIBA, *Lei complementar na Constituição*, San Pablo, 1971, p. 6.

¹⁹ ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Escritos Póstumos*, t. X, Buenos Aires, 1899, p. 125.

²⁰ CIRNE LIMA, RUY, *Princípios de Direito Administrativo*, Porto Alegre, 1964, p. 123.

Por ello es posible afirmar que las normas constitucionales, y en particular aquellas que establecen los derechos de los individuos frente al estado, son imperativas y deben ser aplicadas tanto si no hay ley que las refuercen, como existiendo una ley que pretenda negarlas; es decir, existen y deben ser aplicadas tanto *con*, *contra* o *sin* ley. Son, por lo tanto, absolutamente independientes de la voluntad de los órganos del estado precisamente porque ellas integran un orden jurídico constitucional superior al estado.²¹

III. Bases sociales del derecho público: Estado de derecho y Estado de bienestar

15. Los derechos individuales en el estado de derecho

Esos principios que enumeramos anteriormente y otros más de índole similar, integran de ese modo uno de los más trascendentales avances en la organización política y jurídica de los pueblos, que se designa en general bajo el nombre genérico de “estado de derecho.” El concepto de “estado de derecho,” en realidad, no es unívoco y sufrió una evolución que lo fue perfeccionando: En una primera fase se puede decir que el fundamento era el respeto a la ley por parte del poder ejecutivo: Éste era entonces, el principio vigente de la *legalidad* de los particulares. Después los límites que el estado de derecho impone son extendidos a la propia ley: Se dice entonces, como ya vimos, que también la ley debe respetar principios superiores; es el otro principio fundamental del respeto a la Constitución por parte de las leyes manifestado a través del control judicial de dicha constitucionalidad. El individuo aparece, de esa manera, protegido contra los avances injustos de los poderes públicos en una doble faz: Por un lado, que la administración respete a la ley, y por el otro, que el legislador respete a la Constitución. El centro de la cuestión radica siempre, como se advierte, en que los derechos individuales no sean transgredidos por parte de los poderes públicos.

Pues bien, esta magnífica concepción del estado de derecho es ante todo negativa: Colocar barreras a los poderes públicos para que éstos no puedan actuar arbitrariamente en relación a los particulares. La ya citada frase de Alberdi puede, nuevamente aquí ser considerada definitiva: “La Constitución se supone hecha por el pueblo y emanada del pueblo soberano... *para refrenar y limitar a sus delegatarios* que son los tres poderes que integran el gobierno nacional.” Es muy comprensible que ello sea así y muy justificado también, dado que siempre ha habido y habrá quizás en el mundo experiencias de gobiernos totalitarios que realizan sus actividades, arrasando a los individuos: Contra esos gobiernos protege la idea del estado de derecho, como una barrera, como un límite.²²

²¹ Porque, además de eso, la propia finalidad del sistema es garantizar los derechos del individuo contra el poder, a través de la Constitución. Véase en este sentido, CIRNE LIMA, *op. cit.*, p. 105.

²² Ver también SMEND, RUDOLF, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlín, 1968, p. 311 y ss., y su artículo “Bürger und Bourgeois in deutschen Staatsrecht.” Lo afirmado tiene validez plena excepto

15.1. *Crisis del liberalismo clásico*

Sin embargo, a pesar de que todo eso es justificado y completamente necesario, no es suficiente. El tiempo demostró que el simple cumplimiento de los postulados de libertad e igualdad con la protección del estado puede resultar en verdaderas paradojas porque la sociedad presenta a menudo diferencias económicas y sociales entre sus componentes, que se acentúan continuamente en un régimen puramente negativo de organización política, es decir, en un régimen que se contenta en proteger los derechos de propiedad y libertad, etc. tal y como los encuentra, sin preocuparse por mejorarlos cuando en realidad son insuficientes. Si el estado se limita a contemplar impasible mientras las diferencias sociales se van acentuando de hecho, sin tomar ninguna acción para ayudar a los más necesitados para progresar paralelamente a los otros, estaría contribuyendo prácticamente a una verdadera negación de los derechos que postula para los individuos. De nada serviría *reconocer* a “todos” los individuos un derecho a la propiedad o libertad de trabajo o de enseñar y aprender, si las condiciones socio-económicas imperantes (miseria, enfermedad, accidentes, ignorancia, vejez), excluyen permanentemente a algunos individuos de toda oportunidad de ser propietarios, trabajar libremente o aprender y enseñar. Esta es la paradoja que el “estado de derecho” en un planteo muy tradicional, no ha logrado, aparentemente, superar.

16. *Las respuestas autoritarias: La negación de los derechos individuales*

Contra esa aparente contradicción surgen en determinado momento las doctrinas que vuelven al punto de partida: Para lograr condiciones sociales y económicas justas para todos, no encuentran otro camino que no sea la ruptura total del principio del estado de derecho: La negación de todos los derechos individuales y la postulación terminante del autoritarismo: Es la “dictadura del proletariado” o cualquiera de las otras formas similares que en una corriente negatoria de los derechos pueden encontrarse.

A pesar de que los autores socialistas hablaron y hablan con frecuencia de la instauración de una “legalidad socialista,” ésta es, radicalmente, distinta en su finalidad y en su función, de la idea de legalidad, habitual en el mundo occidental: No se trata de proteger individuos o situaciones, sino de crear situaciones nuevas,

en aquellos casos en que la Carta Fundamental no nació de una expresión de voluntad popular constituyente, como ocurre en algunas situaciones en América Latina. Por ello no aceptamos la idea de que cualquier estado que tenga un ordenamiento jurídico al cual esté sometido es por eso, ya, un estado de derecho. Nos alejamos así de GALVÃO DE SOUSA, JOSÉ PEDRO, *Da representação política*, San Pablo, 1971, p. 40, que sigue en este punto a SAMPAY, ARTURO ENRIQUE, *La crisis del Estado de Derecho liberal burgués*, Buenos Aires, 1942, p. 60. Pensamos que la idea de estado de derecho, no obstante, debe ser complementada según veremos, con la idea de estado de bienestar o estado social de derecho; tiene, sin embargo, al menos, un valor *político* de gobierno popular, además de su valor dogmático de gobierno regido por una Constitución impuesta a él por el pueblo.

específicamente la sociedad socialista.²³ Sin perjuicio de que tenga otros méritos, no tiene aquel de garantizar la seguridad jurídica o la libertad política y con ello constituye, obviamente, otro extremo opuesto, igualmente criticable —aunque por distintos motivos que el del liberalismo capitalista.

16.1. *Crisis del autoritarismo*

Sin embargo, eso tampoco probó ser una solución, pues tiene la misma contradicción interna del liberalismo clásico, solamente que en el sentido opuesto: por pretender asegurar a los individuos una situación económica y social satisfactoria los priva del goce de los derechos de libertad en sus diversas manifestaciones; también es paradójico, de este modo, afirmar que al individuo se le da una condición social digna, si no se le deja expresar su pensamiento, trabajar libremente, entrar y salir del país, etc. Así como no hay verdaderos derechos sin condiciones económicas y sociales para ejercerlos adecuadamente, así tampoco habrá condiciones económicas y sociales verdaderamente justas, si no se otorgan derechos para disfrutarlas. Este último aspecto puede recordarse con RADBRUCH que “de ninguna manera es derecho todo *lo que el pueblo aprovecha*; sino que el pueblo aprovecha, en definitiva, solamente lo que es derecho, lo que crea seguridad jurídica y lo que aspira a ser justicia.”²⁴

Y, desde ya, no podemos caer en el engaño cuando nos sea dicho que la negación de los derechos individuales es solamente temporaria, mientras se rompen las estructuras o súper estructuras económicas existentes y que una vez alcanzada tal finalidad podrá otra vez darse el pleno goce de todos los derechos, dado que:

1º) La experiencia de los que lo pretendieron demuestra que la “temporalidad” es poco menos que permanencia;

2º) la prolongada inactividad en el ejercicio de un derecho termina necesariamente por atrofiarlo, quizás definitivamente; sólo el ejercicio constante de los derechos individuales es la auténtica garantía de su supervivencia;²⁵

3º) Además, tan válido como querer suprimir “por ahora” los derechos individuales para lograr las condiciones económicas deseadas, sería suprimir “por

²³ Ampliar en BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *Derecho administrativo y socialización*, Madrid, 1965, pp. 30-36, y su lúcida comparación de la “legalidad individualista,” la “legalidad socialista,” y la “legalidad social.”

²⁴ RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Buenos Aires, 1962, p. 36.

²⁵ O como dice MANHEIM, KARL, *Libertad, poder y planificación democrática*, México, 1960, p. 168: “...una vez que la tiranía se apoderó firmemente del poder, la resistencia cívica dispone de bien escasos recursos. El mayor momento para la acción de la resistencia es la etapa formativa de la dictadura; hay que sofocarla en el comienzo, lo que requiere un nivel nuevo, hasta ahora desconocido, de atención alerta por parte del pueblo, que tendrá que precaverse contra los peligros que amenazan a la sociedad por parte del personal, las técnicas y los estratagemas de los grupos usurpadores.” En el mismo sentido, WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, Ann Arbor, 1963, p. 85-86.

ahora” las aspiraciones de una mejor situación económica para afianzar mientras tanto tantas libertades existentes. Ambos caminos son ilógicos y contradictorios, porque, lo que cada uno postula como básico es, en verdad, inseparable del otro. Afirmó HOBHOUSE, comparando el liberalismo y el socialismo, que en realidad “los dos ideales no existen en conflicto, sino que se completan”²⁶ y lo único verdaderamente incompatible es, justamente, el resultado incidental que dan: En un caso, la perpetuación de la desigualdad económica y en el otro la destrucción de los derechos individuales.”²⁷

Además de eso, hay una profunda contradicción en definir a la libertad en su significado socialista, como una organización social que “crea las condiciones óptimas para traer una completa respuesta a las necesidades fundamentales del hombre, sean ellas materiales, psicológicas o intelectuales” y que “permite esta expansión de los comportamientos humanos,”²⁸ si el sistema creado para conseguirlo no permite, justamente, la expansión intelectual, psicológica y cultural y, a veces, ni siquiera física. (El mero traslado de la persona de un lugar a otro, dentro o fuera del país, etc.) En esas condiciones es absurdo afirmar que se logró cumplir el postulado del cual se partió. En otras palabras, el socialismo autoritario encierra la misma paradoja y la misma contradicción fundamental que el liberalismo clásico.

Y es claro que teniendo objetivos, en última instancia, coincidentes y profunda antítesis en los medios para conseguirlos, tanto uno como otro fracasen al realizar una unión de los fines y los medios. Eso demuestra bien claramente que en ambos casos los medios elegidos son erróneos e inadecuados para producir los resultados deseados.

17. *Una nueva solución: El estado de bienestar*²⁹

Alejándose de ambos extremos y buscando justamente la unión de aquello que fue fundamental en el estado de derecho (las garantías individuales de la libertad) y

²⁶ HOBHOUSE, *Democracy and Reaction*, Londres, 1903, p. 228.

²⁷ Por ello no se debe afirmar categóricamente que “De la libertad frente al Estado se evolucionó para la libertad a través del Estado. De la limitación de los poderes del Estado se llega a la limitación de las prerrogativas de los individuos,” como afirma CARVALHOSA, MODESTO, *Direito Econômico*, San Pablo, 1973, p. 97; pues pensamos que los dos fenómenos se complementan: Libertad contra el estado y libertad a través del estado. Limitación al estado y limitación a los individuos con poderes desiguales. Al menos ese es el ideal al que nos adherimos en las páginas siguientes. Sin embargo, dicho equilibrio no está siendo logrado, obviamente, como bien lo demuestra CARVALHOSA en las pp. 99-103, al hacer la crítica al “neoliberalismo” practicado en algunos países subdesarrollados.

²⁸ JANNE, HENRI, “Les problèmes de la planification,” en el libro del mismo nombre, Bruselas, 1963, p. 123.

²⁹ Ampliar: TREVES GIUSSEPPINO, “El «Estado de bienestar» en el Estado de Derecho,” en *Revista de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1959, t. XVIII, p. 5 y ss.; REAL, ALBERTO RAMÓN, *El Estado de Derecho (Rechtsstaat)*, Montevideo, 1957; ROBSON, WILLIAM A., *The Welfare State*, Londres, 1957, traducción de JORGE A. DIFREIRI, Buenos Aires, 1965 (mim.); MYRDAL, *Beyond the Welfare State*,

esto que ahora aparece como indispensable (la superación de la opresión económica y social) surge en los últimos años la concepción del “estado de bienestar” o estado social de derecho,³⁰ estado social,³¹ estado de desarrollo,³² etc. Como dijo TREVES: “Se trata de una forma de estado que interviene activamente a favor de los ciudadanos especialmente de los menos poderosos, los cuales más necesitan de su ayuda. Su campo de acción es especialmente económico, con el fin de obtener la «libertad de la necesidad».³³ O en otras palabras, desde entonces, la idea central en que el derecho se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino la de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen; la igualdad deja de ser así, punto de partida del derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico.”³⁴

18. *Estado de derecho y estado de bienestar*

La diferencia básica entre la concepción clásica del liberalismo y la del estado de bienestar, es que mientras en aquella se trata tan sólo de colocar barreras al estado, olvidando fijarle también obligaciones positivas, aquí sin dejar de mantener las barreras, se le agregan finalidades y tareas a las cuales antes no se sentía obligado. La identidad básica entre estado de derecho y estado de bienestar, a su vez, reside en que el segundo toma y mantiene del primero el respeto a los derechos individuales y es sobre esa base que construye sus propios principios. Pues bien, ¿qué relación existe entre ellos? ¿Se trata de una noción que vino a substituir a otra?

En realidad, si tomamos la noción tradicional de estado de derecho parecería quizás que fue substituida por la del estado de bienestar; sin embargo eso no sería verdaderamente exacto. A nuestro entender, la noción de “estado de bienestar” vino a operar como un correctivo para la noción clásica de estado de

Londres, 1960; BONAVIDES, PAULO, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, San Pablo, 1961; DALMO DE ABREU DALLARI, *O futuro do Estado*, San Pablo, 1972, pp. 175-191.

³⁰ BACHOFF, OTTO, *Begriff und Wesen des Sozialen Rechtsstaates*, separata, Darmstadt, 1968; FORSTHOFF, ERNST, *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart, 1964, p. 27 y ss.; XIFRA HERAS, JORGE, *Curso de Derecho Constitucional*, t. II, Barcelona, Bosch, 1962, p. 39 y ss.

³¹ BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *Derecho administrativo y socialización*, Madrid, 1965, p. 58 y ss.; BONAVIDES, PAULO, *Do estado liberal ao estado social*, San Pablo, 1961, p. 203 y ss.

³² OYHANARTE, JULIO, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Buenos Aires, 1969, p. 13 y ss.

³³ TREVES, *op. cit.*, p. 5.

³⁴ RADBRUCH, GUSTAV, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, 1951, p. 162, haciendo referencia en particular al derecho del trabajo. Es muy importante destacar que estas reflexiones, en el sentido de que el ordenamiento jurídico debe buscar la igualdad entre las personas y no presuponerla, de un modo simplista, deben aplicarse, también, al estado: Igualmente ha de ser aspiración del jurista y del mundo moderno eliminar las arbitrarias sumisiones que a veces los individuos deben sufrir de las manos del estado; y conseguir también allí la aspiración de igualdad. El Estado debe, además de todo, ser demandable, responsable, obligado, etc., como un sujeto más del ordenamiento jurídico, para que realmente se satisfaga la meta de la igualdad humana.

derecho, revitalizándola y actualizándola, no obstante, de ningún modo suprimiéndola o substituyéndola. En rigor, la noción de “estado de bienestar,” tomada aisladamente, podría también resultar insuficiente, porque da como resuelta la acción positiva que el estado debe tener, dando en cierto modo, como implícito la existencia de todos los límites negativos que la doctrina clásica del estado de derecho se ocupó de construir. Este supuesto no puede perderse de vista ni aislarse conceptualmente, bajo pena de caer en los excesos totalitarios a que ya nos referimos.

Desde ya, no existe antítesis entre ambos conceptos, como algunos autores advirtieron. Como afirma TREVES, “También el «estado de bienestar» se preocupa por la libertad de los individuos y se esfuerza por extenderla, poniendo a disposición de ellos toda una serie de servicios sociales.” El hecho de que la idea del estado de bienestar implique alcanzar ciertos objetivos del bien común, tampoco es prueba de que sería antiética la noción de estado de derecho, pues ésta también admite la limitación de los derechos individuales con fines de interés público. Y en definitiva, “si el «estado de bienestar» reduce, por un lado, la esfera individual, lo hace para poder acrecentarla por otro” por lo que, “la afirmación de *Welfare State* no implica, *de por sí*, una negación de *Rechtsstaat*, sino que presupone, en cambio su permanencia y hasta su expansión.”³⁵

19. *Garantías individuales y garantías sociales*

Dentro de la temática del estado de bienestar, se habla, a veces, de “garantías sociales” que serían las manifestaciones concretas de sus postulados: El amparo al trabajador, la asistencia social, los seguros sociales, etc.; incluso algunas Constituciones modernas incluyen entre los derechos de los individuos, al lado de los clásicos, estos “derechos sociales.” Según la formulación que se les dé, tales derechos sociales podrán aparecer como auténticos derechos subjetivos de los habitantes, exigibles concretamente desde la sanción de la norma constitucional y sin necesidad de ninguna norma legislativa que los reglamente, o podrán, en cambio, resultar meros derechos programáticos, normas del buen gobierno que carecen de efectividad real mientras los órganos legislativos o administrativos del estado no decidan por su cuenta efectivizarlos.

Entre los primeros figuran generalmente las disposiciones que establecen el derecho de huelga, derecho esencialmente operativo; entre los segundos, las normas que establecen, por ejemplo, el derecho del trabajador “a la participación en la dirección de las empresas,” normas esencialmente programáticas y que no son exigibles en ley que las reglamenten. En general, la propia esencia de los derechos sociales exige para su operatividad la implementación de todo un siste-

³⁵TREVES, *op. cit.*, p. 7. En el mismo sentido HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, San Pablo, 1966, p. 490.

ma normativo e institucional, por lo que no suele ser suficiente la mera inserción en la Constitución de una “garantía social.” BURDEAU afirma que “los textos que las enuncian están menos dirigidos a condensar en una fórmula solemne las realidades del Derecho Positivo, que a traer para el futuro un programa al legislador;”³⁶ vale la pena decir, que generalmente la enunciación constitucional de tales derechos tendrá un mero carácter programático y no será la efectiva y real atribución al individuo de un derecho subjetivo. En esta medida resulta, a nuestro entender, dudosa la supuesta necesidad de modificar la Constitución para incorporarlos, ya que ellos pueden ser introducidos directamente por la legislación sin necesidad de una reforma constitucional previa y a la inversa, sin esa legislación y esa instrumentación práctica no existirán en la realidad, a pesar de que en la Constitución se los incluya como normas programáticas. Sin embargo, no interesa aquí teorizar acerca de cuál es el criterio que tendrá que seguirse para interpretar una norma constitucional, a fin de determinar si los derechos sociales que “crea” son normas imperativas o programáticas; sino plantear cuál es la relación concreta que existe entre los “derechos sociales” de contenido actual e imperativo y los tradicionales derechos individuales también dotados de imperatividad actual.

19.1. *Sobre la posible contradicción entre ambos*

BURGOA, refiriéndose a la Constitución mexicana, plantea expresamente la cuestión: “...Se afirmó que nuestra Ley Fundamental es incongruente consigo misma, dado que, por una parte consagra garantías individuales y por la otra establece garantías sociales, conceptos ambos que a veces se oponen;”³⁷ “ante tal aparente oposición entre las garantías individuales y las sociales, al menos en materia de trabajo, formulemos las siguientes cuestiones: ¿son en realidad, incompatibles las garantías individuales y las sociales? ¿Existe efectivamente oposición entre ambas?”³⁸

Este autor resuelve la cuestión señalando que “las garantías individuales persiguen como objetivo proteger al individuo como *gobernado* frente a las arbitrariedades e ilegalidades del poder público, frente a los atropellos de las autoridades depositarias del ejercicio de la actividad estatal,” mientras que las garantías sociales tenderían a proteger solamente a las clases económicamente inferiores y no tanto frente a las autoridades públicas sino frente a las clases económicamente más poderosas.³⁹ En el mismo sentido BURDEAU considera que

³⁶ BURDEAU, GEORGES, *Les libertés publiques*, París, 1961, p. 312; Kelsen, HANS, *General Theory of Law and State*, Massachusetts, Cambridge, pp. 261-262.

³⁷ BURGOA, IGNACIO, *Las garantías individuales*, México, 1961.

³⁸ BURGOA, *op. cit.*, p. 185.

³⁹ *Op. cit.*, pp. 186-7.

los derechos sociales son de una clase y específicamente de la clase operaria.⁴⁰ No creemos, sin embargo, que el problema pueda resolverse de esa manera, primero porque las garantías individuales clásicas no sólo son oponibles al estado, sino también a los otros habitantes (propiedad, etc.), aunque la finalidad esencial sea la primera; segundo, porque las garantías sociales por su parte, tampoco son exclusivamente oponibles a otros individuos económicamente más poderosos, sino también en muchos casos al propio estado (jubilación, seguro social, asistencia médica); por último, porque no solamente las clases operarias o económicamente inferiores pueden ser titulares de los derechos sociales; la prueba de ello es que existen sistemas de jubilaciones no solamente para los operarios sino también para profesionales, incluso para los propios empleadores, patrones y propietarios en general; lo mismo puede decirse del derecho a la asistencia médica gratuita, tanto en el sistema de medicina privada con hospitales públicos, como en un sistema de medicina socializada.

19.2. *Complementariedad*

En realidad ambos tipos de garantías —si es que tal división puede efectuarse— se complementan y reafirman mutuamente, del mismo modo que las libertades públicas también se complementan recíprocamente. ¿Podríamos acaso decir que la libertad de enseñar y aprender sería efectiva sin una libertad de expresión del pensamiento? ¿O que la libertad personal sería completa, sin la libertad de entrar o salir del país? Evidentemente no: La existencia de cualquier garantía de libertad será siempre más amplia y efectiva en la medida en que también existan las otras libertades públicas. Del mismo modo, la existencia de las libertades públicas no es del todo real y vigente en la medida en que no existan también las llamadas garantías sociales; por ello la existencia de estas, lejos de significar una contradicción con aquéllas, implica en cambio su revitalización más completa: Como dijo BURDEAU, los derechos sociales “revalorizan la libertad.”⁴¹

Sin duda, siempre existirá el problema de la medida de cada uno de los derechos: si exacerbamos los derechos individuales en detrimento extremo de los sociales (por ejemplo, negando la posibilidad de expropiar tierras para realizar una reforma agraria), estaremos desvirtuando el estado de bienestar; y si exacerbamos los derechos sociales en perjuicio excesivo e irrazonable de los derechos individuales estaremos violando el régimen del estado de derecho. Se trata de una cuestión de equilibrio, a ser resuelta de forma justa y razonable en cada caso; que puede, por la humana falibilidad, decidirse en algunos casos erróneamente, en uno u otro sentido pero no por eso configura una antítesis, directa o indirectamente.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 310.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 311.

20. *La libertad en el estado de bienestar*

Como afirma ROBSON: “*La libertad debe desempeñar un papel vital en el estado de bienestar* y una pregunta crítica de nuestro tiempo es *hasta dónde la libertad es compatible con un grado sustancial de igualdad*. La respuesta como HOBHOUSE claramente previó, depende de lo que entendamos por libertad. La idea tradicional de libertad fue la ausencia de restricciones por el Estado. Postula que los hombres deben ser libres para seguir la ocupación que ellos elijan, disponer de su capital o de su trabajo como les plazca. Deben tener libertad de expresión y de reunión, libertad para no ser detenidos y encarcelados arbitrariamente, libertad para asociarse con otros en organizaciones de grupos con fines sociales, políticos o económicos. Estos tipos de libertad están protegidos por la ley, por la administración de la justicia independiente y por la democracia política. Realmente una de las grandes diferencias entre el estado de bienestar y el régimen totalitario reside en la presencia de tales garantías de la libertad individual. Ningún país que tenga policía secreta, en la cual los ciudadanos estén expuestos a prisiones arbitrarias, donde las ideas peligrosas pueden llevar a un juicio criminal, donde es un crimen defender un cambio de gobierno, puede ser un estado de bienestar.”

“No obstante, las antiguas formas de libertad no son suficientes para asegurar el bienestar, y ellas necesitan ser suplementadas por una nueva interpretación de la libertad. La libertad debe ser positiva y no solamente negativa. Debe existir no solamente libertad contra el estado sino también libertad alcanzada a través del estado, en la forma de oportunidades para el completo desarrollo ofrecido a cada individuo.”

Cuando alguien contempla la amplia gama de protección que el estado de bienestar otorga (legislación para protección de los niños, mujeres, trabajadores; servicios sociales para rehabilitación de las personas accidentadas, abandonadas e incapacitadas; educación para la juventud; servicio de prevención y cura de enfermedades; fomento de las actividades recreativas, etc.) se concluye que: No se puede afirmar que esta vasta estructura de actividad colectiva, administrada por las autoridades públicas o por cuerpos voluntarios ayudados por dineros públicos, fue hostil a la libertad. Por el contrario, incrementó la libertad de millones de individuos extendiendo el campo de actividades abierto a ellos, enriqueciendo la substancia de sus vidas, permitiéndoles una oportunidad más amplia para la auto-expresión y participación. HOBHOUSE señaló que “existen otros enemigos de la libertad además del estado, y que es de hecho por medio del estado que los combatimos.” Agregó, no obstante, “que no podíamos presumir que cada ampliación de los actos del Estado sería favorable a la libertad. Si el Estado interviene y controla la vida personal y familiar, si decide lo que se debe vender y comprar, restringe la entrada y salida del país, persigue a los hombres por sus opiniones, establece un sistema de espionaje sobre la vida privada de

sus ciudadanos y requiere constantes registros con múltiples propósitos, tales acciones son claramente opuestas a la libertad.”⁴²

Por ello, entendemos que la ampliación de la esfera de actividades del Estado es solamente admisible mientras que no implique una invasión de las libertades públicas (expresión de pensamiento, domicilio y correspondencia, reunión, salir del país, etc.) o una irrazonable restricción de los demás derechos individuales; pero así no sólo salimos de la esfera del estado de derecho sino también de la del estado de bienestar.

21. *Orden y libertad*

Lo que acabamos de decir acerca de la falta de absoluta libertad del consumidor en cualquier sistema y de la inutilidad de una división autoritaria similar a los racionamientos de guerra, como maximización de la satisfacción del consumidor, nos lleva también al problema fundamental del orden y de la libertad.

“Estado e individuo, orden y libertad: la tensión encerrada en estas ideas sintéticas es insolucionable,”⁴³ ya se afirmó, sin embargo, no se debe pensar que asegurar simultáneamente el orden y la libertad sea imposible:⁴⁴ La tensión o el conflicto no es insolucionable aunque la obtención de un equilibrio dinámico entre ambos deba ser una de las más difíciles y delicadas tareas de la ciencia moderna. No es de extrañarse entonces que aparezcan muchas “soluciones” que sacrifiquen el orden por la libertad o la libertad por el orden.⁴⁵

Sin embargo, las posiciones antagónicas que sacrifican un extremo al otro, en última instancia se asemejan: El orden absoluto en que la libertad es apenas una excepción no es sino una apariencia de orden⁴⁶ y la libertad absoluta en que la intervención ordenadora del Estado es también la excepción, no es sino una apariencia de libertad. Es que en definitiva una existencia humanamente valiosa no es posible ni en absoluta libertad, ni en absoluto orden: La cuestión central de la política es entonces: “¿Dónde libertad? ¿Dónde intervención ordenadora?”⁴⁷ Eso nos lleva a la cuestión de determinar no solamente el tipo de planificación que adoptaremos, sino también el tipo de libertad que queremos alcanzar y asegurar y el tipo de orden que queremos admitir.

⁴² ROBSON, *op. loc. cit.*

⁴³ HASS, DIETHER, *System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten*, Karlsruhe, 1955, p. 7

⁴⁴ SCHUMACHER, E. F., “Betrachtungen zur Wirtschaftslenkung in Grossbritannien,” en el libro *Planung ohne Planwirtschaft*, dirigido por ALFRED PLITZKO, Tubinguen, 1964, p. 23.

⁴⁵ SCHUMACHER, *op. loc. cit.*

⁴⁶ SCHUMACHER, *op. loc. cit.*

⁴⁷ SCHUMACHER, *op. loc. cit.*

22. *La diferencia entre libertad política y libertad económica*

Pues bien, ya esbozamos en las páginas anteriores una distinción entre libertad política y libertad económica o entre liberalismo político y liberalismo económico, que es de fundamental importancia para el tema de la planificación y la libertad. Por supuesto si se identifica el término genérico “libertad” con libertad tanto política como económica estamos dando una definición semejante a la del *laissez-faire*.

No obstante, esa asimilación total es inexacta: primero porque si bien es cierto que el liberalismo económico frecuentemente va acompañado del liberalismo político, no resulta cierto lo contrario, es decir, que la falta de liberalismo económico (o intervencionismo del estado) sea necesariamente causa de una supresión de las libertades políticas. Ejemplo de este último puede serlo Inglaterra bajo gobiernos laboristas, país que se puede caracterizar en tales circunstancias como económicamente intervencionista y contrario al *laissez-faire*, sin embargo, políticamente liberal y sumamente celoso de las libertades públicas.

De todo ello sacamos la conclusión de que ambos tipos de libertad se disocian y que una no es necesariamente determinante de la otra. Al contrario, procuraremos mostrar en las páginas que siguen que la unión de la plena “libertad económica” con la libertad política resulta de hecho negatoria o atentatoria contra la segunda; en otras palabras, que la libertad política no existe en realidad plenamente cuando hay también, al mismo tiempo, un completo liberalismo económico caracterizado por la clásica máxima del *laissez-faire*.

Al contrario, deberá percibirse igualmente que la existencia de libertad económica sin libertad política también resulta, en última instancia, irreal. Esto nos lleva a la aparente contradicción entre el concepto “liberal” de libertad (ausencia de toda restricción de cualquier naturaleza por parte del Estado) y el concepto socialista de libertad (que la organización social permita a las personas el máximo de expansión)⁴⁸ porque, si se piensa bien, ambos valores coinciden en su fin último, divergiendo, en cambio, en relación a cuál sea el medio por lo cual ese fin debe expresarse.

23. *El equilibrio entre libertad y eficacia*

Como dice MEDINA ECHEVERRÍA:⁴⁹ “Las formas totalitarias —soviética y de otros tipos— serán, quizás, más eficaces en muchos casos, pero el hombre, heredero

⁴⁸ JANNE HENRI, en su estudio sociológico sobre “Les problèmes de la planification,” en el libro de igual título de la Universidad Libre de Bruselas, p. 117 y ss., y, p. 123, considera que ambos sistemas de significación son antinómicos; sin embargo, creemos mejor, como lo indicamos en el texto, que tienen una profunda coincidencia valorativa, y que solamente se diferencian por otro lado, aunque radicalmente, en los medios con los cuales cada uno considera que deben ser obtenidos los fines buscados.

⁴⁹ MEDINA ECHEVERRÍA, JOSÉ, *Consideraciones sociológicas sobre el desarrollo económico*, Buenos Aires, 1964, p. 129.

de la mejor tradición europea, preferirá siempre la posibilidad de diálogo o si se quiere, el valor intangible de la *legitimidad* sobre el pragmatismo de la *eficacia*.” “Es evidente que nunca existieron regímenes perfectos ni momentos sin mácula —ni la propia Atenas de Pericles— sin embargo todo el esfuerzo europeo consistió en mantener, a la inglesa, un mínimo de equilibrio entre el poder civil y militar, el temporal y el espiritual, el político y el económico, el administrativo y el parlamentario. Momentos claros fueron cuando eso se consiguió: Los momentos oscuros, cuando se impuso la confusión o el predominio transitorio de uno u otro.”

Es necesario entonces buscar y encontrar, al emplear la planificación como instrumento de desarrollo económico y social, el equilibrio entre la eficacia y la libertad y buscar que ninguno de ellos sea sacrificado por el otro; debemos buscar la eficacia, pero nunca a costa de la libertad. Lamentablemente “las más nobles entre las palabras que el hombre inventó son como cuchillos sin punta por el uso;” “Por desgracia no existe palabra más desgastada que «libertad». Importa, sin embargo, invocarla nuevamente, con la esperanza de apresar su sentido primigenio.”⁵⁰

⁵⁰ MEDINA ECHEVERRÍA, *op. cit.*, p. 130.